

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2009-09-17
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
14710-08
Rotel 551

2009-09-18

Ans	
Dnr	
Doos	Aktbil

SÖKANDE

Lorensbergs Communication AB, 556569-0913

Ombud: Advokat Raynar Persson
Södra Ringgatan 6
441 30 Alingsås

MOTPART

Stockholms läns sjukvårdsområde
Stockholms läns landsting

Ombud: Advokaterna Eva-Maj Mühlenbock och Sofia Mårtensson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning avseende Stockholms läns sjukvårdsområdes upphandling den 23 juni 2005 och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 458584

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Genom ett upphandlingsförfarande som utmynnade i ett avtal underskrivet den 13 juni 1996 köpte dåvarande Huddinge sjukhus ett elektroniskt remiss- och svarssystem från bolaget Omnison AB. Ett nytt uppföljande avtal som benämndes ”ramavtal” slöts mellan parterna 1998 (1998 års avtal). Enligt ett senare avtal daterat den 18 juni 2002 (2002 års avtal) övertogs Omnisons rättigheter och skyldigheter enligt 1998 års avtal av Omnison AB:s moderbolag Profdoc Care AB (Profdoc) och 1998 års avtal upphörde att gälla. Parterna i 2002 års avtal var Profdoc och Huddinge Universitetssjukhus. År 2004 slogs Huddinge Universitetssjukhus och Karolinska sjukhuset ihop till Karolinska Universitetssjukhuset. 2002 års avtal följde med till Karolinska Universitetssjukhuset och har förlängts ytterligare en gång. Det avtal som nu är i kraft är från den 23 juni 2005 och gäller till och med den 30 juni 2011.

Lorensberg Communication AB (Lorensberg) är ett företag som tillhandahåller och säljer journalsystem för sjukvården.

I dom den 21 februari 2008 (mål 25824-07) biföll Länsrätten i Stockholms län Lorensbergs ansökan om överprövning och beslutade att de otillåtna direktupphandlingar av journalsystem, support, underhåll och utveckling av det upphandlade remiss- och svarssystemet (ROS) som gjorts av Stockholms läns landsting eller organ under landstinget skulle göras om.

Kammarrätten i Stockholm upphävde i dom den 9 juli 2008 (mål 2075-08) länsrättens dom och visade målet åter till länsrätten för ny prövning i enlighet med vad som framgår av kammarrättens dom. I domskälen angav kammarrätten bl.a. följande.

Enligt 7 kap. 1 § LOU i den lydelse som är tillämplig på upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002 (SFS 1997:1068, se övergångsbestäm-

melsema till SFS 2002:594) får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. På grund härav är det endast en upphandling som påbörjats efter den 30 juni 2002 som, om övriga förutsättningar härför är uppfyllda, kan bli föremål för överprövning. Eftersom både 1998 och 2002 års avtal är ingångna före den 30 juni 2002, har länsrätten varit förhindrad att överpröva de genom avtalen reglerade upphandlingarna. Frågan blir då om vad Lorensberg anför till stöd för sin ansökan – även med beaktande av att överprövning inte kan ske med avseende på vad som upphandlats genom avtal ingångna före den 30 juni 2002 – kan anses utgöra grund för de åtgärder bolaget ansökt om. Kammarrätten noterar därvid särskilt att bolaget gjort gällande att den utvidgade användningen av Take Care till primärvård, geriatrik och psykiatri under alla förhållanden innebär att ny upphandling måste ske, att 2005 års avtal utgör ett nytt fristående avtal som borde ha upphandlats enligt LOU samt att de tidigare ingångna avtalen inte innehåller något som hindrar Stockholms läns sjukvårdsområde från att upphandla support och underhåll från någon annan än Profdoc. Såvitt framgår av domen har länsrätten inte, med utgångspunkt i nämnda förutsättningar, gjort någon prövning av vad bolaget anför. Då kammarrätten inte som första instans bör göra den prövningen, ska länsrättens dom upphävas och målet visas åter till länsrätten för ny prövning i enlighet med det sagda.

Kammarrättens dom har efter överklagande vunnit laga kraft.

Länsrätten har efter återförvisningen avslagit Lorensbergs yrkande att länsrätten ska besluta att Stockholms läns landsting eller organ under landstinget tills vidare ska underlåta att vid ytterligare enheter införa journalsystemet Take Care eller något annat journalsystem, alternativt att rätten omedelbart ska besluta att landstingets pågående upphandling av journalsystemet Take Care eller upphandling av journalsystem från annan leverantör eller något annat journalsystem avseende Stockholms läns sjukvårdsområde och andra vårdenheter inte får avslutas innan något annat har beslutats. Länsrättens beslut har efter överklagande vunnit laga kraft.

YRKANDEN M.M.

Lorensberg yrkar att länsrätten ska besluta att Stockholms läns sjukvårdsområdes (SLSO) upphandlingar av journalsystemet Take Care från Profdoc

enligt 2005 års avtal, som trätt i kraft den 1 juli 2005, med förlängningar ska göras om. Som grund för ansökan anges följande. SLSO har i strid med LOU träffat 2005 års avtal – som är ett nytt avtal – utan att dessförinnan genomföra en offentlig upphandling. SLSO:s agerande strider bland annat mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU i den lydelse som är tillämplig i målet (1992:1528). Det är fråga om ett ekonomiskt värde som vida överstiger tröskelvärdet för direktupphandling.

Till stöd för sin talan anför Lorensberg sammanfattningsvis följande. SLSO:s påstående att det inte föreligger någon upphandlingssituation är felaktigt. I 2002 års avtal anges att avtalstiden är tre år med ett års förlängning och att det börjar gälla den 18 juni 2002. I 2005 års avtal anges att avtalstiden är tre år från och med den 1 juli 2005 och ett år i taget under tre år därefter. 2005 års avtal är således ett nytt treårsavtal och inte bara en förlängning av 2002 års avtal, som endast kunde förlängas med ett år i taget. 2002 års avtal gäller mellan Profdoc och Huddinge Universitetssjukhus AB. 2005 års avtal gäller mellan Profdoc och Karolinska Universitetssjukhuset. Både partsställningen och de vårdgivande enheter som omfattas har således förändrats i 2005 års avtal. Enligt bilaga 3 i punkt 2.2 i 2002 års avtal är priset 2 200 kr i licenskostnad per samtidig användare, vilka uppgick till 1 500 st. Enligt 2005 års avtal gäller en fast initial årsavgift om 7 102 000 kr. Priset är således nytt. 2002 års avtal gick ut den 18 juni 2005. 2005 års avtal undertecknades den 28 juni 2006 med uppgiven giltighet från och med den 1 juli 2005. Den 28 februari 2007 meddelade SLSO Lorensberg att landstinget beslutat att upphandla ett nytt journalsystem och att detta skulle ske genom offentlig upphandling. Lorensberg väntade således på en publicering av anbudsinfördran. Under denna tid genomförde SLSO i det fördolda ett breddinförande av journalsystemet Take Care. Det är fråga om ett systematiskt åsidosättande av LOU under en lång följd av år.

SLSO yrkar att ansökan ska avslås och anför till stöd för sin talan sammanfattningsvis följande. SLSO, som är en enhet inom Stockholms läns landsting, hade tidigare flera olika journalsystem i sin verksamhet som inte kunde kommunicera med varandra. För att kunna bedriva verksamheten effektivt och för att uppfylla gällande lagkrav och patientsäkerhet krävs att nya journalsystem anskaffas. SLSO hade inledningsvis för avsikt att upphandla journalsystem i en konkurrentutsatt upphandling enligt LOU. Efter genomgång av de olika enheternas behov och analys av landstingets befintliga avtal kunde SLSO dock konstatera att det lämpligaste för landstinget vara att nyttja de avtal och den fria licens som man genom Karolinska Universitetssjukhuset redan hade tillgång till. SLSO valde således att istället för att köpa in ett nytt journalsystem använda det system som landstinget redan hade tillgång till. Någon upphandling behövde därför inte genomföras, vilket SLSO även informerade Lorensberg om. Det föreligger inte någon upphandling att överpröva eftersom enheter inom landstinget väljer att utnyttja den fria licens som landstinget genom Huddinge Universitetssjukhus har köpt och enheter inom landstinget har fri tillgång till. SLSO har genom 2002 års avtal rätt att nyttja den fria licensen till Take Care och någon ersättning härför utgår inte. 2005 års avtal är ett tilläggsavtal till 2002 års avtal. 2002 års avtal gäller alljämt mellan parterna, och av detta framgår att vårdgivare med vilka Huddinge Universitetssjukhus (numera Karolinska Universitetssjukhuset) har ett vårdssamarbete – däribland SLSO – har en icke-exklusiv rätt att nyttja Take Care för ett obegränsat antal användare och installationer. Huddinge sjukhus/Karolinska Universitetssjukhuset har genom 2002 års avtal köpt en i tid och volym obegränsad licens som kan användas i den omfattning som avtalet medger. Det är inte fråga om erläggande av löpande licenser, utan licenskostnaden är redan betald. För att utnyttja denna rättighet krävs inte att något avtal gäller mellan parterna och denna rättighet förändras inte genom 2005 års tilläggsavtal. SLSO är av uppfattningen att 2002 års avtal är korrekt upphandlat. Under

alla omständigheter har dock även kammarrätten slagit fast att detta avtal inte kan överprövas.

2002 års avtal, med tillägget år 2005 efter att Huddinge Universitetssjukhus slagits samman med Karolinska sjukhuset, reglerar också kostnaden för underhåll, support och utveckling. Genom att införa Take Care i SLSO:s verksamhet sker således inte någon anskaffning av varor och tjänster som kan prövas enligt LOU. Support, underhåll och utveckling av journalsystemet Take Care har reglerats mellan parterna sedan upphandlingen år 1996. Det nu gällande avtalet från år 2002, med 2005 års tillägg, reglerar villkoren för Profdocs tillhandahållande av dessa tjänster och kostnaderna härför. Kostnaderna ökar ju fler användare som ansluts till journalsystemet, eftersom kostnaden utgår per användare. Någon upphandlingssituation uppkommer inte eftersom redan 2002 års avtal avser ett obegränsat antal användare och installationer. Att beräkningsmodellen avseende support och underhåll förändrades genom 2005 års avtal innebär inte att priset förändrades. Genom 2005 års avtal övergick man från en beräkning av kostnaden baserad på uppmätt antal aktiva användare till en beräkning av antal helårsanställda i anslutna organisationer. Orsaken till den förändrade beräkningen var att den senare modellen var lättare att mäta och relatera till. Kostnaden med den gamla respektive den nya beräkningsmodellen är identisk. Avsikten har således inte varit att förändra priset.

Att partsställningen har förändrats i 2005 års avtal beror på sammanslagningen av Karolinska sjukhuset och Huddinge Universitetssjukhus till Karolinska Universitetssjukhuset. All verksamhet inklusive alla avtal som berörde verksamheterna följde med vid övergången. Huddinge Universitetssjukhus AB existerar fortfarande som ett organisationsnummer, men bolaget bedriver ingen verksamhet över huvud taget. Att partsställningen har förändrats i avtalet innebär inte att en upphandlingssituation har uppkommit.

Lorensberg har anfört att avtalstiden i 2002 års avtal är tre år med ett års förlängning. Korrekt är att avtalet kan förlängas med ett år i taget. Att det i 2005 års avtal anges att den initiala avtalstiden är tre år och att avtalstiden kan förlängas med ett år i taget under tre år därefter, utgör inte en sådan väsentlig förändring av avtalsvillkoren att en upphandlingssituation skulle uppkomma. Det kan därutöver noteras att någon begränsning i avtalstiden inte föreligger enligt 2002 års avtal, men att en sådan begränsning avtalats genom 2005 års avtal.

Att SLSO inte återfinns i bilagan till 2005 års avtal innebär endast att SLSO inte var ansluten till Take Care när detta avtal tecknades. SLSO har dock enligt 2002 års avtal rätt att ansluta Take Care till enheten och nyttja den fria licensen.

Enligt LOU förutsätts att ett upphandlingskontrakt används under avtalstiden i enlighet med de villkor som angetts i det ursprungliga kontraktet. En ny upphandling behöver genomföras om det är fråga om väsentliga förändringar, jfr EG-domstolens domar i målen C-337/98 och C-454/06. Av dessa domar följer att ändringar som görs i ett kontrakt kan anses utgöra ett nytt kontrakt om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga avtalet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. De förändringar som i förevarande ärende har genomförts avseende 2002 års avtal skulle över huvud taget inte ha påverkat något upphandlingsförfarande. Avtalets tillämpningsområde har inte utsträckts till att avse ytterligare tjänster och kontraktets ekonomiska jämvikt har – om något – ändrats till förmån för landstinget. Några väsentliga förändringar av 2002 års avtal har inte genomförts och det synes uppenbart att de förändringar som genomförts genom 2005 års avtal inte har berott på en avsikt från parternas sida att omförhandla några väsentliga kontraktsvill-

kor. 2005 års avtal har framförallt tillkommit med anledning av en organisationsförändring inom landstinget.

Lorensberg kan slutligen inte ha lidit någon skada av att enheter inom landstinget infört Take Care. Lorensberg är ett litet bolag och saknar relevanta referensobjekt som utvisar att dess journalsystem klarar hela vårdkedjan från öppenvård till slutenvård. Lorensberg hade således aldrig kunnat komma ifråga, dvs. kvalificera sig i en konkurrensutsatt upphandling.

Konkurrensverket har på länsrättens anmodan yttrat sig i målet. Efter en redogörelse för aktuella bestämmelser och rättspraxis m.m. anför verket bl.a. följande.

Av handlingarna i målet framgår att 2002 års avtal löpte till den 18 juni 2005 och därefter kunde förlängas med ett år i taget. Genom 2005 års avtal träffade parterna en överenskommelse om ”förlängning och ändringar” av 2002 års avtal. I 2005 års avtal överenskoms bl.a. att 2002 års avtal förlängdes från och med den 1 juli 2005 och tre år framåt med rätt för kunden att skriftligt förlänga avtalet med ett år i taget under tre år därefter. Konkurrensverket konstaterar att 2005 års avtal är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en leverantör och en upphandlande myndighet. Avtalet omfattas därmed i och för sig av huvudregeln om upphandlingsskyldighet i enlighet med LOU:s förfaranderegler. Fråga uppkommer emellertid om 2005 års avtal i själva verket utgör en avtalsförlängning eller ett tilläggsavtal som är förenligt med LOU.

Ett upphandlingskontrakt kan innehålla förlängningsklausuler eller optioner. Dessa kan vara utformade på olika sätt. De kan, som i föreliggande fall, exempelvis vara utformade på så sätt att det krävs en aktiv åtgärd – en begäran om förlängning eller ett skriftligt avtal – för att det upphandlade kontraktet inte ska löpa ut. En förutsättning för att en avtalsförlängning ska

vara förenlig med LOU är emellertid att det ursprungliga upphandlingskontraktet föreskrev denna förlängning och att denna var angiven i den ursprungliga annonsen eller förfrågningsunderlaget i den upphandling som föregick upphandlingskontraktet. Om så inte är fallet och om det inte heller förelåg förutsättningar enligt LOU att direkttilldela detta ursprungliga kontrakt med dess förlängningsklausul enligt något av lagens icke-annonserade undantagsförfaranden är avtalsförlängningen att anse som en ny upphandling och ett ingående av ett nytt kontrakt.

Motsvarande synsätt bör gälla för tilläggsavtal efter förhandlad upphandling utan föregående annonsering. En första förutsättning för att tilläggs- eller upprepningsköp enligt LOU ska kunna upphandlas enligt ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är att det ursprungliga kontraktet var ett upphandlingskontrakt som upphandlats i enlighet med LOU. Härutöver uppställer regelverket en rad andra förutsättningar för att kunna tillämpa dessa undantag. För att undersöka huruvida 2005 års avtal utgör en avtalsförlängning eller ett tilläggsavtal som är förenligt med LOU bör det således bl.a. undersökas om det ursprungliga kontraktet uppfyllde dessa förutsättningar. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan härvidlag.

Det förhållandet att kammarrätten funnit att 1998 års och 2002 års avtal inte kan vara föremål för överprövning utgör enligt Konkurrensverkets mening inget hinder mot att beakta omständigheter då dessa tecknades och avtalens innehåll. Kammarrättens dom får anses innebära en processuell begränsning inom ramen för överprövningsinstitutet vad avser ingripanden mot de avtal som är ingångna före den 1 juli 2002. Enligt verkets mening kan inte denna begränsning utgöra något hinder mot att pröva huruvida 2005 års avtal utgjort en avtalsförlängning eller ett tilläggsavtal som var förenligt med LOU. Även om det med nödvändighet innebär att avtal som ingåtts före den 1 juli 2002 måste beaktas, tar både prövningen och ett

eventuellt ingripande alltjämt sikte på frågan huruvida 2005 års avtal är förenligt med LOU. Konkurrensverket kan inte heller finna att ett sådant ingripande mot en förlängning eller ett tillägg avseende ett otillåtet direkttilldelat avtal inte skulle ha varit möjligt före den 1 juli 2002, med tillämpning av 7 kap. 1 § LOU i den lydelse som gällde före nämnda tidpunkt (jfr. bl.a. RÅ 1998 not 44 och Kammarrätten i Stockholm mål nr 8029-02). Regeringsrättens praxis i RÅ 2004 ref. 24 föranleder inte till annan bedömning. Det avtal som var föremål för prövning i det målet förlängdes automatiskt och det krävdes ett aktivt handlande – en uppsägning – från den upphandlande myndighetens sida för att det skulle upphöra. En uppsägning eller en utebliven uppsägning kan enligt Regeringsrättens praxis inte anses uppfylla kriterierna för upphandlingskontrakt respektive upphandling enligt LOU.

I föreliggande mål hos länsrätten är emellertid situationen annorlunda. Enligt SLSO:s egen uppgift har nämligen parterna träffat en *överenskommelse* om att förlänga ett avtal som i annat fall skulle ha löpt ut. Även om det skulle visa sig att överenskommelsen om förlängning skulle vara ingången före det att 2005 års avtal ingicks, framstår överenskommelsen som en sådan aktiv åtgärd som i sig torde uppfylla kriterierna för termen upphandling i LOU. Enligt Konkurrensverkets mening skulle det leda till helt oönskade resultat om kammarrättens dom istället skulle tolkas på så sätt att sökanden i överprövningsmål, som framställer nu aktuella yrkanden om ingripande mot ett avtal ingånget efter den 1 juli 2002, inte skulle ha möjlighet att åberopa några omständigheter till stöd för sin talan som är hänförliga till tiden före nämnda tidpunkt. En effekt skulle t.ex. bli att otillåtna direktupphandlingar ingångna före den 1 juli 2002 i princip skulle kunna förlängas genom nya avtal i det oändliga utan att de skulle kunna angripas genom överprövningsinstitutet. Konkurrensverket anser i likhet med länsrättens tidigare bedömning att såväl 2002 års som 1998 års avtal i realiteten har inneburit att den upphandlande myndigheten vid varje nytt avtalstillfäl-

le tilldelat ett nytt kontrakt. Av handlingar i målet framgår vidare att 2002 års avtal inte har föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande. Inte heller har det enligt verkets mening visats att det funnits förutsättningar enligt LOU att direkttilldela 2002 års avtal enligt något av lagens icke-annonserade undantagsförfaranden. Utredningen ger sålunda vid handen att 2005 års avtalsförlängning inte har funnits med i något ursprungligt annonserat upphandlingsförfarande och att det inte heller visats att 2005 års avtalsförlängning funnits med i något ursprungligt direkttilldelat kontrakt som ingåtts i enlighet med något av LOU:s icke-annonserade undantagsförfaranden. Konkurrensverket anser mot denna bakgrund att 2005 års avtal inte kan anses vara en avtalsförlängning eller ett tilläggsavtal som är förenligt med LOU. Konkurrensverket finner således att 2005 års avtal utgör ett nytt kontrakt och en ny upphandling. Såvida SLSO inte kan visa att det funnits förutsättningar enligt LOU att direkttilldela 2005 års avtal enligt något av lagens icke-annonserade undantagsförfaranden utgör det en otillåten direktupphandling.

Lorensberg anför med anledning av Konkurrensverkets yttrande bl.a. följande. Som framgår av ingivna handlingar varken ägde eller äger Omnison AB samtliga aktier i Profdoc, utan endast 49 procent av aktierna. Majoritetsägare är Profdoc AB. Bytet på leverantörssidan från Omnison AB till Profdoc går således inte från ett bolag till dess helägda dotterbolag. Det har dessutom inte visats vare sig någon bindande instruktionsrätt eller något resultatansvar.

Redan partsbytena innebär att en ny upphandling skulle ha gjorts. Den vidare konsekvensen härav är att undantagsbestämmelserna i 5 kap. 17 § LOU inte heller är tillämpliga.

Konkurrensverket har bedömt att 2005 års avtal är att anse som ett nytt kontrakt och en ny upphandling samt att det är fråga om en otillåten di-

rektupphandling om inte SLSO kan bevisa att samtliga förutsättningar för ett undantagsförfarande enligt LOU är uppfyllda. Det ska härvid särskilt framhållas att denna bevisbörda även gäller värderekvisitet i sista stycket i 5 kap 17 § LOU beträffande undantaget under punkten 3. Det gäller även beträffande punkten 4 i samma stadgande beträffande rekvisiten; 1. värdekravet i tröskelvärdet, 2. tidskravet och 3. annonseringskravet.

Det har framförts från SLSO att Lorensberg är ett så litet bolag att det inte skulle kunna lida skada eftersom det ändå inte skulle komma ifråga för aktuell upphandling. Profdoc och Lorensberg är ungefärligen lika stora. Det ska därvid särskilt tilläggas att nästan hela Profdocs omsättning är hänförlig till den i målet aktuella upphandlingen.

SLSO anför med anledning av Konkurrensverkets yttrande bl.a. följande. Konkurrensverket anger i sitt yttrande att kammarrättens dom får anses innebära en processuell begränsning inom ramen för överprövningsinstitutet vad avser ingripanden mot de avtal som är ingångna före den 1 juli 2002. SLSO får inledningsvis konstatera att kammarrättens dom, liksom för övrigt redan det förhållandet att det av lag och förarbeten följer att avtal som tecknats före den 1 juli 2002 inte kan angripas genom överprövning, utgör den processuella ramen för länsrättens prövning i här aktuellt mål.

Konkurrensverket anför att ”det skulle leda till helt oönskade resultat” om kammarrättens dom skulle tolkas på ett annat sätt än som Konkurrensverket tolkar domen. SLSO vidhåller att såväl 1998 som 2002 års avtal har träffats i enlighet med LOU. Oaktat detta vill SLSO klargöra följande. Att överprövning tidigare inte var möjlig efter det att avtal träffats innebar ett ”oönskat resultat”. Av denna anledning förändrades lagstiftningen per den 1 juli 2002. Det framgår helt klart att avtal som träffades i tiden före detta inte kan överprövas. Detta förhållande är måhända oönskat, men innebär inte att lagstiftningen kan ”tolkas” på något annat, mer önskat sätt.

En effekt av att avtal tecknade före den 1 juli 2002 inte kan överprövas innebär inte heller, vilket Konkurrensverket anför, att otillåtna direktupphandlingar genomförda före denna tid kan förlängas i det oändliga utan att kunna angripas. Den avgörande frågan är om och när ett avtals villkor har förändrats på ett så väsentligt sätt att det är fråga om en ny upphandling, vilken rätteligen skulle ha konkurrensutsatts.

Detta är också den bedömning EG-domstolen lägger till grund för sin prövning, det vill säga utgör en förändring en ändring av ett *väsentligt villkor* i kontraktet. Den fråga som måste avgöras i här föreliggande fall är således om 2005 års avtal innebär sådana väsentliga förändringar/betydande skillnader i förhållande till 2002 års avtal.

Som SLSO tidigare angivit är det SLSO:s uppfattning att såväl avtalen från 1998 och 2002 som från 2005 utgör tilläggsavtal till det ursprungliga, i enlighet med LOU, upphandlade kontraktet, varför det inte förelegat skäl att konkurrensutsätta Profdocs åtaganden. Några väsentliga förändringar ”betydande ändringar” av ursprungligt kontrakt är det inte heller fråga om.

Som tidigare angivits gör SLSO i andra hand gällande att det funnits förutsättningar för att teckna 2005 års avtal direkt med Profdoc efter förhandlad upphandling utan annonsering. Profdoc är den enda leverantören som har teknisk möjlighet att fullgöra kontraktet och Profdoc har vidare legal ensamrätt till källkoden.

SLSO menar vidare att det funnits förutsättningar för att teckna 2005 års avtal direkt med Profdoc då 2005 års avtal avser tilläggstjänster från den ursprungliga leverantören som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för projektet och som inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, samt att dessa

är nödvändiga för att det ursprungliga upphandlingskontraktet ska kunna slutföras.

Slutligen gör SLSO gällande att det funnits förutsättningar för att teckna 2005 års avtal direkt med Profdoc då det är fråga om kompletterande leveranser av tjänster från en ursprunglig leverantör, där tjänsterna är avsedda som tillägg till eller utbyte av tidigare leveranser och då ett byte av leverantör skulle medföra att SLSO tvingades anskaffa tjänster som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade, eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

DOMSKÄL

I målet är LOU i dess äldre lydelse tillämplig.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får en leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Vid annan upphandling än direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Enligt 7 kap. 2 § LOU skall, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Länsrätten har att överpröva SLSO:s avtal av den 23 juni 2005 i enlighet med kammarrättens dom av den 9 juli 2008. Avseende överprövning av eventuella senare avtal mellan SLSO och Profdoc får ny talan väckas.

Länsrätten finner – i enlighet med vad Konkurrensverket anfört – att 2005 års avtal är att betrakta som en upphandlingssituation på vilken LOU är tillämplig.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att enbart 2005 års avtal kan överprövas. Länsrätten noterar dock att det även före den 1 juli 2002 fanns begränsningar avseende i vilka situationer ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering fick tillämpas. Det faktum att direktupphandlingar som skett före den 1 juli 2002 inte kan överprövas med stöd av senare tillkommen lagstiftning i fråga om överprövningsinstitutet innebär således inte att äldre direktupphandlingar definitionsmässigt är tillåtna. Länsrätten ser sig därmed oförhindrad att beakta omständigheter som härrör från tiden före den 1 juli 2002, även om de avtal som härrör från denna period inte överprövas.

Den ursprungliga upphandlingen skedde 1996 och avsåg ett remiss- och svarssystem (ROS) för Huddinge sjukhus. Denna upphandling har inte ifrågasatts i målet och länsrätten utgår därför från att den är korrekt genomförd enligt då gällande regler.

Länsrätten konstaterar att 2005 års avtal inte avser ett remiss- och svarssystem för Huddinge sjukhus. Länsrätten delar därmed Konkurrensverkets uppfattning att 1998 och 2002 års avtal har inneburit tilldelning av nya kontrakt. Under den pågående processen efter 1996 års upphandling har därmed föremålet för upphandlingen förändrats i grunden. Det åligger därmed upphandlande myndighet att visa att förutsättningar för direkttilldelning av de nya kontrakten föreligger. Länsrätten finner att SLSO inte visat att förutsättningarna för direktupphandling förelegat vid något tillfälle.

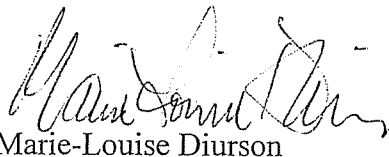
Länsrätten finner därmed – vid överprövning av 2005 års avtal – att detta kontrakt, till sin natur inte kan anses förenligt med LOU då det är en förlängning av ett kontrakt som upphandlats genom ett felaktigt förfarande. Det saknas därmed anledning att ta ställning till om de ändringar som gjorts i 2005 års avtal är så väsentliga att det kan anses vara fråga om en ny upphandling enbart i förhållande till 2002 års avtal.

De grunder SLSO anfört som stöd för att en direkttilldelning av 2005 års avtal skulle vara tillåten, kompletterande leveranser från existerande leverantör samt teknisk ensamrätt, kan beaktas enbart under förutsättning att 1998 och 2002 års avtal är korrekt upphandlade. Det har inte visats att så är fallet. Därmed saknas möjlighet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på dessa grunder.

Ett av huvudsyftena med LOU är att upprätthålla en icke snedvriden konkurrens. Då en direktupphandling naturligen snedvrider konkurrensen och helt utesluter andra aktörer från att ens lämna anbud saknas skäl att beakta möjligheten för Lorensberg att vinna en eventuell öppen upphandling. Länsrätten finner därmed att Lorensberg får anses ha lidit skada på grund av SLSO:s agerande.

Länsrätten finner sammanfattningsvis att upphandlingen genomförts i strid mot LOU och med anledning av att ett felaktigt upphandlingsförfarande har använts ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1a)



Marie-Louise Diurson

chefsrådman

Föredragande har varit Mathias Lassinantti Jansson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

