



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Persson

DOM
 2013 -07- 1 1
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 1671-13

SÖKANDE

Abcur AB, 556701-3957
 Box 1452
 251 14 Helsingborg

Ombud: advokaterna Michael Lettius och Maja Kjellman
 Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
 Box 1027
 251 10 Helsingborg

MOTPART

Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2013 -07- 1 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Abcur AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 146762

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522	Kalendegatan 6	040-35 35 00	040-97 24 90	måndag – fredag
203 20 Malmö		E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se		08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne (regionen) genomför en upphandling av substitutionsläkemedel 2012, dnr 1200633. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Nordic Drugs AB (Nordic Drugs) tilldelats kontraktet avseende kategorin Metadon oral lösning, ATC-kod N07BC02. Pharmadone AB (Pharmadone) har placerat sig på andra plats och Abcur AB (Abcur) på tredje plats.

Abcur ansökte hos förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen avseende kategorin Metadon oral lösning, med yrkande att upphandlingen skulle få avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att anbudet från Nordic Drugs och Pharmadone inte beaktas. Genom dom den 20 juli 2012 (mål nr 5448-12) avslog förvaltningsrätten Abcurs yrkande om ingripande enligt LOU. Förvaltningsrätten konstaterade därvid att det inte fanns skäl för ingripande enligt lagen på grund av de åberopade omständigheter som avsåg Pharmadones anbud samt att det vid sådant förhållande saknades anledning att pröva de av Abcur åberopade omständigheterna beträffande Nordic Drugs anbud.

Sedan Abcur överklagat förvaltningsrättens dom av den 20 juli 2012 har Kammarrätten i Göteborg genom dom den 15 februari 2013 (mål nr 6259-12) funnit att Pharmadones anbud rätteligen borde ha förkastats samt visat målet åter till förvaltningsrätten för prövning av Nordic Drugs anbud.

Regionen beslutade den 2 april 2013 att avbryta upphandlingen för ATC-kod N07BC02 Metadon oral lösning. Som skäl härför angavs att anbudets giltighetstid löpt ut den 28 februari 2013.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Abcur ansöker om överprövning av upphandlingen avseende kategorin Metadon oral lösning, ATC-kod N07BC02, och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet om att avbryta upphandlingen och ålägga regionen att slutföra upphandlingen. Som grund för sin talan anför Abcur bl.a. följande. I praxis har slagits fast att ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. I förevarande fall föreligger inte sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Den tid som regionen i förfrågningsunderlaget föreskrivit för anbuds giltighet är alltför kort med hänsyn till den tid som normalt förflyter innan lagkraftvunnen dom i överprövningsprocessen föreligger. Regionen har, i vart fall sedan Kammarrätten i Göteborg den 15 februari 2013 meddelat dom och återförvisat målet till förvaltningsrätten, varit införstådd med att man – om upphandlingen inte avbryts – med största sannolikhet efter en förnyad prövning i förvaltningsrätten skulle komma att få ett utslag emot sig, dvs. en dom med innebörd att både Nordic Drugs och Pharmadones anbud rätteligen borde ha förkastats. Regionen hade – oaktat förfrågningsunderlagets utformning – kunnat vända sig till anbudsgivarna och begära förlängning av anbudens giltighetstid med hänsyn till den pågående överprövningsprocessen. I stället har regionen låtit giltighetstiden för anbudet löpa ut för att på så sätt kunna undgå en prövning i sak av huruvida Nordic Drugs anbud rätteligen borde ha förkastats. Det vore oskäligt och även ett brott mot likabehandlingsprincipen om en upphandlande myndighet i en sådan situation skulle kunna förhålla sig passiv och sedan avbryta och låta göra om upphandlingen med hänvisning till att anbudens giltighetstid löpt ut.

Regionen har dessutom i punkterna 1.2.14 och 1.2.15 i förfrågningsunderlaget explicit angivit under vilka förutsättningar avbrytande får ske. Denna uppräkningslista framstår i vart fall som uttömmande. Där nämns inte

som en grund för avbrytande det skäl som nu åberopas. Att regionen i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten att avbryta på vissa angivna grunder, dock inte i den situation som nu åberopats, ska tillmätas betydelse vid prövningen av om sakligt godtagbara skäl för avbrytande är för handen, se RÅ 2009 ref. 43. Därtill har regionen fattat avbrytandebeslutet under tid då interimistiskt förbud varit gällande, se bl.a. Kammarrättens i Stockholm mål nr 928-10.

Abcur har – visserligen efter det att anbudens giltighetstid enligt förfrågningsunderlaget löpt ut och efter regionens beslut om avbrytande – förklarat sig stå fast vid sitt anbud och begärt att regionen dels återkommer med besked huruvida förlängning godtas, dels går ut med förfrågan till övriga anbudsgivare huruvida även de står fast vid sina anbud och godtar förlängning. Enligt Abcurs mening föreligger inte något hinder mot att anbudens giltighetstid förlängs i efterhand. Att anbudens giltighetstid löpt ut utgör inte hinder för en prövning i sak. Intill dess att en upphandling är avslutad, vilket den i förevarande fall inte är, finns förutsättningar för en prövning i sak, se Kammarrättens i Jönköping mål nr 942-10. De särpräglade omständigheterna i förevarande fall motiverar en sakprövning.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Upphandlingen annonserades den 12 mars 2012 och anbud skulle inges senast den 22 april 2012. Tilldelningsbeslut meddelades den 25 maj 2012. I förfrågningsunderlaget angavs att anbudet skulle vara bindande till och med den 31 augusti 2012. Vidare angavs att om upphandlingen blir föremål för rättslig prövning förlängs anbudets giltighetstid till dess att upphandlingskontrakt kan tecknas, dock i högst sex månader efter angiven giltighetstid. Anbudens giltighetstid löpte ut den 18 februari 2013. Region- en avbröt upphandlingen den 2 april 2013.

Den av regionen annonserade avtalstiden var ett år. Av förfrågningsunderlagets punkt 1.1.6 och avtalsmallen punkt 3.1.8 framgår att avtalsperioden för avtalets verkställighet var den 1 juli 2012 – den 30 juni 2013. Vid tiden för myndighetens avbrytande av upphandlingen har därmed inte bara anbudens giltighetstid löpt ut, utan inom en snar framtid även tiden för avtalets verkställighet. Förutsättningarna för upphandlingen har därmed, till följd av den utdragna överprövningsprocessen, ändrats i en sådan utsträckning att regionen ansett sig förhindrad att ingå det avtal som upphandlingen ursprungligen syftade till. Den i förfrågningsunderlaget föreskrivna avtalstiden utgör en väsentlig förutsättning i den aktuella upphandlingen och även ett väsentligt avtalsvillkor för upphandlingens verkställighet. Eftersom anbudens giltighetstid hade löpt ut och det inte längre fanns några giltiga anbud i upphandlingen har regionen varit förhindrad att avsluta upphandlingen genom tecknande av upphandlingskontrakt, se Kamrättens i Stockholm mål nr 7788-09. Regionen har mot bakgrund av dessa omständigheter ansett sig förhindrad att ingå det upphandlade avtalet. Sakliga skäl för avbrytande har därmed förelegat. Beslutet att avbryta upphandlingen har skett med beaktande av samtliga grundläggande unionsrättsliga principer och är förenligt med LOU.

En upphandlande myndighet ska enligt 9 kap. 11 § LOU ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Regionen har i förfrågningsunderlaget föreskrivit en giltighetstid för anbudet om drygt fyra månader efter anbudstidens utgång, vilken är en rimlig och normal giltighetstid i aktuell upphandling. Regionen har vidare föreskrivit att för det fall upphandlingen blir föremål för överprövning förlängs anbudens giltighetstid i sex månader. Den sammanlagda giltighetstiden för anbudet har således efter förlängning varit drygt tio månader. Giltighetstiden är rimlig med hänsyn till såväl anbudsgivarna som de marknadsförändringar som kan ske under denna tid. Den föreskrivna giltighetstiden är därför förenlig med

såväl proportionalitetsprincipen som övriga grundläggande principer för upphandling.

Ett interimistiskt beslut utgör inte förbud mot avbrytande när sakliga skäl föreligger, se Kammarrättens i Jönköping mål nr 1706-10. Avbrytande kan ske till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger. Kammarrätten fastslog att en upphandlande enhet kan avbryta en påbörjad upphandling under förutsättning att enheten kan presentera sakliga skäl för beslutet och iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler. Vidare anförde kammarrätten att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling fram till dess att ett kontrakt föreligger, även om det meddelats ett interimistiskt beslut. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 218-10 indirekt konstaterat att interimistiskt beslut inte hindrar upphandlande enhet från att avbryta upphandling. Kammarrätten fann att det med anledning av att upphandlingen var avbruten inte funnits förutsättningar för länsrätten att pröva målet i sak.

Det föreligger enligt LOU ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att begära förlängning av anbudens giltighetstid. Detta särskilt om myndigheten själv anser sig vara förhindrad att ingå det aktuella avtalet. Vid tidpunkten för avbrytandet fanns det inga giltiga anbud i upphandlingen, varför sakliga skäl för avbrytande förelåg. För att ett giltigt anbud ska anses finnas krävs ett ömsesidigt samtycke till förlängning, se Kammarrättens i Göteborg mål nr 7006-12.

Det föreligger ingen skyldighet för förvaltningsrätten att pröva Abcurs ansökan om överprövning i sak. Ett beslut att avbryta en upphandling medför att förutsättningarna för överprövning i sak faller. Eftersom dels anbudens giltighetstid löpt ut, dels att upphandlingen är avbruten bör målet avskrivas från vidare handläggning. En ny upphandling kommer att genomföras.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i punkt 1.3.2 att anbud ska vara koncerninköp till handa senast den 22 april 2012. I punkt 1.3.3 anges att om upphandlingen blir föremål för rättslig prövning förlängs anbudets giltighetstid till dess att upphandlingskontrakt kan tecknas, dock i högst sex månader efter angiven giltighetstid. Anbudet ska vara bindande till och med den 31 augusti 2012.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Regionen har som grund för att avbryta upphandlingen angett att anbudets giltighetstid har löpt ut.

I förfrågningsunderlaget anges att anbudet ska vara regionen till handa senast den 22 april 2012 och vara bindande till och med den 31 augusti 2012. Blir upphandlingen föremål för överprövning förlängs anbudets giltighet till dess att upphandlingskontrakt kan tecknas, dock i högst sex må-

nader efter angiven giltighetstid. Enligt förvaltningsrätten får den sammanlagda giltighetstiden efter förlängning om cirka tio månader anses vara skälig i förevarande upphandling.

Enligt förvaltningsrätten har en upphandlande myndighet rätt att avbryta en upphandling fram till dess att upphandlingskontrakt föreligger även om det meddelats ett interimistiskt beslut.

För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att avbryta en pågående upphandling krävs att myndigheten kan presentera sakliga skäl för avbrytandebeslutet och att myndigheten iakttar de grundläggande unionsrättsliga principerna. Den i förfrågningsunderlaget angivna giltighetstiden för anbudet kan förlängas under förutsättning att principerna för offentlig upphandling iakttas och om så ska ske eller inte är främst en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna. Frågan om förlängning av ett anbuds giltighet i själva upphandlingsprocessen reglerar inte bara anbudsgivarnas bundenhet av anbudet utan det har också effekt på den upphandlande myndigheten, bl.a. vad gäller myndighetens bundenhet till villkoren i förfrågningsunderlaget. En förlängning av giltighetstiden kräver med hänsyn till detta ett ömsesidigt medgivande av den upphandlande myndigheten och anbudsgivare.

Tiden för anbudens giltighet löpte i förevarande fall ut den 28 februari 2013. Abcur har den 5 april 2013 skriftligen förklarat sig stå fast vid sitt anbud intill dess lagakraftvunnen dom eller beslut föreligger i den pågående överprövningsprocessen och begärt att regionen dels återkommer med besked huruvida förlängning godtas, dels går ut med en förfrågan till övriga anbudsgivare huruvida även de står fast vid sina anbud och godtar förlängning. För att ett giltigt anbud ska anses föreligga efter denna tidpunkt krävs dock enligt förvaltningsrättens mening att ett ömsesidigt samtycke till förlängning av anbudens giltighetstid har skett. Då något sådant

ömsesidigt samtycke till förlängning av Abcurs anbuds giltighetstid inte finns kan inte heller anbudet utifrån ett upphandlingsrättsligt perspektiv anses ha varit giltigt när regionen beslutade att avbryta den aktuella upphandlingen. Regionen har därför haft sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen (jfr Kammarrättens i Göteborg mål nr 6132-11 och mål nr 7006-12). Vid sådant förhållande finner förvaltningsrätten att det saknas skäl att pröva vad Abcur i övrigt anfört i målet.

Sammanfattningsvis har det enligt förvaltningsrätten inte framkommit annat än att regionen haft sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Abcurs ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.