



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM

2013-07-05

Meddelad i

Växjö

Mål nr

309--311-13

Föredragande:
Per Gyllenstierna

SÖKANDE

MedHelp AB, 556587-1448

Sjöviksbacken 10

117 43 Stockholm

Ombud:

Advokat Eva-Maj Mühlenbock

Advokat Johan Kennemyr

Advokatfirman Lindahl KB

Box 1065

101 39 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2013 -07- 1 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

1. Landstinget i Kalmar län, 232100-0073

Box 601

391 26 Kalmar

2. Landstinget i Blekinge län, 232100-0081

371 81 Karlskrona

3. Landstinget i Kronobergs län, 232100-0065

351 88 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen av ambulansdirigering- och prioriteringstjänster genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska göras om.

Dok.Id 73729

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län har tillsammans med och som ombud för landstinget i Blekinge län och landstinget i Kronobergs län (landstingen) avsett tilldela avtal avseende ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster. Landstingen har uppgett att upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande utan meddelande om upphandling. Som motivering till varför SOS Alarm tilldelats kontraktet har landstingen uppgett att:

Leverantören har lagstadgad ensamrätt/skyldighet att ta emot samtliga nationella, inkommande nödsamtal till 112. Rättsläget är oklart gällande bl.a. ansvarsfrågor kring vidareförmedling av inkomna nödsamtal till eventuella andra tillkommande aktörer på marknaden. RRV har nyligen konstaterat i en revisionsrapport att det krävs långtgående regleringar ifall denna synnerligen samhällsviktiga funktion ska fungera tillfredsställande ifall flera leverantörer ska samverka och den sammanhållna larmkedjan bryts. Av tvingande hänsyn till allmänintresset och patientsäkerhetsskäl bedöms det för tillfället ej möjligt att genomföra ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande då det f n endast är leverantören som kan garantera att de synnerligen samhällsviktiga funktionerna upprätthålls.

MedHelp AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning beslutar att upphandlingen av ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster ska göras om i sin helhet. Som skäl för sin inställning anger bolaget att tilldelningen utgör en otillåten direktupphandling. Informationen i landstingens meddelande om frivillig förhandsinsyn är så bristfällig att någon avtalsspärr inte kan anses ha börjat löpa. Bolaget utför i dagsläget sådana tjänster som avtalet avser för andra landsting. Det framgår inte vilken bestämmelse, 7 kap. 4 § eller 15 kap.5 a § LOU som landstingen har tillämpat. Bolaget tolkar det dock

som att det rör sig om 15 kap. 5 a § LOU. För att kunna få tillämpa undantagsregeln om att direktupphandla utan föregående annonsering måste landstingen styrka att någon grund enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU alternativt att synnerliga skäl är för handen. Landstingen har inte tydligt angett vilken grund som åberopas och tvingande hänsyn till allmänintresset och patient-säkerhetsskäl figurerar vare sig som grund enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU eller kan åberopas som synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU. SOS Alarm är inte längre den enda aktören på marknaden i Sverige vad gäller att sköta prioritering och dirigering av ambulanser. Någon ensamrätt för SOS Alarm föreligger inte heller då de i upphandlingen aktuella tjänsterna inte handlar om att ta emot nödsamtal till eller ansvara för nödnumret 112, vilket är det som följer av det så kallade alarmeringsavtalet mellan staten och SOS Alarm. Tekniska skäl, enligt 4 kap. 5 § p. 2 LOU, kan bara föreligga om det finns endast en aktör som har kompetens att utföra arbetet. Så är inte fallet här eftersom MedHelp rent faktiskt i dagsläget utför de aktuella tjänsterna för andra landsting. Någon synnerlig brådska såsom avses i 4 kap. 5 § p. 3 LOU kan inte heller anses föreligga. Tvingande allmänintresse kan under vissa omständigheter åberopas i en process rörande ogiltighet av avtal men är inte i sig en grund för direktupphandling. Förutsättningarna för att åberopa synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU är inte heller för handen. Den korrekta slutsatsen av RRV:s rapport är dels att de aktuella tjänsterna inte är eller ska vara förbehållna SOS Alarm och dels att ansvaret ligger på Regeringen att i framtiden reda ut de oklarheter som lyfts fram i rapporten.

Landstingen yrkar i första hand att bolagets ansökan ska avvisas. I andra hand yrkar landstingen att ansökan ska avslås och det interimistiska beslutet upphävas. Som skäl för sitt förstahandsyrkande anför landstingen bl.a. följande. LOU är inte tillämplig då landstingen äger rätt att direkt teckna avtal med SOS Alarm Sverige AB i enlighet med det så kallade Teckalundantaget vilket kodifierats i 2 kap. 10 a § LOU. Ett avtal mellan SOS

Alarm och landstingen utgör inget kontrakt i LOU:s mening. Till stöd för sitt andrahandsyrkande anför landstingen att de genomför en legal direktupphandling vilken har annonserats korrekt enligt bestämmelserna om annonsering vid frivillig förhandsinsyn i kombination med att lagstadgad avtasspärre löpte ut före tidpunkten för bolagets överklagande. Landstingen uppfyller både kontrollkriteriet såväl som verksamhetskriteriet.

Till stöd för sitt andrahandsyrkande åberopar landstingen att de har rätt att direktupphandla de aktuella tjänsterna då omständigheterna är sådana att rekvisiten för direktupphandling på grund av tekniska skäl alternativt ensamrätt enligt 4 kap. 5 § 1 st 2 p LOU är för handen. Annonsen med meddelandet om frivillig förhandsinsyn innehöll samtliga erforderliga upplysningar enligt art 3 a i direktiv 89/665 och 92/13 i deras lydelse enligt direktiv 2007/66.

Förvaltningsrätten har den 4 februari 2013 beslutat att landstingen avseende upphandlingen av Ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster inte får ingå avtal innan rätten har bestämt något annat.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§.

I 7 kap. 4 § LOU anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen (förhandsinsyn).

Av 16 kap. 15 § LOU framgår bland annat att bestämmelserna om ogiltighet i 16 kap 13 § inte ska tillämpas om en upphandlande myndighet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 16 kap 3 §.

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 143) går bland annat följande att läsa. Bestämmelserna om förhandsinsyn innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som anser att det är tillåtet att genomföra en upphandling utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU ska ha möjlighet att genom ett särskilt meddelande i EUT annonsera sin avsikt att tilldela kontraktet. Om den upphandlande myndigheten eller enheten iakttar en avtalsspärr om minst tio dagar från dagen efter publiceringen kan avtalet inte ogiltigförklaras, även om annonsering skulle ha skett enligt förfarandebestämmelserna.

Förhandsinsyn är avsedd att tillämpas när upphandlande myndigheter eller enheter känner sig osäkra på om rätt bedömning gjorts av omständigheterna i den enskilda upphandlingen. När förfarandet iakttagits kan upphandlande myndigheter och enheter vara säkra på att ett ingånget avtal inte kan komma att ogiltigförklaras. Det ankommer således på berörda intressenter att bevaka publiceringar av upphandlingar och att ansöka om överprövning i händelse av att myndigheten eller enheten inte kan anses uppfylla kriterierna för att upphandla utan föregående annonsering.

Ett avtal får således inte ogiltigförklaras om den upphandlande enheten tillämpat förhandsinsyn i kombination med en avtalsspärr om tio dagar. Förhandsinsynen ska publiceras i den europeiska databasen Tenders Electronic Daily (TED). Enligt artikel 3 a i direktiv 89/665 och 92/13 i

dessas lydelse enligt direktiv 2007/66 ska en sådan förhandsinsyn innehålla följande.

- a) Den upphandlande myndighetens namn och kontaktuppgifter.
- b) En beskrivning av avtalets ändamål.
- c) En motivering av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning.
- d) Namn och kontaktuppgifter avseende den ekonomiska aktör som tilldelats kontraktet enligt tilldelningsbeslutet.
- e) I förekommande fall, andra uppgifter som den upphandlande myndigheten eventuellt anser vara användbara.

Verkan av att ett meddelande om förhandsinsyn inte innehåller all nödvändig information är enligt doktrin att någon avtalsspärr inte börjar löpa, utan det är fortfarande möjligt att begära överprövning i domstol. Konkurrensverket anser att detta parallellt följer av regleringen av skyldigheten att motivera tilldelningsbeslut samt den EU-rättsliga regleringen rörande förhandsinsyn i direktiv 2007/66 (se PM Nov 2010, Dnr 456/2010, Bristfälliga uppgifter i meddelanden om frivillig förhandsinsyn).

Förvaltningsrättens bedömning

Ett av syftena med en korrekt genomförd förhandsinsyn är att en avtalsspärr börjar löpa. En första förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna pröva MedHelps ansökan om överprövning är således att bolaget klagat innan avtalsspärren löpt ut eller att någon avtalsspärr inte börjat löpa.

Bolaget har i sin ansökan om överprövning den 23 januari 2013 anfört att det av landstingen publicerade meddelandet om förhandsinsyn inte uppfyll-

ler kraven för att en avtalsspärr ska ha börjat löpa. Bl.a. anför bolaget att meddelandet saknar uppgift om värdet av avtalet och avtalets längd samt att motiveringen till varför förhandlat förfarande utan föregående annonsering valts är bristfällig. Vidare har inte korrekta NUTS-koder angetts eller fullständig kontaktinformation till den vinnande leverantören.

Förvaltningsrätten konstaterar att landstingen har låtit publicera ett meddelande i den europeiska databasen Tenders Electronic Daily (TED). Angivet datum för införande av meddelandet är den 21 december 2012. Den eftersträvade avtalsspärren skulle i så fall vid en korrekt genomförd förhandsinsyn ha löpt ut den 2 januari 2013. Såsom Konkurrensverket framhållit kan det ställas krav på att en motivering till valet av ett oannonserat förfarande har ett visst innehåll. Syftet med motiveringen är nämligen bl.a. att leverantörer ska kunna bedöma om en överprövning bör ske för att få prövat om det tänkta avtalet verkligen inte behöver upphandlas enligt gängse annonseringsregler. Såsom framhållits av bolaget går det av landstingens motivering inte att utläsa vilket undantag från annonseringskravet de anser är tillämpligt eller vilka förutsättningar som medför att endast en leverantör kan garantera att de synnerligen samhällsviktiga funktionerna upprätthålls. Mot bakgrund av detta får bolaget anses ha visat att landstingens meddelande om frivillig förhandsinsyn inte lever upp till de krav som rimligen kan ställas på ett sådant meddelande. Även de omständigheterna att landstingen inte angivit korrekt NUTS-koder eller fullständiga kontaktuppgifter till den vinnande leverantören utgör skäl för att anse att meddelandet inte uppfyller formkraven. Någon avtalsspärr har således inte börjat löpa. Förvaltningsrätten är vid sådant förhållande inte förhindrad att pröva bolagets ansökan på den grunden att ansökan skulle vara för sent inkommen såsom landstingen påstått.

Nästa fråga förvaltningsrätten således måste ta ställning till är om landstingen haft fog för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående an-

nonsering. En utgångspunkt vid den bedömningen är att undantag från att annonsera upphandlingar ska tillämpas restriktivt. Eftersom det är landstingen som åberopar att ett undantag från huvudregeln om upphandling i konkurrens är det således landstingen som har att visa att förutsättningarna för att tillämpa ett undantag är för handen.

Den relevanta tidpunkten för bedömningen av om korrekt förfarande valts är vid tidpunkten för meddelandet om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det framgår inte av utredningen i målet huruvida landstingen vid den relevanta tidpunkten ansett att det tilltänkta kontraktet omfattas av EU-direktiven eller är en upphandling med stöd av 15 kap. LOU. Det som talar för att landstingen vid tillfället för beslutet att inte använda sig av ett annonserat förfarande ansåg att fråga var om en upphandling inom tillämpningsområdet för EU-direktiven är att landstingen annonserade i den EU-omfattande databasen TED och inte nöjde sig med att enbart annonsera i den nationella motsvarigheten. I vart fall måste det anses klarlagt att landstingen vid tillfället för meddelandet om förhandsinsyn ansåg att det var fråga om en tilldelning av ett kontrakt i den mening som avses i LOU. Det som ytterligare talar för den slutsatsen är att landstingen i sin motivering till valet av förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling inte över huvud taget nämner att Teckal-undantaget skulle vara tillämpligt på förfarandet. Vad som förevarit ger således inte stöd för landstingens invändning att det tilltänkta avtalet med SOS Alarm inte skulle vara ett kontrakt i den mening som avses i LOU. Landstingens förstahandsyrkande att ansökan om överprövning ska avvisas på den grunden att LOU inte är tillämplig kan därmed inte vinna bifall.

Frågan är då om landstingen gjort sannolikt att det förelegat förutsättningar för att tillämpa en undantagsregel och tilldela kontraktet i fråga utan föregående annonsering av upphandlingen. Såsom landstingen slutfört sin talan yrkar de i andra hand att ansökan om överprövning ska avslås på den grun-

den att rekvisiten för direktupphandling på grund av tekniska skäl alternativt ensamrätt enligt 4 kap. 5 § 2 LOU är för handen. Landstingen har till stöd för sin inställning anfört att deras preferens är en obruten larmkedja. Eftersom SOS Alarm har en avtalsrättslig ensamrätt att ta emot samtliga inkommande nationella nödsamtal till 112 är det endast dem som kan leverera en ambulansdirigerings- och prioriteringstjänst med en obruten larmkedja. Landstingen eftersträvar även i framtiden en tjänst som är så effektiv och patientsäker som möjligt vid gemensamhetslarm där även andra blåljusmyndigheter är inblandade. De tidsutdräkter som skulle bli en oundviklig konsekvens av en bruten larmkedja med flera olika larmoperatörer är inte acceptabla ur ett patientsäkerhetsperspektiv. Vidare åberopar landstingen samverkansproblem vid parallellitetslarm och krisberedskap samt tekniska- och sekretessproblem till stöd för sin rätt att direktupphandla de aktuella tjänsterna.

Bolaget anför å sin sida att landstingen synes hävda att det är tillräckligt att de har en preferens för SOS Alarm för att alla andra lösningar ska kunna uteslutas med hänvisning till 4 kap. 5 § 2 p LOU. Detta är felaktigt då det inte finns några hinder utifrån vare sig någon ensamrätt eller tekniska skäl för MedHelp att utföra de tjänster som efterfrågas. Huruvida en viss lösning därmed är bra, mindre bra eller dålig besvaras ytterst i en utvärdering av anbuderna med tillämpning av objektiva och förutsebara kriterier. Inga krav eller tilldelningskriterier har innan direktupphandlingen varit synbara för leverantörerna på marknaden att lämna anbud utifrån. Eftersom SOS Alarms 112-operatörer inte har befogenhet att utföra vårdbedömningar måste även de vidarekoppla samtalen. Således kan inte larmkedjan i SOS Alarms regi heller ses som obruten. Samma sak gäller för polisärenden samt i vissa fall räddningstjänstärenden. Även landstingens beskrivning av samverkanslarm är felaktig. Redan idag är situationen sådan att polis och räddningstjänst har egna larmcentraler och sköter sina egna resurser. Situationen vid samverkanslarm löses idag med s.k. medlyssning där respek-

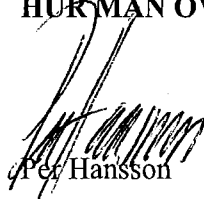
tive larmoperatör larmar sina resurser. Utbyte av information sker via RAKEL-systemet vid samverkanslarm. Uppfattningen att den av landstingen förmodade problematiken är irrelevant stöds även av att dessa typer av uppdrag i dagsläget är föremål för upphandling i konkurrens i andra landsting samt att MedHelp idag utför denna typ av uppdrag för andra landsting.

Vad landstingen måste visa för att nå framgång med sitt påstående att något av undantagen i 4 kap. 5 § 2 p LOU är tillämpliga är antingen att det föreligger en ensamrätt för SOS Alarm att utföra tjänsten eller att det endast finns en aktör som har den tekniska kompetensen att utföra tjänsten. För att undantagsregeln tekniska skäl ska vara tillämplig ska det vara utslutet att någon annan leverantör än den man vänt sig till ska kunna utföra leveransen. Det är ostridigt mellan parterna att den ensamrätt som gäller för SOS Alarm enligt det så kallade Alarmeringsavtalet med staten endast avser skyldigheten att ta emot 112 samtal och att ensamrätten inte avser ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster såsom upphandlingen avser. Mot bakgrund av parternas argumentering kring de tekniska kraven för tjänsten har landstingen enligt förvaltningsrätten inte förmått göra sannolikt att endast SOS Alarm skulle kunna utföra den aktuella tjänsten. Huruvida en leverantör är att föredra framför en annan ur den upphandlande myndighetens synvinkel påverkar inte bedömningen av om förutsättningarna för att tillämpa undantaget är för handen. Risken för att icke-diskriminerings-principen åsidosätt är särskilt hög när en upphandling inte ska ske i konkurrens. De av landstingen åberopade undantagen är således inte tillämpliga. Landstingens tilldelning av kontraktet till SOS Alarm har därmed utgjort en otillåten direktupphandling av ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster.

Landstingens förfarande har inneburit att MedHelp riskerat att lida skada, varför det föreligger skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom bristerna är

hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är rättelse inte tillräckligt.
Med bifall till MedHelps yrkande ska upphandlingen således göras om.

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



Per Hansson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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