


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden:
Susanne Philipsson

DOM
2011-10-11
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2937—2939-11

SÖKANDE

MedHelp AB, 556587-1448
Sjöviksbacken 10
117 43 Stockholm

MOTPART

1. Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

2. Landstinget Kronoberg
Box 1223
351 12 Växjö

3. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

Ombud för 2 och 3:
Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling,
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår MedHelp AB:s ansökan om överprövning av av-
tals giltighet.

KONKURRENSVERKET	
2011-10-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

YRKANDEN M.M.

MedHelp AB yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar tilläggsavtal daterat den 28 juni 2011 mellan landstingen (Landstinget Kalmar, Landstinget Kronoberg och Landstinget Blekinge) och SOS Alarm Sverige AB. MedHelp begär även att förvaltningsrätten beslutar att upphandling ska ske av den aktuella tjänsten enligt LOU.

MedHelp AB (MedHelp) anför bland annat följande. Landstingen i Kalmar, Kronoberg och Blekinge (Landstingen) har sedan 2008 ett avtal med SOS Alarm Sverige AB (SOS) om prioritering och dirigering av ambulanser för de tre landstingen. Detta avtal gäller till och med den 31 december 2011. I avtalet finns en option med följande lydelse: "Avtalet kan, efter förhandlingar mellan parterna som ska vara avslutade senast 12 månader före avtalstidens utgång, förlängas med ytterligare högst ett år. Avtalsförlängning genom utnyttjande av option bekräftas skriftligen". I ett så kallat tilläggsavtal daterat den 28 juni 2011 mellan landstingen och SOS har ett nytt avtal slutits med ett förändrat tjänsteinnehåll och med en avtalstid som sträcker sig till och med den 1 januari 2014. Detta är att betrakta som en otillåten direktupphandling enligt LOU, både på grund av sitt värde och sitt innehåll. Istället skulle man under slutet av år 2010 eller senast under det första halvåret 2011 ha genomfört en ny upphandling enligt LOU där man skulle ha inbjudit andra aktörer att lämna anbud. - Avtal om prioritering och dirigering av ambulanser var länge att betrakta som en monopolmarknad i Sverige. Under senare år har dock ett antal landsting istället valt att gå ut i upphandlingar av tjänsten för att skapa en marknad och en fungerande konkurrens inom området. Den senaste upphandlingen av denna typ gjordes för ca två år sedan och gällde landstingen i Uppsala, Sörmland, Västmanland och Gävleborg, under arbetsnamnet "Fyrklövern". MedHelp lämnade anbud men Open Care AB i Gävle tilldelades uppdraget. Det var första gången i Sverige som SOS monopol var brutet. Av olika skäl beslu-

tade Fyrklövern att genomföra en förnyad upphandling, med den skillnaden att landstinget i Gävleborg ersattes av region Gotland. MedHelp lämnade anbud och vann den aktuella upphandlingen. MedHelp startar därför det nya uppdraget den 31 oktober 2011 och är nu inne i en intensiv planeringsperiod med nyrekryterad verksamhetsledning och ny personal. De kommer att bedriva verksamheten på tre orter; Uppsala, Västerås och Eskilstuna. Jämfört med nuvarande tjänst (som drivs av SOS) har den nya tjänsten uppgraderats i första hand när det gäller modern teknik och medicinsk kompetens. MedHelps tekniker och inhyrda experter har utvecklat nya tekniska lösningar för tjänsten och den medicinska kompetensen har höjts genom att personalen i huvudsak består av legitimerade sjuksköterskor. - Det är mycket olyckligt att landstingen i Kalmar, Kronoberg och Blekinge har valt att göra en otillåten direktupphandling. Ofta går ett antal landsting samman vid upphandlingar av denna komplicerade tjänst, vilket innebär att antalet upphandlingar blir relativt få. En ny leverantör får lägga ner mycket arbete och kostnader för att över huvud taget ha en chans att komma in på marknaden. Sett ur detta perspektiv är underlåtenheten att upphandla särskilt allvarlig sett ur konkurrenssynpunkt. - Huvuddelen av Sveriges landsting och regioner eftersträvar en utveckling där patientsäkerheten ökar, i första hand genom att man upphandlar en högre medicinsk kompetens i tjänsten. Detta får man genom att öka konkurrensen inom området och inbjuda vårdföretag av olika slag till att lämna anbud. MedHelps slutsats både vad gäller lagstiftning och den praxis som för närvarande gäller inom området är att landstingen i Sverige ska upphandla den aktuella tjänsten i ett öppet förfarande. Konkurrensutsättning leder till ökad patientsäkerhet och en bättre tjänst till gagn både för landstingen och för patienterna. Det är både möjligt och önskvärt att samtliga landsting i Sverige upphandlar den aktuella tjänsten enligt LOU och på så sätt förbättrar både landstingens ekonomi och ökar patientsäkerheten genom att sätta in mer kompetent personal när det gäller de medicinska bedömningarna. -

Angående avtalet mellan svenska staten (försvarsdepartementet) och SOS om 112-tjänsten (Alarmeringsavtalet) gäller detta från och med den 1 januari 2009 tills vidare med sex månaders uppsägning. Avtalet gäller hanteringen av nödnumret 112. Landstingen anger i aktuellt mål att detta avtal ger dem ensamrätt att sluta avtal med SOS och att även direktupphandla den aktuella tjänsten. MedHelp delar inte den uppfattningen. I avtalet finns i en bilaga en beskrivning av innehållet i 112-tjänsten och där SOS tar emot samtliga inkommande samtal för vidare handläggning. En del ska till polisen andra till den kommunala räddningstjänsten. Om det gäller ambulanssjukvård står följande i bilagan till Alarmeringsavtalet: "Vid samtal som avser behov av kommunal räddningstjänst och samtal avseende brådsökande behov av ambulanssjukvård utför SOS-operatören, där särskild överenskommelse träffats med ansvarig organisation, fullständig intervju för vidare handläggning med t.ex. prioritering, utalarmering och rapportering. Om särskild överenskommelse inte har träffats ska abonnenten, efter den primära intervjun, vidarekopplas till av ansvarig organisation anvisat telefonnummer." Här finns alltså två varianter. Antingen har SOS ett avtal/särskild överenskommelse med landstinget och fullgör hela tjänsten som idag eller också har landstinget en överenskommelse med annan (som t.ex. MedHelp) och då lämnar man över ärendet till denna organisation som fullföljer ärendet. - Vid planeringen med Fyrklövern har MedHelp funnit att förbättringar är möjliga. MedHelp har därför tillsammans med ambulanssjukvården i de fyra landstingen tagit fram ett nytt beslutsstöds-system och utvecklat nya tekniska lösningar för tjänsten. Några områden behöver få en tydligare lösning tillsammans med SOS och de fyra landstingen i samband med planeringen av övertagandet men det är inte av den karaktären att det skulle förhindra eller försvåra en trafikstart.

Landstingen anser att förvaltningsrätten

- I första hand ska avvisa MedHelps begäran om överprövning/ogiltigförklaring av avtal.

- I andra hand ska avslå MedHelps begäran om överprövning/ogiltigförklaring av avtal.
- I tredje hand bör förvaltningsrätten låta avtalet bestå för det fall man skulle finna att förutsättning för ogiltighet enligt 16 kap 15 § LOU är för handen.

Landstingen anför bland annat följande. Till stöd för förstahandsyrkandet åberopas att Landstingen har genomfört en legal direktupphandling som är avslutad och därmed inte kan överprövas. Till stöd för andrahandsyrkandet åberopas att Landstingen har haft rätt att direktupphandla enligt 15 kap 3 § 2 st LOU. Till stöd för tredjehandsyrkandet åberopas att det i vart fall finns grund enligt 16 kap 16 § LOU att låta avtalet bestå med anledning av tvingande hänsyn till allmänintresset för det fall förvaltningsrätten skulle finna att förutsättning för ogiltighet enligt 16 kap 15 § LOU är för handen.

Upphandlingen förhandsannonserades enligt reglerna för frivillig annonsering om förhandsinsyn den 17 juni 2011 och avtal slöts den 28 juni 2011, det vill säga mer än 10 dagar efter annonseringen. Upphandlingen avslutades således den 28 juni 2011 då ingen begärt överprövning av direktupphandlingen. - Landstingen avsåg i ett inledande skede av upphandlingsprocessen att göra en sedvanlig annonserad upphandling. Med anledning av nya fakta, förutsättningar och sakomständigheter som framkommit under året efter det inledande skedet av upphandlingsprocessen anser Landstingen att det förelegat synnerliga skäl för direktupphandling. Avtalet med SOS avser tjänster för prioriteringsindelning av medicinska bedömningar och ambulansdirigering utifrån lokalisering av tillgängliga ambulanser samt baserat på den medicinska prioriteringsbedömningen. SOS har enligt avtal med försvarsdepartementet legal ensamrätt och skyldighet att svara på samtliga inkommande samtal till nödnumret 112. För det fall total larmhantering inte ska ske vis SOS-centralen som tar emot samtalet ska aktuellt samtal förmedlas till berörd mottagare. Hälso- och sjukvårdstjänster sägs i förarbetena kunna genomföras som direktupphandling med anledning av

att synnerliga skäl föreligger i sådana fall där en sedvanlig, annonserad upphandling inte skulle vara ändamålsenlig eller riskera att försämra kvaliteten i vården för en enskild individ. Landstingens behov av ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster inom den prehospitala sjukvården utgör en synnerligen samhällskritisk funktion som måste upprätthållas i alla såväl förutsägbara som oförutsägbara lägen och situationer 24 timmar om dygnet sju dygn i veckan året om. Det har sedan "Fyrklöverns" avslutning av upphandling av liknande tjänster identifierats och aktualiserats problematiska frågeställningar kring främst ansvarsfrågor som inte uppdragats i tidigare upphandlingar av ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster av den anledningen att samtliga dessa upphandlingar som lett till ikraftträdde avtal och faktiska leveranser av tjänster har vunnits av SOS. Vad gäller MedHelps "Fyrklöver"-engagemang så ligger den redovisade problematiken kring ansvarsfrågorna på departementsnivå sedan såväl SOS som sedermera MedHelp lyft ansvarsfrågorna dit. Landstingen ser detta som synnerligen oroande. Av ett protokoll från SOS bolagsstyrelsemöte den 9 augusti 2011 framgår att SOS på frivillig basis agerar utöver vad de är skyldiga till för Fyrklöverns bästa. Vidare framgår att Fyrklövern, MedHelp och SOS inte lyckats enas och lösa många av de identifierade frågeställningarna med koppling till främst ansvarsfrågor och vem som äger problemet. Landstingen måste ha ett nytt avtal den 1 januari 2012. Det är därför oroande att vissa frågor till och med fortfarande låg i långbänk på försvarsdepartementets bord den 1 september 2011. Berörda frågeställningar där det är oklart vem som "äger" frågan där lagstiftaren måste reglera detta är till exempel följande:

- Vad händer om SOS inte får svar hos ny ambulansdirigerings- och prioriteringsleverantör vid vidarekoppling av samtal? SOS har inte någon legal eller avtalsrättsligt grundad skyldighet att göra något annat än att försöka vidarekoppla samtalen även om det till och med skulle leda till att människoliv släcks i onödan. Det krävs reglering i lag eller möjligen civilrättsligt bindande avtal mellan sta-

- ten i form av t.ex. försvarsdepartementet och SOS gällande denna identifierade frågeställning.
- Parallellitet vid gemensamhetslarm. Landstingen ifrågasätter vem som ”äger” problemet vid gemensamhetslarm då sekunder räknas i utalarmeringsskedet, särskilt vid större händelser där såväl polis, räddningstjänst och landsting genomför insatser. Extern medlyssning kan inte säkerställas vid utlarmning om fler aktörer än SOS är inblandade. Rätten att spela in samtal måste regleras. Ingen blir längre ”spindeln i nätet” som håller samman insatserna från polis, räddningstjänst och landsting. Detta medför allvarliga risker för störning i en räddningsinsats och därmed fara för människors liv, hälsa och egendom. Än värre blir scenariot om flera landsting med flera olika utförare av medicinska bedömningar och ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster berörs av en händelse. Det kan bli så att flera aktörer som är inblandade i dirigerings- och prioriteringstjänster utan att de svenska landstingen, polis och räddningstjänst, legalt kan kräva att parallelliteten vid gemensamhetslarmen upprätthålls. Det är för närvarande inte reglerat vilken information i ett 112-samtalsärende som får delas mellan olika aktörer inom ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster gällande vårdärenden. Det krävs reglering i lag eller möjligen civilrättsligt bindande avtal mellan staten i form av t.ex. försvarsdepartementet och SOS gällande denna identifierade frågeställning.
 - IVPA-larm (I Väntan På Ambulans). Kommuners räddningstjänst utför grundläggande prehospital vård i väntan på ambulans när räddningstjänsten är först på plats. Det ingår även i räddningstjänstens uppgifter att följa SOS anvisningar rörande dirigerings- och prioritering i förekommande fall. För det fall Landstingen, som ofta jobbar över länsgränserna, skulle ha en annan leverantör av dessa tjänster än räddningstjänsten, som har SOS, riskerar en situation uppstå där varken SOS eller den andra aktören anser sig ha led-

ningsansvaret eller att båda anser sig ha ledningsansvaret för dirigering och prioritering. Räddningstjänsterna kan således komma att stå utan ledning eller förvillas av dubbel ledning på ett sätt som riskerar människors liv och hälsa. Det krävs reglering i lag eller möjligen civilrättsligt bindande avtal mellan staten i form av t.ex. försvarsdepartementet och SOS gällande denna identifierade frågeställning.

- Övrigt. Det låter sig inte göras att fullständigt belysa samtliga identifierade ansvarsfrågor som måste lagregleras för att möjliggöra för fler konkurrerande aktörer till SOS. Problematiken kring ansvarsfrågor gäller även teknikfrågor som t.ex. A-nummer från Post- och telestyrelsen då tillstånd krävs för att få dela A-nummerinformation, frågor kring driftstörningar, alternativdrift m.m., arbetsrutiner mellan olika utförarens larmcentraler, utbildningsfrågor, vems ansvar det blir att tillse att nödvändiga justeringar av larmplaner görs så att olika aktörers larmplaner fungerar ihop. Ömsesidig kontroll på positionering och status på ambulanser krävs mellan inblandade aktörer. Landstingen saknar legal rätt att beordra olika rättssubjekt att samverka kring dessa frågor. Således krävs reglering i lag.

Landstingen kan inte i en kravspecifikation i en sedvanlig, annonserad offentlig upphandling ställa krav på att SOS ska medverka och samverka med andra aktörer som kan komma att ta över ambulansdirigerings- och prioriteringstjänsten ifall SOS tappar upphandlingen till annan aktör/leverantör. Det krävs reglering i lag för att klargöra ansvarsfrågor och fördela ansvaret på lämpligt sätt mellan de svenska landstingen, SOS och eventuella konkurrerande aktörer till SOS. Det föreligger annars en synnerlig fara för enskilda människors liv och hälsa. Avtalstiden om två år får ur aspekten att ändrad lagstiftning med ansvarsregleringar krävs med hänsyn tagen till den tid en lagstiftningsprocess tar ses som snålt tilltagen. Det är för närvarande inte möjligt att upphandla ambulansdirigerings- och priori-

teringstjänster utan att människors säkerhet sätts i fara. En parallell kan dras till andra områden som öppnats upp för konkurrens, till exempel elmarknaden, data- och telekommunikationsområdet, postområdet m.m. där lagregleringar krävts för att precisera villkor, förutsättningar och ansvarsfördelning. - Det finns i vart fall grund enligt 16 kap 16 § LOU att låta avtalet bestå med anledning av tvingande hänsyn till allmänintresset. Enligt artikel 4.8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG (tjänstedirektivet) är tvingande hänsyn till allmänintresset till exempel skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa m.m. En proportionalitetsbedömning torde ge vid handen att åtgärden att direktupphandla nu avsedda tjänster var ägnad att tillgodose allmänhetens liv och hälsa. Något mindre inskränkande alternativ finns i nuläget inte då alltför många frågor kring ansvarsbiten ännu är obesvarade. Det faktum att MedHelp påverkats negativt måste ses som sekundärt för den skada allmänheten hade kunnat lida för det fall en sedvanlig upphandling genomförts.

SKÄLEN 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 §§.

Av 16 kap. 15 § LOU följer att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bland annat om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 §.

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. 17 § LOU framgår bland annat att bestämmelserna om ogiltighet i 16 kap 15 § inte ska tillämpas om en upphandlande myndighet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 16 kap 8 §.

Enligt 16 kap. 8 § LOU får vid förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

Av 16 kap. 18 § LOU framgår att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 sida 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.

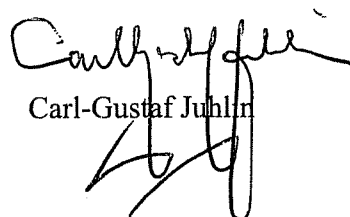
Förhandsinsyn är avsedd att tillämpas när upphandlande myndigheter eller enheter känner sig osäkra på om rätt bedömning gjorts av omständigheterna i den enskilda upphandlingen. När förfarandet iakttagits kan upphandlande myndigheter och enheter vara säkra på att ett ingånget avtal inte kan komma att 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 dess 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.

Förvaltningsrätten konstaterar att Landstingen, vilket framgår av en till förvaltningsrätten ingiven handling, har låtit publicera ett meddelande i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) samt i den europeiska databasen Tenders Electronic Daily (TED). Angivet datum för införande av meddelandet är den 17 juni 2011. Det aktuella tilläggsavtalet är daterat den 28 juni 2011 och således tio dagar efter införandet av meddelandet. Enligt förvaltningsrättens mening uppfyller det aktuella meddelandet de kriterier som nämns ovan. Eftersom Landstingen även iakttagit den lagstadgade avtalsspärren enligt 16 kap 18 § LOU kan avtalet, enligt 16 kap 17 § LOU inte ogiltigförklaras. MedHelps ansökan om ogiltigförklarande av avtalet ska således avslås.

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



Carl-Gustaf Juhlin



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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU