



RÄTTEN

Tf. kammarrättslagmannen Ingvar Johansson, ordförande
Kammarrättsrådet Per-Olof Dahlin
Kammarrättsrådet Magnus Lundberg, referent

FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE

Referenten

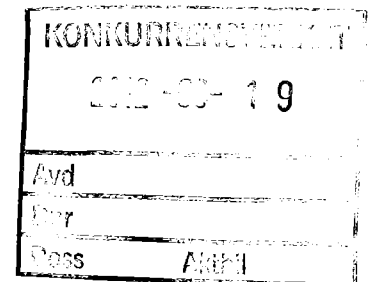
KLAGANDE

Västra Götalandsregionen

Ombud: Linda Stalfors
Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

MOTPART

Fresenius Kabi AB, 556561-6058
751 74 Uppsala



Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 1 februari 2012 i
mål nr 9787-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU; nu
fråga om inhibition m.m.

Föredraganden anmäler följande.

Kammarrätten har den 2 mars 2012 meddelat prövningstillstånd i målet och förordnat att den överklagade domen tills vidare inte ska gälla.

Fresenius Kabi AB (Fresenius) yrkar i sitt svar på överklagandet att kammarrätten ska upphäva beslutet att den överklagade domen tills vidare inte ska gälla. I andra hand får bolaget anses yrka att kammarrätten interimistiskt förordnar att Västra

Dok.Id 211119

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:40

Götalandsregionen (Regionen) inte får fullgöra avtalen i lydelse enligt det andra tilldelningsbeslutet samt att kammarrätten ålägger regionen att justera sin information på beställningsportaler och produktkataloger i enlighet med kammarrättens beslut. Fresenius anför bl.a. följande. Bolaget tolkar kammarrättens beslut på det sättet att kammarrätten anser att förvaltningsrättens dom trätt i omedelbar tillämpning. För att bolaget ska undvika rättsförlust på så vis att stora leveranser av produkter sker i enlighet med det andra tilldelningsbeslutet, bör kammarrätten ompröva och upphäva sitt beslut eller interimistiskt förordna att avtalen inte får fullgöras i lydelse enligt detta tilldelningsbeslut. Fresenius har inget att invända mot att avtalen tillämpas i den innebörd de har enligt det ursprungliga tilldelningsbeslutet. Om fullgörande enligt avtalen får fortsätta att ske kommer Fresenius att gå miste om att få sälja sina produkter inom avtalet, jämfört med om avtalen skulle tillämpas i enlighet med det första tilldelningsbeslutet. Fresenius riskerar därmed att lida irreparabel skada eftersom de förbrukade produkterna inte kommer att köpas igen. Den enda skada som kan drabba Regionen om avtalen inte får fullgöras är ett försenat ikraftträdande av dem i den lydelse de har med beaktande av det andra tilldelningsbeslutet. Denna olägenhet kan inte vara större än den skada som drabbar Fresenius för det fall fullgörandet av avtalen inte stoppas. Regionen kan tillgodose sitt behov av produkter enligt avtalet baserat på det första tilldelningsbeslutet. Den intresseavvägning som ska göras enligt 16 kap. 4 § LOU utfaller till Fresenius fördel.

Efter föredragning fattar kammarrätten följande

BESLUT

Kammarrätten avslår Fresenius yrkanden angående inhibition och interimistiskt förordnande i övrigt.

SKÄL FÖR BESLUTET

Regionen har genomfört en upphandling i syfte att ingå ramavtal avseende livsmedel för särskilda näringsändamål och sonmatningstillbehör. Tilldelningsbeslut

har meddelats den 22 juni 2011 och avtal ingåtts den 29 augusti 2011. Regionen har därefter den 2 september 2011 fattat ytterligare ett tilldelningsbeslut. Fresenius har i sin ansökan om överprövning bl.a. gjort gällande att Regionens avtal, i utformning med tillägg och ändringar utifrån det andra tilldelningsbeslutet, har tillkommit i strid med LOU och att de ska förklaras ogiltiga. Förvaltningsrättens dom innebär bifall till Fresenius talan i detta avseende.

Förvaltningsrättens dom att i viss del förklara ingånget avtal ogiltigt får anses innefatta ett förbud att tillämpa avtalet i denna del. Enligt kammarrättens mening måste ett sådant förbud anses gälla omedelbart om inte annat förordnats (jfr RÅ 2005 ref. 17). Kammarrätten anser således att domen kommit att gälla omedelbart och att det därför finns formella förutsättningar för beslut om inhibition enligt 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. Enligt bestämmelsen kan domstol som har att pröva ett överklagande bl.a. förordna att det överklagade avgörandet, om det annars skulle gälla omedelbart, tills vidare inte ska gälla.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. Rätten får avstå att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Nu angivna bestämmelse i LOU – som ger förutsättningar för rätten att på yrkande av leverantör interimistiskt förordna att ett avtal inte får fullgöras – reglerar inte frågan om inhibition av ett överklagat avgörande och kan inte anses utgöra hinder för tillämpning av 28 § FPL i det avseendet (jfr 2 § FPL). Omvänt hindrar inte heller 28 § FPL tillämpning av 16 kap. 4 § LOU.

På grundval av vad som hittills förevarit i målet finner kammarrätten sannolikt att det saknas förutsättningar för ogiltigförklaring av Regionens avtal i enlighet med den ansökan om överprövning som gjorts av Fresenius. Vid sådant förhållande anser kammarrätten att inhibitionsbeslutet den 2 mars 2012 ska bestå. Det som Fresenius anfört bl.a. om sin skada i förhållande till skada för Regionen ändrar inte bedömningen och medför enligt kammarrättens mening inte heller att det

finns skäl för interimistiskt beslut enligt 16 kap. 4 § LOU. Fresenius yrkanden ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Magnus Lundberg

Protokollet uppvisat och beslut meddelat 2012-03-19