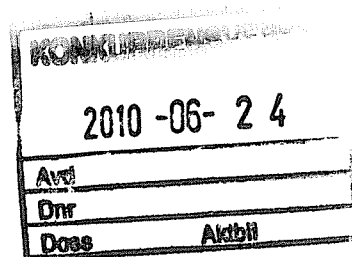




KLAGANDE

GN ReSound AB, 556510-1986
Box 11034
404 21 Göteborg



Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Maria Lidbom
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Region Skåne, 232100-0255
Box 1
221 00 Lund

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 19 mars 2010 i mål nr 4437-10,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att den upphandling avseende hörapparater som Region Skåne genomfört som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut den 26 mars 2010 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

GN ReSound AB yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska besluta att den aktuella upphandlingen ska göras om och anföra i allt väsentligt vad som anförts i förvaltningsrätten.

Region Skåne anser att kammarrätten ska avslå överklagandet.

Kammarrätten har i beslut den 26 mars 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

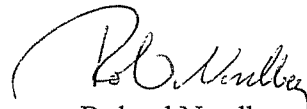
Frågan i målet är om Region Skåne haft rätt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt avseende hörapparater.

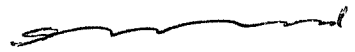
Region Skåne har som skäl för att åberopa den aktuella undantagsbestämelsen i nu aktuellt fall anfört att regionen, mot bakgrund av att tidigare genomförd upphandling (dnr 0900839) kommit att överprövas, kommit i tidsnöd och att det varit nödvändigt att genomföra den aktuella upphandlingen för att säkerställa tillgången på hörapparater fram till dess att ny upphandling genom öppet förfarande kunnat genomföras. Region Skåne har inga lager av dessa produkter som medger ens en kortare period utan leveranstillströmning och de som nyttjar dessa produkter kan inte heller, oavsett tidsrymd, förväntas vara utan dessa hjälpmedel.

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att förekomsten av en eventuell överprövningsprocess är en omständighet som en upphandlande myndighet måste räkna med och i vart fall ta viss hänsyn till vid planering av en upphandling. Kammarrätten finner att uppkommen tidsnöd i aktuellt fall får tillskrivas bristande planering från upphandlande myndighets sida. Region Skåne har därmed inte haft rätt att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Överträdelsen av LOU är av sådan art att upphandlingen måste göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)


Berit Nilsson


Roland Nordberg


Niclas Falkendal
referent


/Sofia Olin



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2010-03-19
Meddelad i
Malmö

Bilaga A

Mål nr
4437-10 E

Sida 1 (10)

SÖKANDE

GN ReSound AB, 556510-1986
Box 11034
404 21 Göteborg

Ombud: Advokat Kaisa Aldercreutz och advokat Maria Lidbom
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Region Skåne, 232100-0255
Box 1
221 00 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår GN ReSound AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 3519

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

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Region Skåne har haft upphandlade ramavtal för hörapparater vilka löpte ut den 31 januari 2010. Region Skåne gick hösten 2009 ut med en ny upphandling avseende hörapparater. Den 29 oktober 2009 annonserade Region Skåne upphandlingen avseende Hörapparater, dnr 0900839, med sista anbudsdag den 14 december 2009 och planerad avtalsstart den 15 februari 2010. Den 9 december 2009 beslutade Region Skåne att avbryta upphandlingen sedan flera potentiella anbudsgivare hos länsrätten i Skåne län ansökt om överprövning av upphandlingen. Aktuella mål hos länsrätten avskrevs. Region Skåne har därefter tillskrivit potentiella anbudsgivare med en begäran om priser på hörapparater i syfte att säkerställa Region Skånes behov av hörapparater fram till dess att den ursprungliga hörapparatsupphandlingen hunnit genomföras på nytt.

GN ReSound AB har ansökt om överprövning av Region Skånes upphandlingsförfarande vilket bolaget anser utgör en otillåten direktupphandling och yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget har anfört följande. Värdet av den nu aktuella upphandlingen uppgår uppskattningsvis till 3 MSEK per månad, dvs. minst 24 MSEK under en period om 8 månader och överstiger således tröskelvärdet i LOU, vilket medför att det fråga om en sådan upphandling som omfattas av reglerna kring direktivstyrda upphandlingar i LOU. Möjligheterna för en upphandlande myndighet att, vid direktivstyrd upphandling över tröskelvärdet, genomföra en direktupphandling är mycket begränsade enligt LOU. De undantagssituationer, som en upphandlande myndighet kan använda sig av genom s.k. förhandlat förfarande utan föregående annonsering, följer av 4 kap. 5-9 §§ LOU. Inte något av undantaget i 4 kap. LOU är tillämpligt i den situation som nu är för handen. I 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU regleras ett av undantagen. I direktiv 2004/18/EG art 31 (c) anges en ytterligare förutsättning för denna undantagsbestämmelse som inte intagits i lagtexten: "De omständigheter som åberopas som

skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten". Regeln, som har direkt effekt, har även bekräftats av EG-domstolen, bl.a. i mål C-385/02.

Undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU om synnerlig brådska är inte tillämpligt i förevarande fall eftersom den synnerliga brådskan beror på den upphandlande myndigheten själv. Region Skåne har inte avsatt tillräcklig tid för att genomföra den ursprungliga upphandlingen av hörapparater då Region Skåne inte har tagit höjd för att upphandlingen skulle kunna överprövas eller ens att upphandlingen skulle kunna dra ut på tiden. Tidsnöden har uppkommit på grund av Region Skånes bristande planering. Att avsätta endast två månader inklusive mellankommande julhelger från sista anbudsdag till planerad avtalsstart för en så omfattande upphandling som hörapparatsupphandlingen är inte tillräckligt.

En upphandlande myndighet måste alltid ta med i beräkningen att en upphandling kan komma att överprövas, vilket måste inkludera en prövning i flera instanser. Att en upphandling ska kunna genomföras i tid kan inte under några omständigheter vara beroende av att anbudsgivarna underlåter att angripa en bristfällig upphandling. I Region Skånes upphandling av hörapparater var sista anbudsdag den 14 december 2009. Det tidigare avtalet löpte ut den 31 januari 2010. Mot bakgrund av att utvärderingen skulle genomföras och tilldelning meddelas någon gång under perioden från den 15 december 2009 till dess att det nya avtalet skulle börja gälla den 1 februari 2010 kan Region Skåne inte ha inrymt någon tid alls för eventuell domstolsprövning. Region Skåne annonserade inte den avbrutna upphandlingen förrän i slutet av oktober 2009. Att annonsera en stor upphandling av hörapparater i slutet av oktober, dvs. endast tre månader före det att det tidigare avtalet löper ut, är anmärkningsvärt med tanke på att det nya avtalet skulle träda ikraft den 1 februari 2010. Region Skåne har genom bristande planering hamnat i en situation som är direkt självförvållad. Ett

landsting måste planera för en upphandling så att det finns tid att genomföra den. Systemet förutsätter således en viss framförhållning och det finns inget som hindrar att ett upphandlingsförfarande påbörjas innan ett gällande avtal löpt ut. Undantagsbestämmelsen ska enligt EG-domstolen tillämpas restriktivt. Den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen ska visa att de särskilda omständigheter som gör undantaget tillämpligt föreligger.

Tillgång till hörapparater är i normalfallet möjlig att planera och kan därför inte i ett nationellt perspektiv anses ha en sådan grad av angelägenhet att tvingande hänsyn till allmänintresset motiverar att undantagsbestämmelsen tillämpas på så sätt som kan ske för t.ex. skyddet av folkhälsan. Några exceptionella omständigheter såsom vid naturkatastrofer eller hastigt uppblussande epidemier eller andra oförutsedda händelser har inte redovisats från Region Skånes sida. Att avtal skulle behöva vara slutet vid utgången av det tidigare avtalet den 31 januari 2010 har varit uppenbart sedan lång tid tillbaka. Det har därför inte funnits synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses. Den brådska som har uppstått får istället tillskrivas Region Skånes bristande planering.

Till följd av att Region Skåne utan föregående annonsering har inhämtat prisuppgifter från bl.a. GN ReSound AB har bolaget lidit eller kan komma att lida skada eftersom det finns risk att GN ReSound AB:s priser i den nu aktuella direktupphandlingen kommer bolagets konkurrenter tillhanda. GN ReSound AB är medveten om att det är möjligt att begära att visa uppgifter sekretessbeläggs. Bolaget är emellertid även medveten om att det ytterst är domstolen som avgör om uppgifter ska anses utgöra sekretess, varför det inte slutligt är Region Skåne som avgör sekretessfrågan. Det finns därför risk att bolagets priser i den nu aktuella direktupphandlingen kommer bolagets konkurrenter tillhanda. Eftersom upphandlingen inte har annonserats lider även potentiella anbudsgivare skada eftersom de genom att inte erbjudas kännedom om upphandlingen utesluts från densamma.

GN ReSound AB har nu erhållit information om att Region Skåne meddelat "tilldelning" i sin otillåtna direktupphandling.

Region Skåne har bestritt bifall till GN ReSound AB:s talan och anfört följande. GN ReSound ansökte gemensamt med andra bolag om överprövning av upphandlingen av hörapparater, dnr 0900839. Bolagen yrkade att upphandlingen skulle göras om. Bolagen är de enda företag som agerar på den svenska marknaden avseende de i upphandlingen aktuella produkterna. Mot bakgrund av att samtliga företag på den svenska marknaden begärde överprövning och därigenom visade sitt missnöje avbröt Region Skåne upphandlingen. För att säkerställa försörjningen av hörapparater, reservdelar och tillbehör till brukarna/patienterna i Skåne är det för Region Skåne absolut nödvändigt att ha leveransavtal på dessa produkter vilka omfattas av upphandlingen. Region Skåne är enligt hälso- sjukvårdslagen skyldig att ha en väl fungerande hörselverksamhet med tillgång till nödvändig utrustning såsom hörapparater, reservdelar och tillbehör. Till följd av bolagens begäran om överprövning har Region Skåne med största skyndsamhet påbörjat en ny upphandling genom öppet förfarande och annonsering skedde den 18 februari 2010.

För att säkerställa en säker tillgång på de produkter som omfattas av upphandlingen fram till dess att nya avtal kan tecknas till följd av den nya upphandlingen har Region Skåne påbörjat ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU. De avtal som tecknas enligt det förhandlade förfarande är enbart en temporär övergångslösning vilken framtvingas p.g.a. den rättsprocess som förevarit. Denna tillfälliga avtalslösning är nödvändig för att garantera tillgången på de produkter som krävs för att kunna tillhandahålla god vård för Region Skånes medlemmar. Region Skåne har inte något betydande lager av dessa produkter vilket innebär att om leveranser av aktuella produkter skulle

upphöra så drabbar detta omedelbart brukare och patienter som är i behov av dessa.

Den synnerliga brådska som uppstått har inte orsakats av Region Skåne, som har avsatt normal tid för genomförandet av hela upphandlingsförfarandet och följt de tidsfrister som finns angivna i LOU. Anledningen till den temporära övergångslösningen, med ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, är den rättsprocess som har förevarit och som ledde till att upphandlingen fick avbrytas och påbörjas på nytt. Huruvida en upphandling överprövas eller inte är en omständighet som ligger utanför Region Skånes kontroll. Om inte ansökan om överprövning hade gjorts hade nya ramavtal kunnat tecknas som planerats, d.v.s. den 15 februari 2010.

Det är inte rimligt att en upphandlande myndighet vid påbörjandet av en upphandling ska behöva ta höjd för en eventuell domstolsprövning i flera instanser eller ta höjd för den tid det skulle ta för det fall den upphandlande myndigheten skulle tvingas göra om densamma. Uppkomsten och tidsåtgången för den typen av omständigheter är mycket svåra att förutse och beräkna. Om en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att ta hänsyn till eventuella rättsprocesser i planeringen av sin upphandling skulle det i praktiken innebära att den upphandlande myndigheten vid upphandlingar av detta slag, där avtalstiden är kort, skulle vara tvungen att påbörja samt planera en ny upphandling så fort ett nytt upphandlat avtal har tecknats. Själv upphandlingsförfarandet från förberedelse fram till undertecknande av avtal kan ta upp emot ett år. De produkter som omfattas av nu aktuell upphandling är av en sådan karaktär att de genomgår tekniska och andra förändringar med väldigt täta tidsintervaller. För att säkerställa den senaste tekniken och produkter som kan användas i vården måste upphandlingarna göras med mycket korta och täta intervaller. Om även tid för eventuella överprövningar och följderna därav skulle behöva beaktas skulle detta innebära att de produkter som upphandlingen avser skulle vara obsoleta när

avtalet träder i kraft. Dessutom skulle det betyda att både Region Skåne och leverantörer skulle tvingas binda upp sig vid priser som inte speglar produkternas marknadsvärde vid avtalets påbörjande. Det kan inte heller uteslutas att leverantörerna kan ha problem att binda upp sig för leveranser av vissa produkter som kanske inte längre produceras när avtalet träder i kraft. Detta skulle resultera i färre antal anbudsgivare och därmed sämre konkurrens. Det är ur ett tekniskt och konkurrensmässigt perspektiv helt förkastligt att genomföra upphandlingar på så sätt att tilldelningsbeslut fattas långt före det att leverensavtalet träder ikraft.

GN ReSound AB har inte kunnat visa att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Påståendet att bolaget har tvingats att exponera sina prisuppgifter har inge relevans eftersom Region Skåne kan sekretesslägga uppgifter för det fall det kan antas att bolaget lider skada av att uppgiften röjs. Region Skåne som är en relativt stor inköpare på marknaden för hörapparater har redan stor kunskap om var prisnivåerna ligger varför någon skada inte skulle uppstå p.g.a. att Region Skåne får ta del av prisuppgifterna. En anbudsgivare måste alltid ta ställning till om man vill lämna ut uppgifter i samband med en upphandling. Detta ställningstagande är detsamma oavsett vilket typ av upphandlingsförfarande det avser varför inlämnande av prisuppgifter i detta förfarande inte torde leda till någon större risk för att lida men än om man lämnat in uppgifterna i ett öppet förfarande.

Region Skåne har inte fattat något tilldelningsbeslut. Region Skåne är medveten om rättsens interimistiska beslut av den 10 februari 2010. Region Skåne har inte heller tecknat några nya avtal avseende inköp av hörapparater.

DOMSKÄL

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Vid offentlig upphandling ska, enligt 4 kap 1 § första stycket LOU, öppet eller selektivt förfarande användas. Enligt andra stycket får dock förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2-9 §§.

Enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Förfarandet får enligt EU-domstolen (tidigare EG-domstolen) användas endast undantagsvis och ska tillämpas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en sådan undantagssituation verkligen föreligger, se bl.a. mål C-385/02 och C-126/03.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Region Skåne har påbörjat ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU. För att få genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering krävs i ett fall som detta att det förelegat synnerlig brådska orsakad av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse. Den som avser åberopa undantagsbestämmelsen i målet aktuell undantagsbestämmelse ska visa att de särskilda omständigheter som gör undantaget befogat verkligen föreligger. Att den upphandlande enheten råkat i brådska till följd av sin egen bristande planering grundar inte rätt att använda undantagsbestämmelsen eftersom denna omständighet är hänförlig till den upphandlande myndigheten.

För den tidigare avbrutna upphandlingen av hörapparater (dnr 0900839) var sista anbudsdag den 14 december 2009 och planerad avtalsstart den 15 februari 2010. Det förgående avtalet löpte ut den 31 januari 2010. Redan den 3 december 2009, d.v.s. före anbudstidens utgång, kom en gemensam ansökan om överprövning in från sju intresserade leverantörer, bl.a. GN ReSound AB. Ett flertal invändningar framfördes mot förfrågningsunderlaget och det yrkades att upphandlingen skulle göras om. Region Skåne beslutade den 9 december 2010 att avbryta upphandlingen. Ett nytt upphandlingsförfarande pågår nu med sista anbudsdag den 31 mars 2010 och med planerad avtalsstart den 1 september 2010.

Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta att den av Region Skåne avsatta tiden för det tidigare upphandlingsförfarandet varit tillräcklig för att kunna slutföra upphandlingen innan avtalsstart. Föremålet för upphandlingen synes som sådant inte vara av alltför komplex natur. Region Skåne kan emellertid bedömas ha lämnat ett begränsat utrymme för en eventuell överprövningsprocess. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är detta dock en faktor som en upphandlande myndighet måste räkna med och i vart fall ta viss hänsyn till vid sin planering av en upphandling. Det har

emellertid i förevarande fall inte framkommit skäl för att Region Skåne kunnat förutse att, såvitt framgår, i stort sett samtliga möjliga leverantörer, kort tid före anbudstidens utgång skulle komma att begära att upphandlingsförfarandet skulle göras om. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som nu anförts att Region Skåne haft tillräckliga skäl för att i avvaktan på slutlig upphandling besluta om upphandling genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Jan Bratt

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fördras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

