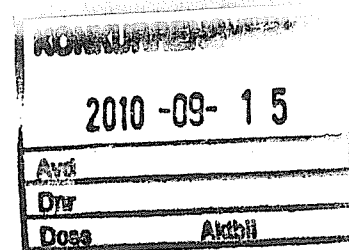




DOM
2010-09-14

Meddelad i Stockholm



KLAGANDE

Stockholms läns sjukvårdsområde

Ombud:

Advokaterna Eva-Maj Mühlenbock och Sofia Mårtensson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Lorensbergs Communication AB, 556569-0913

Ombud:

Advokaten Raynar Persson
Södra Ringgatan 6
441 30 Alingsås

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Stockholms läns dom den 17 september 2009 i mål nr
14710-08, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns sjukvårdsområde (SLSO) yrkar i första hand att kammarrätten upphäver länsrättens dom och avslår Lorensbergs Communication AB:s ansökan om överprövning. I andra hand yrkar SLSO att kammarrätten upphäver länsrättens dom och återförvisar målet till länsrätten för förnyad prövning.

Lorensbergs Communication AB (Lorensberg) bestrider bifall till yrkandena.

SLSO anför bl.a. följande till grund för sin talan. Lorensberg har justerat sitt yrkande till att avse att rätten måste besluta att Stockholms läns landstings upphandlingar enligt avtalet från juni 2005, vilket trädde i kraft den 1 juli 2005, med förlängningar mellan Profdoc Care AB och landstinget ska göras om. Justeringen är otillåten, varför det nya yrkandet inte har kunnat läggas till grund för länsrättens dom. Kammarrätten har slagit fast att domstol är förhindrad att överpröva såväl 1998 som 2002 års avtal (dom den 9 juli 2008 i mål nr 2075-08, kammarrättens anm.). Trots detta har länsrätten anfört att den är oförhindrad att beakta omständigheter som härrör i tiden före den 1 juli 2002 och att lägga dessa till grund för ett ingripande enligt LOU. Vad länsrätten de facto gör är att på nytt överpröva dessa avtal. Länsrätten har således på nytt och i strid med principen om res judicata prövat samma frågor som kammarrätten redan avgjort.

Den fråga som ska avgöras i föreliggande fall är om 2005 års tilläggsavtal innebär väsentliga förändringar eller betydande skillnader i förhållande till 2002 års avtal. Någon annan bedömning kan inte göras. Avtalstiden i 2002 års avtal var tre år med möjlighet till förlängning med ett år i taget. Någon begränsning i avtalstiden förelåg således inte. Genom 2005 års avtal bestämdes istället den initiala avtalstiden till tre år och att avtalstiden därefter kunde förlängas med ett år i taget under tre år.

Avtalstiden begränsades således härmed. I enlighet med EG-domstolens dom i målet C-454/06, *Pressetext*, synes det därmed uppenbart att denna reglering inte utgör någon sådan betydande förändring av avtalsvillkoren att en ny upphandling skulle behöva genomföras. Konkurrensverkets, och därmed även länsrättens, slutsats att 2005 års tilläggsavtal är att anse som ett nytt kontrakt och en ny upphandling är således felaktig och står i strid med EG-domstolens praxis. På vilket sätt kontraktet till sin natur inte kan anses vara förenligt med LOU, vad länsrätten lägger till grund för påståendet och vilken rättsfigur som åsyftas är svårt att förstå och saknar stöd i lag och praxis. Därutöver avser 2005 års tilläggsavtal inte en förlängning av ett tidigare kontrakt. Istället förkortades avtalstiden genom 2005 års tilläggsavtal. Avtalet gällde tills vidare men begränsades i tid genom 2005 års tilläggsavtal.

Av lagtexten följer att en förutsättning för ingripande enligt LOU är att den leverantör som ansökt om ingripande faktiskt har eller kan komma att lida skada på grund av den upphandlande enhetens överträdelse av LOU. SLSO har inte brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU, vilken medfört att Lorensberg har lidit eller kan komma att lida skada. Länsrätten har ansett att det helt saknas skäl att beakta Lorensbergs möjlighet att vinna en upphandling.

Lorensberg anför bl.a. följande till grund för sin talan i målet. Redan i oktober 2008 justerade man sitt yrkande. SLSO har därefter inte förrän i juli 2009 anfört att justeringen inte skulle vara tillåten. Genom att inte framföra invändningen under denna tid får SLSO anses ha accepterat justeringen eller i vart fall försuttit sin chans att påtala detta. Att yrkandet justerades beror på att SLSO tidigare falskeligen förnekade att det hade träffat något avtal om datajournalssystem. Det bestrids att det skulle ha varit otillåtet att justera yrkandet.

Det bestrids att länsrätten i strid med principen om res judicata skulle ha prövat samma frågor som kammarrätten redan avgjort. Innebörden av kammarrättens dom är att länsrätten inte ägt besluta att de tidigare avtalen skulle göras om. Kammarrätten har inte prövat 1998 eller 2002 års avtal i sak.

Avtalet från år 2002 kunde endast förlängas med ett år i taget medan 2005 års avtal initialt gällde i tre år. Det föreligger således en förlängning av 2002 års avtal i strid med det ursprungliga avtalet. Även om avtalen inte kan bli föremål för överprövning, har de betydelse för bedömningen av senare träffade avtal. Enligt 2002 års avtal krävdes en aktiv åtgärd varje år för förlängning av avtalet. Det är SLSO som har hela bevisbördan för att samtliga förutsättningar för direkttilldelning utan föregående annonsering föreligger. Det bestrids att något av de åberopade undantagen föreligger. Det bestrids även att Lorensberg inte skulle lida eller komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Otillåten taleändring

I målet uppkommer först fråga om Lorensberg justerat sin talan i länsrätten på ett sådant sätt som inneburit en otillåten taleändring. Det kan konstateras att Lorensberg ansökte om överprövning hos Länsrätten i Stockholms län i december 2007 och yrkade att Stockholms läns landsting inte skulle få ansluta journalsystemet Profdoc Take Care eller något annat journalsystem till landstingets primärvård, psykiatri eller geriatrik utan föregående upphandling. Länsrätten biföll överklagandet. Kammarrätten i Stockholm återförvisade genom dom den 9 juli 2008 målet (mål nr 2075-08) till länsrätten för ny prövning. Kammarrätten anförde att länsrätten, p.g.a. en lagändring den 1 juli 2002, varit förhindrad att överpröva de upphandlingar som reglerats genom avtal ingångna före den 30 juni 2002. Den överprövning som skulle göras av det avtal som ingåtts år 2005, skulle med de förutsättningar som följde av kammarrättens dom prövas av länsrätten

som första instans. När målet på nytt prövades av länsrätten yrkade Lorensberg att de upphandlingar av journalsystemet Take Care från Profdoc enligt 2005 års avtal, som trätt i kraft den 1 juli 2005 med förlängningar skulle göras om.

Kammarrätten konstaterar att Lorensbergs justerade yrkande i länsrätten föranletts av att kammarrätten upphävt länsrättens tidigare dom och återförvisat målet till länsrätten för ny prövning med den anvisningen att en överprövning endast kan ske av vad som upphandlats genom avtal ingångna efter den 30 juni 2002. Det är således inte fråga om någon otillåten taleändring eftersom yrkandet håller sig inom ramen för den process som påbörjades genom Lorensbergs i december 2007 ingivna ansökan till länsrätten om överprövning enligt LOU. Det kan även tilläggas att när den tidigare ansökan gavs in till länsrätten var det inte ostridigt mellan parterna att 2005 års avtal existerade.

Res judicata

Därefter har kammarrätten att pröva om länsrätten, i strid mot principen om res judicata, har prövat samma sak dvs. avtalen från år 1998 och 2002, som kammarrätten redan prövat i samband med att målet återförvisades till länsrätten. Kammarrättens mening i den nämnda domen var att avtalen från 1998 och 2002 inte kunde bli föremål för överprövning p.g.a. en lagändring som trädde i kraft den 1 juli 2002. Tidpunkten då avtalen slutits lades således till grund för kammarrättens prövning. Däremot överprövades inte avtalen och inte heller lades andra omständigheter vid avtalens tillkomst till grund för prövningen. Länsrätten kan därför inte vid sin nya prövning anses ha prövat samma sak som kammarrätten redan tagit ställning till.

Är upphandlingen förenlig med LOU?

Kammarrätten har här efter att pröva huruvida 2005 års avtal strider mot LOU eller inte. Det aktuella avtalet med Profdoc Care AB är benämnt ”Tillägg till huvudavtal avseende Take Care daterat 2002-06-18”. I

ingressen till 2005 års avtal anges bl.a. följande. Detta tillägg avser en förlängning och ändringar av gällande Avtal "Huvudavtal avseende Take Care" mellan Karolinska universitetssjukhuset, Huddinge och Profdoc Care AB. Tillägget innebär även att avtalet ska gälla för hela Karolinska universitetssjukhuset.

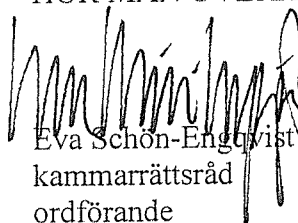
Det kan således först konstateras att avtalet från 2005 är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en leverantör och en upphandlande myndighet och att värdet av avtalet överstiger vad som får direktupphandlas. Avtalet omfattas därmed av huvudregeln om upphandlingsskyldighet enligt LOU. Fråga uppkommer dock om avsteg från vad som är föreskrivet om annonsering etc. ändå var tillåtet med hänsyn till att fråga var om avtalsförlängning eller tilläggsavtal i enlighet med vad som föreskrivs i LOU. För att avgöra detta måste bedömas om föregående avtal ingåtts enligt vad som är föreskrivet i LOU och om avtalen medgav förlängning på sätt som skett. En sådan bedömning är enligt kammarrättens mening möjlig att göra i nu förevarande mål, eftersom kammarrätten nu inte tar ställning till om dessa upphandlingar ska rättas, göras om eller bestå. Det kammarrätten uttalade i den tidigare nämnda domen var att det föreligger hinder mot att överpröva de genom avtalen från 1998 och 2002 reglerade upphandlingarna.

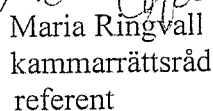
Avtalet från 1996 mellan Stockholms läns landsting, Huddinge sjukhus och Omnison AB tecknades efter ett förenklat upphandlingsförfarande och avsåg leverans av elektroniskt remiss- och svarssystem till Huddinge sjukhus. I målet har inte framkommit annat än att det avtalet var tillkommet i enlighet med LOU. Inte någon av de delar av 1996 års avtal som getts in i målet innehåller någon bestämmelse om möjlighet till förlängning av detta avtal. Detsamma gäller i fråga om anbudsinfordran, vilken ingår som en del i detta avtal. Vad avser 1998 års avtal mellan Huddinge sjukhus och Omnison AB samt 2002 års avtal mellan Huddinge Universitetssjukhus AB och Profdoc Care AB konstaterar kammarrätten att dessa har ingåtts mellan

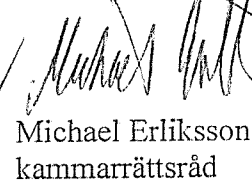
parterna utan något upphandlingsförfarande med föregående annonsering och att dessa avtal innebär att upphandlande myndighet vid varje tillfälle tilldelat nytt kontrakt.

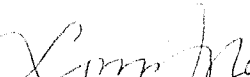
Kammarrätten finner sammanfattningsvis att det inte visats att 2005 års avtalsförlängning funnits med i något annonserat upphandlingsförfarande eller i något annat ursprungligt direkttilldelat kontrakt som ingåtts i enlighet med vad som är föreskrivet i LOU om vissa icke-annonserade undantagsförfaranden. Det kan därför inte vara fråga om ett tilläggsavtal eller avtalsförlängning som är förenlig med LOU. Det är således fråga om ett nytt avtal och en ny upphandling. Någon upphandling har inte skett och det är därför fråga om en otillåten direktupphandling. Genom SLOS:s förvärv utan att ha tillämpat bestämmelserna i LOU trots att så borde ha skett, får Lorensberg anses ha lidit skada (jfr. t.ex. RÅ 2005 ref. 10). Överklagandet ska därför avslås.

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


Eva Schön-Engqvist
kammarrättsråd
ordförande


Maria Ringvall
kammarrättsråd
referent


Michael Eriksson
kammarrättsråd


Linnéa Johansson
kammarrättsfiskal

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-09-17
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
14710-08
Rotel 551

SÖKANDE

Lorensbergs Communication AB, 556569-0913

Ombud: Advokat Raynar Persson
Södra Ringgatan 6
441 30 Alingsås

MOTPART

Stockholms läns sjukvårdsområde
Stockholms läns landsting

Ombud: Advokaterna Eva-Maj Mühlenbock och Sofia Mårtensson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning avseende Stockholms läns sjukvårdsområdes upphandling den 23 juni 2005 och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 458584

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Genom ett upphandlingsförfarande som utmynnade i ett avtal underskrivet den 13 juni 1996 köpte dåvarande Huddinge sjukhus ett elektroniskt remiss- och svarssystem från bolaget Omnison AB. Ett nytt uppföljande avtal som benämndes ”ramavtal” slöts mellan parterna 1998 (1998 års avtal). Enligt ett senare avtal daterat den 18 juni 2002 (2002 års avtal) övertogs Omnisons rättigheter och skyldigheter enligt 1998 års avtal av Omnison AB:s moderbolag Profdoc Care AB (Profdoc) och 1998 års avtal upphörde att gälla. Parterna i 2002 års avtal var Profdoc och Huddinge Universitetssjukhus. År 2004 slogs Huddinge Universitetssjukhus och Karolinska sjukhuset ihop till Karolinska Universitetssjukhuset. 2002 års avtal följde med till Karolinska Universitetssjukhuset och har förlängts ytterligare en gång. Det avtal som nu är i kraft är från den 23 juni 2005 och gäller till och med den 30 juni 2011.

Lorensberg Communication AB (Lorensberg) är ett företag som tillhandahåller och säljer journalsystem för sjukvården.

I dom den 21 februari 2008 (mål 25824-07) biföll Länsrätten i Stockholms län Lorensbergs ansökan om överprövning och beslutade att de otillåtna direktupphandlingar av journalsystem, support, underhåll och utveckling av det upphandlade remiss- och svarssystemet (ROS) som gjorts av Stockholms läns landsting eller organ under landstinget skulle göras om.

Kammarrätten i Stockholm upphävde i dom den 9 juli 2008 (mål 2075-08) länsrättens dom och visade målet åter till länsrätten för ny prövning i enlighet med vad som framgår av kammarrättens dom. I domskälen angav kammarrätten bl.a. följande.

Enligt 7 kap. 1 § LOU i den lydelse som är tillämplig på upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002 (SFS 1997:1068, se övergångsbestäm-

melserna till SFS 2002:594) får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. På grund härav är det endast en upphandling som påbörjats efter den 30 juni 2002 som, om övriga förutsättningar härför är uppfyllda, kan bli föremål för överprövning. Eftersom både 1998 och 2002 års avtal är ingångna före den 30 juni 2002, har länsrätten varit förhindrad att överpröva de genom avtalen reglerade upphandlingarna. Frågan blir då om vad Lorensberg anfört till stöd för sin ansökan – även med beaktande av att överprövning inte kan ske med avseende på vad som upphandlats genom avtal ingångna före den 30 juni 2002 – kan anses utgöra grund för de åtgärder bolaget ansökt om. Kammarrätten noterar därvid särskilt att bolaget gjort gällande att den utvidgade användningen av Take Care till primärvård, geriatrik och psykiatri under alla förhållanden innebär att ny upphandling måste ske, att 2005 års avtal utgör ett nytt fristående avtal som borde ha upphandlats enligt LOU samt att de tidigare ingångna avtalen inte innehåller något som hindrar Stockholms läns sjukvårdsområde från att upphandla support och underhåll från någon annan än Profdoc. Såvitt framgår av domen har länsrätten inte, med utgångspunkt i nämnda förutsättningar, gjort någon prövning av vad bolaget anfört. Då kammarrätten inte som första instans bör göra den prövningen, ska länsrättens dom upphävas och målet visas åter till länsrätten för ny prövning i enlighet med det sagda.

Kammarrättens dom har efter överklagande vunnit laga kraft.

Länsrätten har efter återförvisningen avslagit Lorensbergs yrkande att länsrätten ska besluta att Stockholms läns landsting eller organ under landstinget tills vidare ska underlåta att vid ytterligare enheter införa journalsystemet Take Care eller något annat journalsystem, alternativt att rätten omedelbart ska besluta att landstingets pågående upphandling av journalsystemet Take Care eller upphandling av journalsystem från annan leverantör eller något annat journalsystem avseende Stockholms läns sjukvårdsområde och andra vårdenheter inte får avslutas innan något annat har beslutats. Länsrättens beslut har efter överklagande vunnit laga kraft.

YRKANDEN M.M.

Lorensberg yrkar att länsrätten ska besluta att Stockholms läns sjukvårdsområdes (SLSO) upphandlingar av journalsystemet Take Care från Profdoc

enligt 2005 års avtal, som trätt i kraft den 1 juli 2005, med förlängningar ska göras om. Som grund för ansökan anges följande. SLSO har i strid med LOU träffat 2005 års avtal – som är ett nytt avtal – utan att dessförinnan genomföra en offentlig upphandling. SLSO:s agerande strider bland annat mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU i den lydelse som är tillämplig i målet (1992:1528). Det är fråga om ett ekonomiskt värde som vida överstiger tröskelvärdet för direktupphandling.

Till stöd för sin talan anför Lorensberg sammanfattningsvis följande. SLSO:s påstående att det inte föreligger någon upphandlingssituation är felaktigt. I 2002 års avtal anges att avtalstiden är tre år med ett års förlängning och att det börjar gälla den 18 juni 2002. I 2005 års avtal anges att avtalstiden är tre år från och med den 1 juli 2005 och ett år i taget under tre år därefter. 2005 års avtal är således ett nytt treårsavtal och inte bara en förlängning av 2002 års avtal, som endast kunde förlängas med ett år i taget. 2002 års avtal gäller mellan Profdoc och Huddinge Universitetssjukhus AB. 2005 års avtal gäller mellan Profdoc och Karolinska Universitetssjukhuset. Både partsställningen och de vårdgivande enheter som omfattas har således förändrats i 2005 års avtal. Enligt bilaga 3 i punkt 2.2 i 2002 års avtal är priset 2 200 kr i licenskostnad per samtidig användare, vilka uppgick till 1 500 st. Enligt 2005 års avtal gäller en fast initial årsavgift om 7 102 000 kr. Priset är således nytt. 2002 års avtal gick ut den 18 juni 2005. 2005 års avtal undertecknades den 28 juni 2006 med uppgiven giltighet från och med den 1 juli 2005. Den 28 februari 2007 meddelade SLSO Lorensberg att landstinget beslutat att upphandla ett nytt journalsystem och att detta skulle ske genom offentlig upphandling. Lorensberg väntade således på en publicering av anbudsinfordran. Under denna tid genomförde SLSO i det fördolda ett breddinförande av journalsystemet Take Care. Det är fråga om ett systematiskt åsidosättande av LOU under en lång följd av år.

SLSO yrkar att ansökan ska avslås och anför till stöd för sin talan sammanfattningsvis följande. SLSO, som är en enhet inom Stockholms läns landsting, hade tidigare flera olika journalsystem i sin verksamhet som inte kunde kommunicera med varandra. För att kunna bedriva verksamheten effektivt och för att uppfylla gällande lagkrav och patientsäkerhet krävs att nya journalsystem anskaffas. SLSO hade inledningsvis för avsikt att upphandla journalsystem i en konkurrentutsatt upphandling enligt LOU. Efter genomgång av de olika enheternas behov och analys av landstingets befintliga avtal kunde SLSO dock konstatera att det lämpligaste för landstinget vara att nyttja de avtal och den fria licens som man genom Karolinska Universitetssjukhuset redan hade tillgång till. SLSO valde således att istället för att köpa in ett nytt journalsystem använda det system som landstinget redan hade tillgång till. Någon upphandling behövde därför inte genomföras, vilket SLSO även informerade Lorensberg om. Det föreligger inte någon upphandling att överpröva eftersom enheter inom landstinget väljer att utnyttja den fria licens som landstinget genom Huddinge Universitetssjukhus har köpt och enheter inom landstinget har fri tillgång till. SLSO har genom 2002 års avtal rätt att nyttja den fria licensen till Take Care och någon ersättning härför utgår inte. 2005 års avtal är ett tilläggsavtal till 2002 års avtal. 2002 års avtal gäller alljämt mellan parterna, och av detta framgår att vårdgivare med vilka Huddinge Universitetssjukhus (numera Karolinska Universitetssjukhuset) har ett vårdssamarbete – däribland SLSO – har en icke-exklusiv rätt att nyttja Take Care för ett obegränsat antal användare och installationer. Huddinge sjukhus/Karolinska Universitetssjukhuset har genom 2002 års avtal köpt en i tid och volym obegränsad licens som kan användas i den omfattning som avtalet medger. Det är inte fråga om erläggande av löpande licenser, utan licenskostnaden är redan betald. För att utnyttja denna rättighet krävs inte att något avtal gäller mellan parterna och denna rättighet förändras inte genom 2005 års tilläggsavtal. SLSO är av uppfattningen att 2002 års avtal är korrekt upphandlat. Under

alla omständigheter har dock även kammarrätten slagit fast att detta avtal inte kan överprövas.

2002 års avtal, med tillägget år 2005 efter att Huddinge Universitetssjukhus slagits samman med Karolinska sjukhuset, reglerar också kostnaden för underhåll, support och utveckling. Genom att införa Take Care i SLSO:s verksamhet sker således inte någon anskaffning av varor och tjänster som kan prövas enligt LOU. Support, underhåll och utveckling av journalsystemet Take Care har reglerats mellan parterna sedan upphandlingen år 1996. Det nu gällande avtalet från år 2002, med 2005 års tillägg, reglerar villkoren för Profdocs tillhandahållande av dessa tjänster och kostnaderna härför. Kostnaderna ökar ju fler användare som ansluts till journalsystemet, eftersom kostnaden utgår per användare. Någon upphandlingssituation uppkommer inte eftersom redan 2002 års avtal avser ett obegränsat antal användare och installationer. Att beräkningsmodellen avseende support och underhåll förändrades genom 2005 års avtal innebär inte att priset förändrades. Genom 2005 års avtal övergick man från en beräkning av kostnaden baserad på uppmätt antal aktiva användare till en beräkning av antal helårsanställda i anslutna organisationer. Orsaken till den förändrade beräkningen var att den senare modellen var lättare att mäta och relatera till. Kostnaden med den gamla respektive den nya beräkningsmodellen är identisk. Avsikten har således inte varit att förändra priset.

Att partsställningen har förändrats i 2005 års avtal beror på sammanslagningen av Karolinska sjukhuset och Huddinge Universitetssjukhus till Karolinska Universitetssjukhuset. All verksamhet inklusive alla avtal som berörde verksamheterna följde med vid övergången. Huddinge Universitetssjukhus AB existerar fortfarande som ett organisationsnummer, men bolaget bedriver ingen verksamhet över huvud taget. Att partsställningen har förändrats i avtalet innebär inte att en upphandlingssituation har uppkommit.

Lorensberg har anfört att avtalstiden i 2002 års avtal är tre år med ett års förlängning. Korrekt är att avtalet kan förlängas med ett år i taget. Att det i 2005 års avtal anges att den initiala avtalstiden är tre år och att avtalstiden kan förlängas med ett år i taget under tre år därefter, utgör inte en sådan väsentlig förändring av avtalsvillkoren att en upphandlingssituation skulle uppkomma. Det kan därutöver noteras att någon begränsning i avtalstiden inte föreligger enligt 2002 års avtal, men att en sådan begränsning avtalats genom 2005 års avtal.

Att SLSO inte återfinns i bilagan till 2005 års avtal innebär endast att SLSO inte var ansluten till Take Care när detta avtal tecknades. SLSO har dock enligt 2002 års avtal rätt att ansluta Take Care till enheten och nyttja den fria licensen.

Enligt LOU förutsätts att ett upphandlingskontrakt används under avtalstiden i enlighet med de villkor som angetts i det ursprungliga kontraktet. En ny upphandling behöver genomföras om det är fråga om väsentliga förändringar, jfr EG-domstolens domar i målen C-337/98 och C-454/06. Av dessa domar följer att ändringar som görs i ett kontrakt kan anses utgöra ett nytt kontrakt om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga avtalet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. De förändringar som i förevarande ärende har genomförts avseende 2002 års avtal skulle över huvud taget inte ha påverkat något upphandlingsförfarande. Avtalets tillämpningsområde har inte utsträckts till att avse ytterligare tjänster och kontraktets ekonomiska jämvikt har – om något – ändrats till förmån för landstinget. Några väsentliga förändringar av 2002 års avtal har inte genomförts och det synes uppenbart att de förändringar som genomförts genom 2005 års avtal inte har berott på en avsikt från parternas sida att omförhandla några väsentliga kontraktsvill-

kor. 2005 års avtal har framförallt tillkommit med anledning av en organisationsförändring inom landstinget.

Lorensberg kan slutligen inte ha lidit någon skada av att enheter inom landstinget infört Take Care. Lorensberg är ett litet bolag och saknar relevanta referensobjekt som utvisar att dess journalsystem klarar hela vårdkedjan från öppenvård till slutenvård. Lorensberg hade således aldrig kunnat komma ifråga, dvs. kvalificera sig i en konkurrensutsatt upphandling.

Konkurrensverket har på länsrättens anmodan yttrat sig i målet. Efter en redogörelse för aktuella bestämmelser och rättspraxis m.m. anför verket bl.a. följande.

Av handlingarna i målet framgår att 2002 års avtal löpte till den 18 juni 2005 och därefter kunde förlängas med ett år i taget. Genom 2005 års avtal träffade parterna en överenskommelse om ”förlängning och ändringar” av 2002 års avtal. I 2005 års avtal överenskoms bl.a. att 2002 års avtal förlängdes från och med den 1 juli 2005 och tre år framåt med rätt för kunden att skriftligt förlänga avtalet med ett år i taget under tre år därefter. Konkurrensverket konstaterar att 2005 års avtal är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en leverantör och en upphandlande myndighet. Avtalet omfattas därmed i och för sig av huvudregeln om upphandlingsskyldighet i enlighet med LOU:s förfaranderegler. Fråga uppkommer emellertid om 2005 års avtal i själva verket utgör en avtalsförlängning eller ett tilläggsavtal som är förenligt med LOU.

Ett upphandlingskontrakt kan innehålla förlängningsklausuler eller optioner. Dessa kan vara utformade på olika sätt. De kan, som i föreliggande fall, exempelvis vara utformade på så sätt att det krävs en aktiv åtgärd – en begäran om förlängning eller ett skriftligt avtal – för att det upphandlade kontraktet inte ska löpa ut. En förutsättning för att en avtalsförlängning ska

vara förenlig med LOU är emellertid att det ursprungliga upphandlingskontraktet föreskrev denna förlängning och att denna var angiven i den ursprungliga annonsen eller förfrågningsunderlaget i den upphandling som föregick upphandlingskontraktet. Om så inte är fallet och om det inte heller förelåg förutsättningar enligt LOU att direkttilldela detta ursprungliga kontrakt med dess förlängningsklausul enligt något av lagens icke-annonserade undantagsförfaranden är avtalsförlängningen att anse som en ny upphandling och ett ingående av ett nytt kontrakt.

Motsvarande synsätt bör gälla för tilläggsavtal efter förhandlad upphandling utan föregående annonsering. En första förutsättning för att tilläggs- eller upprepningssköp enligt LOU ska kunna upphandlas enligt ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är att det ursprungliga kontraktet var ett upphandlingskontrakt som upphandlats i enlighet med LOU. Härutöver uppställer regelverket en rad andra förutsättningar för att kunna tillämpa dessa undantag. För att undersöka huruvida 2005 års avtal utgör en avtalsförlängning eller ett tilläggsavtal som är förenligt med LOU bör det således bl.a. undersökas om det ursprungliga kontraktet uppfyllde dessa förutsättningar. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan härvidlag.

Det förhållandet att kammarrätten funnit att 1998 års och 2002 års avtal inte kan vara föremål för överprövning utgör enligt Konkurrensverkets mening inget hinder mot att beakta omständigheter då dessa tecknades och avtalens innehåll. Kammarrättens dom får anses innebära en processuell begränsning inom ramen för överprövningsinstitutet vad avser ingripanden mot de avtal som är ingångna före den 1 juli 2002. Enligt verkets mening kan inte denna begränsning utgöra något hinder mot att pröva huruvida 2005 års avtal utgjort en avtalsförlängning eller ett tilläggsavtal som var förenligt med LOU. Även om det med nödvändighet innebär att avtal som ingåtts före den 1 juli 2002 måste beaktas, tar både prövningen och ett

eventuellt ingripande alltjämt sikte på frågan huruvida 2005 års avtal är förenligt med LOU. Konkurrensverket kan inte heller finna att ett sådant ingripande mot en förlängning eller ett tillägg avseende ett otillåtet direkttilldelat avtal inte skulle ha varit möjligt före den 1 juli 2002, med tillämpning av 7 kap. 1 § LOU i den lydelse som gällde före nämnda tidpunkt (jfr. bl.a. RÅ 1998 not 44 och Kammarrätten i Stockholm mål nr 8029-02). Regeringsrättens praxis i RÅ 2004 ref. 24 föranleder inte till annan bedömning. Det avtal som var föremål för prövning i det målet förlängdes automatiskt och det krävdes ett aktivt handlande – en uppsägning – från den upphandlande myndighetens sida för att det skulle upphöra. En uppsägning eller en utebliven uppsägning kan enligt Regeringsrättens praxis inte anses uppfylla kriterierna för upphandlingskontrakt respektive upphandling enligt LOU.

I föreliggande mål hos länsrätten är emellertid situationen annorlunda. Enligt SLSO:s egen uppgift har nämligen parterna träffat en *överenskommelse* om att förlänga ett avtal som i annat fall skulle ha löpt ut. Även om det skulle visa sig att överenskommelsen om förlängning skulle vara ingången före det att 2005 års avtal ingicks, framstår överenskommelsen som en sådan aktiv åtgärd som i sig torde uppfylla kriterierna för termen upphandling i LOU. Enligt Konkurrensverkets mening skulle det leda till helt oönskade resultat om kammarrättens dom istället skulle tolkas på så sätt att sökanden i överprövningsmål, som framställer nu aktuella yrkanden om ingripande mot ett avtal ingånget efter den 1 juli 2002, inte skulle ha möjlighet att åberopa några omständigheter till stöd för sin talan som är hänförliga till tiden före nämnda tidpunkt. En effekt skulle t.ex. bli att otillåtna direktupphandlingar ingångna före den 1 juli 2002 i princip skulle kunna förlängas genom nya avtal i det oändliga utan att de skulle kunna angripas genom överprövningsinstitutet. Konkurrensverket anser i likhet med länsrättens tidigare bedömning att såväl 2002 års som 1998 års avtal i realiteten har inneburit att den upphandlande myndigheten vid varje nytt avtalstillfäl-

le tilldelat ett nytt kontrakt. Av handlingar i målet framgår vidare att 2002 års avtal inte har föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande. Inte heller har det enligt verkets mening visats att det funnits förutsättningar enligt LOU att direkttilldela 2002 års avtal enligt något av lagens icke-annonserade undantagsförfaranden. Utredningen ger sålunda vid handen att 2005 års avtalsförlängning inte har funnits med i något ursprungligt annonserat upphandlingsförfarande och att det inte heller visats att 2005 års avtalsförlängning funnits med i något ursprungligt direkttilldelat kontrakt som ingåtts i enlighet med något av LOU:s icke-annonserade undantagsförfaranden. Konkurrensverket anser mot denna bakgrund att 2005 års avtal inte kan anses vara en avtalsförlängning eller ett tilläggsavtal som är förenligt med LOU. Konkurrensverket finner således att 2005 års avtal utgör ett nytt kontrakt och en ny upphandling. Såvida SLSO inte kan visa att det funnits förutsättningar enligt LOU att direkttilldela 2005 års avtal enligt något av lagens icke-annonserade undantagsförfaranden utgör det en otillåten direktupphandling.

Lorensberg anför med anledning av Konkurrensverkets yttrande bl.a. följande. Som framgår av ingivna handlingar varken ägde eller äger Omnison AB samtliga aktier i Profdoc, utan endast 49 procent av aktierna. Majoritetsägare är Profdoc AB. Bytet på leverantörssidan från Omnison AB till Profdoc går således inte från ett bolag till dess helägda dotterbolag. Det har dessutom inte visats vare sig någon bindande instruktionsrätt eller något resultatansvar.

Redan partsbytena innebär att en ny upphandling skulle ha gjorts. Den vidare konsekvensen härav är att undantagsbestämmelserna i 5 kap. 17 § LOU inte heller är tillämpliga.

Konkurrensverket har bedömt att 2005 års avtal är att anse som ett nytt kontrakt och en ny upphandling samt att det är fråga om en otillåten di-

rektupphandling om inte SLSO kan bevisa att samtliga förutsättningar för ett undantagsförfarande enligt LOU är uppfyllda. Det ska härvid särskilt framhållas att denna bevisbörda även gäller värderekvisitet i sista stycket i 5 kap 17 § LOU beträffande undantaget under punkten 3. Det gäller även beträffande punkten 4 i samma stadgande beträffande rekvisiten; 1. värdekravet i tröskelvärdet, 2. tidskravet och 3. annonseringskravet.

Det har framförts från SLSO att Lorensberg är ett så litet bolag att det inte skulle kunna lida skada eftersom det ändå inte skulle komma ifråga för aktuell upphandling. Profdoc och Lorensberg är ungefärligen lika stora. Det ska därvid särskilt tilläggas att nästan hela Profdocs omsättning är hänförlig till den i målet aktuella upphandlingen.

SLSO anför med anledning av Konkurrensverkets yttrande bl.a. följande. Konkurrensverket anger i sitt yttrande att kammarrättens dom får anses innebära en processuell begränsning inom ramen för överprövningsinstitutet vad avser ingripanden mot de avtal som är ingångna före den 1 juli 2002. SLSO får inledningsvis konstatera att kammarrättens dom, liksom för övrigt redan det förhållandet att det av lag och förarbeten följer att avtal som tecknats före den 1 juli 2002 inte kan angripas genom överprövning, utgör den processuella ramen för länsrättens prövning i här aktuellt mål.

Konkurrensverket anför att ”det skulle leda till helt oönskade resultat” om kammarrättens dom skulle tolkas på ett annat sätt än som Konkurrensverket tolkar domen. SLSO vidhåller att såväl 1998 som 2002 års avtal har träffats i enlighet med LOU. Oaktat detta vill SLSO klargöra följande. Att överprövning tidigare inte var möjlig efter det att avtal träffats innebar ett ”oönskat resultat”. Av denna anledning förändrades lagstiftningen per den 1 juli 2002. Det framgår helt klart att avtal som träffades i tiden före detta inte kan överprövas. Detta förhållande är måhända oönskat, men innebär inte att lagstiftningen kan ”tolkas” på något annat, mer önskat sätt.

En effekt av att avtal tecknade före den 1 juli 2002 inte kan överprövas innebär inte heller, vilket Konkurrensverket anför, att otillåtna direktupphandlingar genomförda före denna tid kan förlängas i det oändliga utan att kunna angripas. Den avgörande frågan är om och när ett avtals villkor har förändrats på ett så väsentligt sätt att det är fråga om en ny upphandling, vilken rätteligen skulle ha konkurrensutsatts.

Detta är också den bedömning EG-domstolen lägger till grund för sin prövning, det vill säga utgör en förändring en ändring av ett *väsentligt villkor* i kontraktet. Den fråga som måste avgöras i här föreliggande fall är således om 2005 års avtal innebär sådana väsentliga förändringar/betydande skillnader i förhållande till 2002 års avtal.

Som SLSO tidigare angivit är det SLSO:s uppfattning att såväl avtalen från 1998 och 2002 som från 2005 utgör tilläggsavtal till det ursprungliga, i enlighet med LOU, upphandlade kontraktet, varför det inte förelegat skäl att konkurrensutsätta Profdocs åtaganden. Några väsentliga förändringar ”betydande ändringar” av ursprungligt kontrakt är det inte heller fråga om.

Som tidigare angivits gör SLSO i andra hand gällande att det funnits förutsättningar för att teckna 2005 års avtal direkt med Profdoc efter förhandlad upphandling utan annonsering. Profdoc är den enda leverantören som har teknisk möjlighet att fullgöra kontraktet och Profdoc har vidare legal ensamrätt till källkoden.

SLSO menar vidare att det funnits förutsättningar för att teckna 2005 års avtal direkt med Profdoc då 2005 års avtal avser tilläggstjänster från den ursprungliga leverantören som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för projektet och som inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, samt att dessa

är nödvändiga för att det ursprungliga upphandlingskontraktet ska kunna slutföras.

Slutligen gör SLSO gällande att det funnits förutsättningar för att teckna 2005 års avtal direkt med Profdoc då det är fråga om kompletterande leveranser av tjänster från en ursprunglig leverantör, där tjänsterna är avsedda som tillägg till eller utbyte av tidigare leveranser och då ett byte av leverantör skulle medföra att SLSO tvingades anskaffa tjänster som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade, eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

DOMSKÄL

I målet är LOU i dess äldre lydelse tillämplig.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får en leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Vid annan upphandling än direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Enligt 7 kap. 2 § LOU skall, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Länsrätten har att överpröva SLSO:s avtal av den 23 juni 2005 i enlighet med kammarrättens dom av den 9 juli 2008. Avseende överprövning av eventuella senare avtal mellan SLSO och Profdoc får ny talan väckas.

Länsrätten finner – i enlighet med vad Konkurrensverket anfört – att 2005 års avtal är att betrakta som en upphandlingssituation på vilken LOU är tillämplig.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att enbart 2005 års avtal kan överprövas. Länsrätten noterar dock att det även före den 1 juli 2002 fanns begränsningar avseende i vilka situationer ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering fick tillämpas. Det faktum att direktupphandlingar som skett före den 1 juli 2002 inte kan överprövas med stöd av senare tillkommen lagstiftning i fråga om överprövningsinstitutet innebär således inte att äldre direktupphandlingar definitionsmässigt är tillåtna. Länsrätten ser sig därmed oförhindrad att beakta omständigheter som härrör från tiden före den 1 juli 2002, även om de avtal som härrör från denna period inte överprövas.

Den ursprungliga upphandlingen skedde 1996 och avsåg ett remiss- och svarssystem (ROS) för Huddinge sjukhus. Denna upphandling har inte ifrågasatts i målet och länsrätten utgår därför från att den är korrekt genomförd enligt då gällande regler.

Länsrätten konstaterar att 2005 års avtal inte avser ett remiss- och svarssystem för Huddinge sjukhus. Länsrätten delar därmed Konkurrensverkets uppfattning att 1998 och 2002 års avtal har inneburit tilldelning av nya kontrakt. Under den pågående processen efter 1996 års upphandling har därmed föremålet för upphandlingen förändrats i grunden. Det åligger därmed upphandlande myndighet att visa att förutsättningar för direkttilldelning av de nya kontrakten föreligger. Länsrätten finner att SLSO inte visat att förutsättningarna för direktupphandling förelegat vid något tillfälle.


Länsrätten finner därmed – vid överprövning av 2005 års avtal – att detta kontrakt, till sin natur inte kan anses förenligt med LOU då det är en förlängning av ett kontrakt som upphandlats genom ett felaktigt förfarande. Det saknas därmed anledning att ta ställning till om de ändringar som gjorts i 2005 års avtal är så väsentliga att det kan anses vara fråga om en ny upphandling enbart i förhållande till 2002 års avtal.

De grunder SLSO anfört som stöd för att en direkttilldelning av 2005 års avtal skulle vara tillåten, kompletterande leveranser från existerande leverantör samt teknisk ensamrätt, kan beaktas enbart under förutsättning att 1998 och 2002 års avtal är korrekt upphandlade. Det har inte visats att så är fallet. Därmed saknas möjlighet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på dessa grunder.

Ett av huvudsyftena med LOU är att upprätthålla en icke snedvriden konkurrens. Då en direktupphandling naturligen snedvrider konkurrensen och helt utesluter andra aktörer från att ens lämna anbud saknas skäl att beakta möjligheten för Lorensberg att vinna en eventuell öppen upphandling. Länsrätten finner därmed att Lorensberg får anses ha lidit skada på grund av SLSO:s agerande.

Länsrätten finner sammanfattningsvis att upphandlingen genomförts i strid mot LOU och med anledning av att ett felaktigt upphandlingsförfarande har använts ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1a)



Marie-Louise Diurson

chefsrådman

Föredragande har varit Mathias Lassinantti Jansson.

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 fordras 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.