



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**  
2013-04-04  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
10-13 E  
Enhet 2:6

*Fig. Alet 7*  
Sida 1 (11)

**SÖKANDE**

Spenshult AB, 556457-1270  
313 92 Oskarström

Ombud: Jur.kand. Jenny Crafoord och Advokat Kristian Pedersen  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**MOTPART**

Region Halland  
Box 517  
301 80 Halmstad

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
<i>2013-06-17</i>	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

### BAKGRUND

Region Halland (Regionen) har bjudit in anbudsgivare att lämna anbud i upphandlingen av ortopedi, dnr HSS120065 (upphandlingen). I tidigare tilldelningsbeslut tilldelades Spenshult AB (bolaget) kontrakt i upphandlingen men efter att förvaltningsrätten i dom den 11 december 2012 beslutat om rättelse på så sätt att bolaget uteslöts från upphandlingen har Regionen fattat ett nytt tilldelningsbeslut i vilket Movement Medical i Halmstad AB (Movement), som enda kvarvarande anbudsgivare, tilldelats kontrakt i upphandlingen. Bolaget har klagat på förvaltningsrättens dom som nu ligger för prövning hos Kammarrätten i Göteborg.

### YRKANDEN M.M.

**Bolaget** yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Movement förkastas och bolagets anbud, som uppfyller samtliga skallkrav, därmed antas (frågan om bolagets anbuds uppfyllelse av samtliga skallkrav är föremål för prövning vid Kammarrätten i Göteborg). I andra hand yrkas att förvaltningsrätten, för det fall bolagets anbud vid slutlig prövning inte bedöms uppfylla samtliga skallkrav, ska besluta att upphandlingen ska göras om eftersom det inte finns några anbud som kan antas, dels eftersom inte heller Movements anbud uppfyller samtliga skallkrav dels för att anbuderna i upphandlingen har löpt ut utan att förlängning skett eller avtal tecknats.

Movement har för den offererade verksamhetschefen och medicinskt ansvarige läkaren bl.a. uppgett referensen Per Herbertsson, överläkare på ortopediska kliniken vid universitetssjukhuset i Lund. Det ska också klargöras att Per Herbertsson också är anställd av Movement som överläkare i ortopedi. Skälet till att begära att anbudsgivarna ska lämna referenser är att

den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera att vissa, särskilt betydelsefulla krav är uppfyllda. Detta syfte motverkas om man skulle acceptera att anbudsgivarna angav anställda inom det egna bolaget som referenser då dessa inte kan anses vara oberoende, utan tvärtom är bundna av lojalitetsplikten gentemot sin arbetsgivare och därutöver kan ha ett eget intresse av att arbetsgivaren tilldelas ett visst kontrakt. En referens från någon som är anställd inom en anbudsgivare kan inte anses utgöra en referens i den mening som avses i LOU eftersom en referens måste vara ett externt omdöme från någon utanför bolaget och inte ett internt omdöme från anbudsgivaren själv. Vidare föreligger det på grund av Pär Herbertssons anställning i Movement en intressekonflikt som medför att regionen agerar i strid med likabehandlingsprincipen genom att acceptera Pär Herbertsson som referens för Movement. Movement har således inte uppfyllt skallkravet att ange två referenser för verksamhetschef respektive medicinskt ansvarig läkare. Enligt EU-domstolen strider det mot likabehandlingsprincipen att en upphandlande myndighet använder krav för vilka den varken ämnar eller har möjlighet att verkligen kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt.

Enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 2.4 ska anbuden i upphandlingen vara bindande fram till den 1 januari 2013. Avtalsspärren som löper med anledning av tilldelningsbeslutet den 19 december löper ut den 4 januari 2013, vilket innebär att Regionen tidigast skulle ha kunnat teckna kontrakt den 5 januari 2013, dvs. efter den tidpunkt då anbudets giltighetstid löpt ut. Av praxis framgår att den upphandlande enheten är skyldig att avbryta upphandlingen och göra om den om anbudets giltighetstid löpt ut innan kontrakt har tecknats i upphandlingen. Någon förlängning av anbudens giltighetstid har inte skett utan giltighetstiden har numera löpt ut. Det finns därmed inte längre några giltiga anbud i upphandlingen och Regionen måste därför avbryta och göra om upphandlingen. En förlängning av anbudens giltighet skulle kunna innebära en sådan väsentlig förlängning av för-

utsättningarna i upphandlingen att upphandlingen skulle behöva annonseras på nytt. Regionen har i sitt tilldelningsbeslut under punkten 1.7 uttryckligen angett att tilldelningsbeslut inte innebär något civilrättsligt bindande avtal. Något bindande avtal har således inte uppkommit i och med upplysningarna om tilldelningsbeslutet och det bör dessutom understrykas att om bindande avtal hade uppkommit så skulle detta ha utgjort ett brott mot avtalsspärren. Vad Regionen anför i denna del har således inte någon relevans för bedömningen om bindande avtal uppkommit innan anbudens giltighetstid löpte ut.

Bolaget, vars anbud uppfyller alla skallkrav skulle ha tilldelats kontrakt om det inte vore för regionens överträdelse av LOU. För det fall bolagets anbud vid en slutlig prövning skulle bedömas bristfälligt innebär regionens överträdelse av LOU i vart fall att bolaget inte ges möjlighet att delta i en förnyad upphandling som borde genomföras eftersom inte heller Movements anbud uppfyller samtliga skallkrav. Med beaktande av praxis kan det konstateras att varken *litis pendens* eller *res judicata* hindrar förvaltningsrätten från att pröva aktuellt mål. Enligt dom i Kammarrätten i Stockholm (mål nr 12686-12) vore det oförenligt med den på EU-rätten grundade rättigheten att få det senare tilldelningsbeslutet prövat att tillämpa nationella bestämmelser om *litis pendens* i fall som förevarande. Bolaget vill erinra om att förvaltningsrättens dom i mål nr 12686 -12 ännu inte har vunnit laga kraft. Bolaget åberopar även avseende invändningen om *res judicata* ovan angivna dom från Kammarrätten i Stockholm. Kammarrätten anförde här att man inte ens på grund av *res judicata* ansåg att förvaltningsrätten var förhindrad att pröva ansökande bolags ansökan om överprövning.

**Regionen** anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Saken är under prövning i Kammarrätten i Göteborg i mål nr 20-13. Det föreligger således *litis pendens* som är ett hinder för fortsatt prövning. Region-

en är vidare av uppfattningen att det föreligger res judicata. Regionen ålades av förvaltningsrätten att i anbudsutvärdering utesluta bolagets anbud. Regionens nya tilldelningsbeslut är en ren verkställighet av vad förvaltningsrätten redan har beslutat i dom. Bolaget kan inte vara skadelidande eftersom det inte finns någon teoretisk möjlighet för region Halland att tilldela bolaget kontrakt.

Det vitsordas att någon förlängning av anbud inte har ägt rum. Med beaktande av att det nu överprövade tilldelningsbeslutet skickades ut den 19 december med en avtalsspärr som löper ut den 5 januari får misstaget ses som ursäktligt. Hade tilldelningsbeslut haft en avtalsspärr som löpt till den 31 december hade detta varit i enlighet med LOU. Regionen förbisåg att förlänga anbudets giltighetstid när man fastställde en längre avtalsspärr för att ta hänsyn till julleddigheter.

LOU reglerar inte hur situationen när anbuds giltighet gått ut ska hanteras. Praxis stadgar att när anbuds giltighet gått ut före tilldelningsbeslut har fattats får gällande rätt anses vara att kontrakt inte kan tecknas. När som i detta fall anbudstiden har gått ut efter att tilldelningsbeslut har fattats finns praxis som talar för det motsatta. I praxis har det konstaterat att bindande avtal uppkommit när den upphandlande myndigheten meddelar att viss anbudsgivares anbud har antagits vid tidpunkten för tilldelningsbeslut. Upphandlingen behöver inte avslutas genom tecknande av upphandlingskontrakt enligt LOU under den tid anbuderna är giltiga. Regeringsrätten synes i RÅ 2008 not 26 instämma i kammarrättens uppfattning att giltigt avtal kommer till stånd genom att leverantören får meddelande om att dennes anbud antagits. Kammarrätten såg, trots att något upphandlingskontrakt inte hade träffats inte behov av att upphandlingen skulle göras om och förordnade om rättelse av upphandlingen. Regeringsrätten konstaterade i domen att ”kammarrätten rätteligen prövat upphandlingen och instämmer i kammarrättens bedömning vad gäller valet av åtgärd enligt LOU.”

Vidare bestrider regionen vad som anförs mot namngiven läkares anknytningar och bindningar. Upphandlande myndighet måste, om inget tyder på motsatsen kunna förlita sig på att uppgifterna i lämnade anbud är korrekta. Skulle det vid en eventuell avtalssituation visa sig att lämnade uppgifter varit felaktiga är det fråga om en avtalsrättslig tvist vilket inte kan hanteras inom ramen för LOU.

### DOMSKÄL

#### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 9 kap. 11 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet skall i förfrågningsunderlaget ange den tid som en anbudsgivare skall vara bunden av sitt anbud. Vid öppet förfarande skall det anges i annonsen om upphandling. En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått underrättelse enligt 9 § första stycket eller upplysningar enligt 10 §.

I yttrande från Konkurrensverket daterat den 30 juni 2010, dnr 336/2010 anges följande under punkten 32. Därutöver kan nämnas att vilka konsekvenser iakttagandet av likabehandlingsprincipen har för den upphandlande myndighetens agerande vid förlängningar av giltighetstiden i sig är

en fråga där olika uppfattningar råder och som besvarats på olika sätt i kammarrättspraxis. En särskild fråga är om samtliga anbudsgivare måste gå med på en förlängning. Av viss kammarrättspraxis kan dock utläsas att det görs skillnad mellan förlängningar som sker före ett tilldelningsbeslut och förlängningar som sker efter sådant beslut. För det fall att den ursprungligt angivna giltighetstiden gått ut före tilldelningsbeslutet torde krävas att samtliga anbudsgivare går med på att förlänga giltighetstiden, annars bör upphandlingen göras om. Kravet på samtliga anbudsgivares samtycke till en förlängning torde inte göra sig gällande med samma styrka när den ursprungliga giltighetstiden gått ut efter tilldelningsbeslutet. Då har i flera fall bedömningen gjorts i kammarrättspraxis att det faktum att inte alla anbudsgivare gått med på en förlängning i sig inte innebär att upphandlingen måste göras om (jmf t.ex. Se t.ex. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4278-09; Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5375-06 samt Kammar-rätten i Jönköping, mål nr 3521-08).

#### *Utredningen i målet*

I avsnitt 3.7, Kompetenskrav för verksamhetschef i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande om krav på verksamhetschef. Namn och CV (inklusive arbetslivserfarenhet) samt två referenser för verksamhetschef för att styrka erforderlig kompetens enligt ovan. Redovisningen i CV och referenser ska vara relevant för det efterfrågade uppdraget. [...] CV ska innehålla uppgifter om anställningstid, teoretisk kompetens och yrkeserfarenhet. Referenser som styrker att verksamhetschefen har kompetens och erfarenhet i enlighet med ställda krav.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 3.8 "kompetenskrav för medicinskt ansvarig läkare" framgår följande om kraven på den medicinskt ansvarige läkaren. Den person som kommer att ha det medicinska ledningsansvaret (om verksamhetschefen ej är läkare) ska vara väl förtrogen med de lagar, förordningar, föreskrifter och allmänna råd som gäller för hälso- och sjuk-

vården i allmänhet, och region Hallands mål och riktlinjer. [...] Namn och CV (inklusive arbetslivserfarenhet) samt två referenser för medicinskt ansvarig läkare för att styrka erforderlig kompetens enligt ovan. Redovisningen i CV och referenser ska vara relevant för det efterfrågade uppdraget. CV ska innehålla uppgifter om anställning, teoretisk kompetens och yrkeserfarenhet. Referenser som styrker att medicinskt ansvarig läkare har kompetens och erfarenhet i enlighet med ställda krav.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

##### Res judicata och litis pendens

Av tillämpliga kammarrättsdomar (jmf Kammarrättens i Stockholms dom den 14 februari 2012 i mål nr 12686-12) framgår att det vore oförenligt med EU-rättslig praxis att tillämpa principerna om litis pendens i mål som förevarande. Det finns således en på EU lagstiftning baserad rättighet att få det nya tilldelningsbeslutet prövat även i fall då upphandlingen är föremål för prövning i annan instans. Förvaltningsrätten konstaterar även att det i praxis (Kammarrätten i Jönköpings dom den 24 oktober 2012 i mål 2742-2751-12) inte har bedömts att en lagakraftvunnen dom vinner negativ rättskraft utan att nuvarande reglering snarare ger vid handen att den förutsätter att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar. Därvid kan det i nu aktuellt mål konstateras att Förvaltningsrätten i Göteborgs dom av den 11 december 2012 i mål 12686-12 ännu inte har vunnit laga kraft. Skäl att avvisa i målet aktuell ansökan om överprövning på grund av litis pendens och res judicata saknas därför.

##### Skadelidande

För att ett ingripande enligt LOU ska kunna ske krävs att det bolag som ansöker om överprövning lider eller kan komma att lida skada av att en upphandling strider mot LOU. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att bolaget i dom hos förvaltningsrätten konstaterats inte uppfylla alla skall-



krav i upphandlingen. För det fall även kammarrätten skulle komma till samma slutsats innebär detta att bolaget inte kan komma ifråga för utvärdering i den aktuella upphandlingen. Bolaget har dock genom sin ansökan om överprövning framfört att även Movements anbud borde ha förkastats samt att det saknas giltiga anbud vilket i praktiken skulle kunna innebära att upphandlingen görs om. Under dessa omständigheter riskerar bolaget att lida skada även för det fall förvaltningsrättens tidigare dom står sig i kammarrätten (jmf t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4830-12 ).

#### Anbudens giltighet

Frågan i denna del är om Regionen är förhindrade att avsluta upphandlingen genom att teckna avtal till följd av att det saknas giltiga anbud och om det därmed finns skäl att besluta att upphandlingen ska göras om. Det har i kammarrätterna förekommit olika bedömningar av frågan om betydelsen av att giltighetstiden för anbud löpt ut. Konkurrensverket har i yttrande från 2010, med beaktande av kammarrättspraxis, kommit till den slutsatsen att i ett fall då det funnits giltiga anbud vid *tiden för tilldelningsbeslut* och giltighetstiden löpt ut därefter det inte har krävts att alla anbudsgivare gått med på förlängning för att en upphandling ska kunna avslutas med ett kontrakt. Att anbuden i nu aktuellt fall var giltiga när tilldelningsbeslutet fattades men inte efter det att avtalsspärren löpt ut torde inte innebära att Konkurrensverkets slutsats inte har bäring på nu aktuellt mål. Vidare har Regeringsrätten i mål RÅ 2008 not. 26 bedömt att det inte föreligger hinder för att förordna om enbart rättelse (på grund av bristande uppfyllelse av skalkrav) även om anbuden vid tidpunkten för prövningen inte längre var giltiga.

Bolaget har vidare anfört att det av förfrågningsunderlaget framgår att tilldelningsbeslutet inte innebär något civilrättsligt bindande avtal. Härvid vill förvaltningsrätten erinra om att denna skrivning i förfrågningsunderlaget inte påverkar det faktum att anbudsgivaren är bunden av sitt anbud även

efter det att tilldelningsbeslut meddelats (jmf 9 kap. 11 § LOU) vilket är det som är avgörande för frågan om upphandlingen kan avslutas med ett kontrakt efter en eventuell förlängning av anbudstiden. Vidare har bolaget hävdats, utan att närmare precisera skälen därtill, att en förlängning av anbuderna skulle innebära en väsentlig förändring av förutsättningarna i upphandlingen och att upphandlingen därför skulle behöva annonseras på nytt. Förvaltningsrätten anser inte att bolaget genom detta påstående visat att en sådan förlängning i nu aktuellt mål skulle innebära en sådan otillåten väsentlig förändring av förutsättningarna i upphandlingen.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan saknar förvaltningsrätten skäl att förordna att upphandlingen ska göras om på den grunden att det kan komma att saknas giltiga anbud vid avtalstecknandet. Det saknas således skäl att ingripa mot upphandlingen på anförd grund.

#### Movement skallkrav

Bolaget anför vidare att Movement inte uppfyllt skallkravet att inkomma med referenser som styrker att verksamhetschefen och den medicinskt ansvarige läkaren har erforderlig kompetens. Detta eftersom en av referenserna för verksamhetschefen och den medicinskt ansvarige läkaren är anställd, inte bara av Lunds universitet, utan också av Movement. Av förfrågningsunderlaget framgår att referenserna ska styrka att verksamhetschefen och den medicinskt ansvarige läkaren ska vara väl förtrogen med de lagar, förordningar, föreskrifter och allmänna råd som gäller för hälso- och sjukvården i allmänhet och Region Hallands mål och riktlinjer. Av utredningen i målet framgår att Movement har lämnat in referenser för verksamhetschefen och den medicinskt ansvarige läkaren. Det har inte framkommit att dessa referenser inte kan styrka att tilltänkt personal har erforderlig kompetens. Det ankommer på upphandlande myndighet att uppställa de skallkrav som myndigheten anser vara lämpliga för upphandlingen. I målet aktuella krav på referensen är hänförliga till kunskap om verksam-

hetschefen och den medicinske rådgivarens kompetens. Förvaltningsrätten har i mål om offentlig upphandling ingen möjlighet att tolka in eventuellt underförstådda delar av ett skallkrav, i detta fall på en referens, vid bedömningen om huruvida ett skallkrav är uppfyllt eller ej. Bolaget har således inte visat att Movement inte uppfyller skallkravet att inkomma med två referenser till styrkande av att verksamhetschefen och den medicinskt ansvarige läkaren har erforderlig kompetens. Skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund saknas därmed.

Mot bakgrund av vad som har anförts ovan ska ansökan om överprövning avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1B LOU)

  
Maria Jolfors Detert

Föredragande i målet har varit Anna Wennergren.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 3109/1B LOU