



**KLAGANDE**  
Region Skåne

Ombud: Alexander Rappe  
Region Skåne  
Koncernkontoret enheten för juridik  
291 89 Kristianstad

**MOTPART**

Biomet Orthopaedics AB, 556312-5342

Ombud: Advokat Jimmy Cernelind och jur. kand. Christian Martinsson  
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 17 oktober 2014 i mål nr 8816-14,  
se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

**YRKANDEN M.M.**

*Region Skåne* (regionen) yrkar i första hand att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens dom och avslå ansökan om överprövning och i andra hand att kammarrätten ska avskrika målet. Regionen anför i huvudsak följande. Förvaltningsrätten har genom en lagakraftvunnen dom ogiltigförklarat de avtal mellan regionen och Hereaus Medical AB

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-06-01 14:00	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

(Hereaus) som ingåtts under perioden den 28 februari – 11 juni 2014. Regeringen har i proposition 2009/10:180 uttalat sig angående avtalsrättsliga följder av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras. Där framgår att rättsföljden av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras är att avtalet blir civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller då för båda avtalsparter. Om förpliktelserna i avtalet helt eller delvis har uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska gå åter. Den aktuella situationen är ett sådant undantagsfall som omfattas av begreppet synnerliga skäl. Det har varit absolut nödvändigt att genomföra inköp av bencement. Upphörande av leveranser av bencement skulle få mycket allvarliga konsekvenser. Regionen har även efter förvaltningsrättens ovan nämnda dom och i väntan på den pågående upphandlingen av bencement haft ett faktiskt behov av bencement. Regionen har inte kunnat avvakta med att köpa bencement till dess att den pågående upphandlingen är färdig. I väntan på upphandlingen har det i och med effekten av att förvaltningsrätten förklarade avtalen ogiltiga, förelegat synnerlig brådska att köpa bencement. Det har inte funnits något annat alternativ än att genomföra de aktuella inköpen. Regionen har dessutom inte kunnat förutse att förvaltningsrätten skulle anse att inköpen av bencement varit otillåtna direktupphandlingar. Förvaltningsrättens tidigare dom samt att inköpen av bencement skulle återgå är oförutsedda omständigheter som har orsakat synnerlig brådska och som har varit utanför regionens kontroll.

Förvaltningsrätten har felaktigt inte tagit ställning till regionens yrkande att målet skulle avskrivas från vidare handläggning. Regionen har för närvarande inga gällande avtal med Hereaus som kan anses innefatta bencement eller liknande. Även om det inte kan uteslutas att regionen historiskt har köpt bencement av Hereaus så har dessa avtal ingåtts muntligen och avtalen har upphört att gälla efter det att leverans av bencement skett. Syftet med ogiltighetsförklaring är enligt beaktandesats 14 i ändringsdirektivet (2007/66/EG) att effektivt återupprätta konkurrens och

skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter. Avsikten med ogiltighet är således att domstolen snabbt ska kunna förordna att ett otillåtet ingånget avtal ska upphöra att gälla så att ett nytt upphandlingsförfarande enligt LOU kan påbörjas. I den aktuella situationen har köpen redan genomförts och betalning samt leverans har skett. Avtalsförhållandet har därmed upphört att gälla. Syftet med en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har redan uppfyllts. Biomet Orthopaedics AB (Biomet) kan därmed inte anses ha något befogat intresse av att få sin ansökan prövad. Ändamålet med talan har således förfallit. Det finns i målet inget gällande avtal mellan regionen och Hereaus avseende bencement. Det finns därmed inte något avtal att ogiltigförklara, varför målet ska avskrivas.

*Biomet* anser att överklagandet ska avslås och anför följande. I överklagandet anføres att effekten av att prestationerna mellan regionen och Hereaus har återgått är att det inte har genomförts några köp mellan dessa parter avseende bencement under den aktuella perioden. Regionen påstår således att den bencement som används vid operationer inte har anskaffats. De bestämmelser i ändringsdirektivet som avser ogiltighet av avtal har tillkommit i syfte att bekämpa det förfarande som regionen anskaffar produkter genom, dvs. genom otillåten direktupphandling. Detta övergripande syfte skulle fullkomligt tillintetgöras genom den tolkning av ändringsdirektivet som regionen förespråkar. Av en klar fastlagd praxis följer att bristande planering utgör en omständighet som ska tillskrivas den upphandlande myndigheten. Regionen har känt till omständigheterna, har kunnat förutse dem, och om det överhuvudtaget går att tala om synnerlig brådska under dessa förhållanden har den förorsakats av regionen.

#### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Regionen har inte invänt mot förvaltningsrättens bedömning att även fakturor som ingivits efter gjord ansökan om överprövning får anses

omfattas av Biomets talan i målet. Värdet av de inköp av bencement som regionen enligt ingivna fakturor har gjort från Hereaus under perioden den 12 juni – 19 september 2014 överstiger den från den 1 juli 2014 gällande direktupphandlingsgränsen och det är således fråga om otillåtna direktupphandlingar. Vid denna bedömning saknar det betydelse om även de avtal som ogiltigförklarats genom förvaltningsrättens lagakraftvunna dom i mål 3395-14 ska beaktas. Inköpen skulle därmed, som förvaltningsrätten har ansett, ha föregåtts av annonsering i enlighet med LOU.

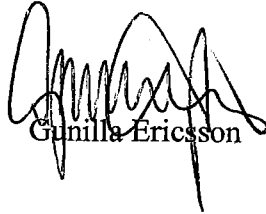
Regionen har vidare anfört att det funnits synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU för att genomföra de löpande inköpen av bencement. Av lagens förarbeten framgår att synnerliga skäl kan föreligga om det uppkommit en synnerlig brådska att ingå avtal som beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat råda över. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger (prop. 2009/10:180 s. 344 f.). Det som regionen anfört utgör enligt kammarrättens mening inte synnerliga skäl för direktupphandling och det finns därför grund för att ogiltigförklara de ingångna avtalen.

Regionen har i andra hand yrkat att målet ska avskrivas på grund av att det inte finns några gällande avtal mellan regionen och Heraus att ogiltigförklara. Oavsett om avtalen kan anses ha fullgjorts kan dock deras giltighet bli föremål för prövning i sak (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 27 oktober 2011 i mål nr 3759-11 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 23 oktober 2014 i mål nr 1164-14). Det finns därför inte skäl att avskriva målet.


Sammanfattningsvis har förvaltningsrätten haft fog för att ogiltigförklara de aktuella avtalen. Överklagandet ska därför avslås.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Gunilla Ericsson



Anders Bengtsson



Niclas Falkendal  
referent



Emelie Herou  
/Emelie Herou



### SÖKANDE

Biomet Orthopaedics AB, 556312-5342  
Box 306  
201 23 Malmö

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind och Jur.kand. Christian Martinsson  
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

### MOTPART

1. Region Skåne  
291 89 Kristianstad
2. Heraeus Medical AB, 556550-5889  
Box 437  
191 24 Sollentuna

Ombud: Advokat Martin Levinsohn och advokat Magnus Myrbäck  
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB  
Box 4501  
203 20 Malmö

### SAKEN

Ansökan om överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

---

### FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förklarar samtliga avtal avseende bencement som ingåtts mellan Region Skåne och Heraeus Medical AB under perioden den 12 juni – den 19 september 2014 ogiltiga.

## YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

**Biomet Orthopaedics AB**, nedan Biomet, har ansökt om överprövning och därvid yrkat att samtliga avtal som ingåtts under perioden den 11 juni – 5 augusti 2014 ska ogiltigförklaras. Som grund för sin talan har Biomet anfört följande. Förvaltningsrätten har i dom den 9 juli 2014 i mål 3395-14 förklarat att samtliga avtal avseende bencement som ingåtts under tiden den 28 februari – den 11 juni 2014 mellan Region Skåne och Heraeus Medical AB (Heraeus) är ogiltiga. Förvaltningsrätten fann att varje av Biomet ingiven faktura utställd under den angivna tidsperioden visade på förekomst av enskilda avtal som ingåtts mellan Region Skåne och Heraeus. Dessa enskilda avtal utgjorde enligt förvaltningsrätten otillåtna direktupphandlingar. Förvaltningsrätten konstaterade vidare att de aktuella fakturorna visade att Regionens inköp överstiger gränsen för direktupphandling i LOU. Biomet har därefter tagit del av nya fakturor avseende bencement från Heraeus till Region Skåne. Under perioden den 11 juni – den 5 augusti 2014 har Heraeus utställt 20 nya fakturor. Det noteras att nio av dessa fakturor har ställts ut efter den tidpunkt då förvaltningsrätten meddelade dom i mål 3395-14. Det står således klart att Region Skåne fullkomligt nonchalerar förvaltningsrättens dom i nyssnämnt mål. Samtliga nya fakturor adderar de inköp som redan konstaterats överstiga gränsen för direktupphandling. Regionen har under tiden från förvaltningsrättens dom inte genomfört någon ny upphandling i enlighet med LOU. Vidare har Biomet tagit del av nya fakturor som Heraeus ställt ut till Region Skåne under perioden den 5 augusti – den 19 september 2014 och som representerar tillkommande sk. ad-hocavtal och som omfattas av Biomets talan i målet. Regionen har under perioden den 11 juni – den 19 september 2014 således anskaffat varor avseende bencement om drygt 578 000 kr exklusive mervärdesskatt. Anskaffning till värden överstigande den direktupphandlingsgräns som trädde ikraft den 1 juli 2014 har således ägt rum under året. Frågan om vilken direktupphandlingsgräns som i sig skulle vara gällande på Region Skånes anskaffningar är därför ointressant. Beträffande den intresseavvägning som

förvaltningsrätten har att göra kan noteras att förvaltningsrätten i domen i mål 3395-14 konstaterat att något allmänintresse eller annat skäl för att avstå från att ogiltigförklara avtalen inte har framkommit.

**Region Skåne** har bestritt bifall till ansökan och yrkat i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att målet ska avskrivas från vidare handläggning. Region Skåne har anfört följande. I och med förvaltningsrättens dom den 9 juli 2014 är de avtal som Region Skåne och Heraeus ingått under perioden den 28 februari – 11 juni 2014 ogiltiga, vilket medför att prestationerna ska återgå. De aktuella prestationerna har återgått. Effekten av att prestationerna återgått är att det inte genomförts några köp mellan Region Skåne och Heraeus avseende bencement under den aktuella perioden. De fakturor som Biomet lämnat in i samband med ansökan om överprövning avser perioden den 11 juni – den 5 augusti 2014 och beloppet på de aktuella fakturorna understiger direktupphandlingsgränsen. Köpen som ligger bakom de aktuella fakturorna är därmed i enlighet med 15 kap. 3 § LOU tillåtna direktupphandlingar. Region Skåne har under det aktuella räkenskapsåret inte genomfört några ytterligare giltiga köp av bencement från Heraeus. Region Skåne har således i avvaktan på den påbörjade upphandlingen av bencement genomfört tillåtna direktupphandlingar av bencement. Biomets ansökan bör därmed lämnas utan bifall. Det kan vidare konstateras att det inte finns några gällande avtal på det sätt som Biomet påstår. Tolkar man bestämmelsen i LOU mot bakgrund av ordalydelsen och syftet med EU-direktivet krävs det för att ett avtal ska kunna förklaras ogiltigt att det föreligger ett gällande avtal. I förevarande mål finns inga gällande avtal mellan Region Skåne och Heraeus avseende bencement. Det finns därmed inte något avtal att ogiltigförklara, varför ansökan ska avskrivas.

**Heraeus Medical AB** har anfört följande. Det görs i första hand gällande att Biomet inte visat att de i 16 kap. 13 § LOU angivna förutsättningarna för att besluta om ogiltighet är för handen och i andra hand att förutsätt-



ningarna i 16 kap. 14 § LOU för att besluta att avtal ändå ska bestå är för handen. De fakturor som Biomet gett in i målet understiger direktupphandlingsgränsen. Biomet har inte förklarat varför 16 kap. 13 § LOU ändå skulle vara tillämplig. Heraeus Medical AB ansluter sig i denna del i övrigt till vad Region Skåne har anfört. Vidare följer av 16 kap. 14 § LOU att rätten ska besluta att även avtal över direktupphandlingsgränsen ska bestå om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det ankommer på domstolen att göra en skälig avvägning mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas. Det patientlidande och de risker för patienters liv och hälsa som skulle bli följden av att Region Skåne tvingas ställa in planerade och akuta operationer p.g.a. brist på bencement står inte i rimlig proportion till Biomets intresse av ogiltigförklaring, särskilt som Region Skåne har påbörjat en annonserad upphandling. Ett sådant agerande skulle vidare strida mot Regionens skyldigheter enligt hälso- och sjukvårdslagen. Vidare bör vid domstolens intresseavvägning beaktas att Region Skåne via sjukhusen i Hässleholm och Ystad upphandlar bencement från Biomet på motsvarande sätt som de inköp Biomet kritiserar i målet.

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

I 16 kap. 13 § LOU anges bl.a. att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, eller 15 kap. 4 §. I ett sådant fall uppställs inte något skaderekvisit.

Vidare ska rätten enligt 16 kap. 14 § LOU besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bestämmelsen ska tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Med tvingande hänsyn till ett allmänintresse avses bl.a. allmän säkerhet och skydd för människors liv och hälsa (prop. 2009/10:180

s 138 och 362). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en undantagssituation föreligger.

Förvaltningsrätten har i dom den 9 juli 2014 i mål 3395-14 funnit att av Region Skåne löpande inköp av bencement fr.o.m. den 28 februari 2014 t.o.m. den 11 juni 2014 är att betrakta som direktupphandlingar och att respektive faktura visar förekomsten av de ingångna avtalen. Förvaltningsrätten finner att det inte framkommit anledning till annan bedömning gällande de åberopade inköpen i nu aktuellt mål. Såvitt framgår av utredningen i målet har Region Skåne ett fortlöpande behov av bencement vilket också kunnat förutses. Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att Region Skånes inköp av bencement överstiger den gräns som uppställs för direktupphandling i LOU. Härvid bör även beaktas det samlade värdet av de i mål 3395-14 prövade inköpen. Förvaltningsrätten finner således att inköpen skulle ha föregåtts av annonsering i enlighet med LOU. Region Skåne har inte visat att det har funnits förutsättningar för att direktupphandla enligt något av de undantagsförfarande som inte kräver föregående annonsering. Även de fakturor som ingivits efter gjord ansökan om överprövning får anses omfattas av Biomets talan i målet. Det finns därmed förutsättningar för rätten att ogiltigförklara samtliga aktuella avtal. Enligt förvaltningsrätten är det i målet inte visat att det föreligger skäl för att låta avtalen bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Samtliga avtal avseende bencement som ingåtts mellan Region Skåne och Heraeus Medical AB under perioden den 12 juni – den 19 september 2014 ska således förklaras ogiltiga.

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



Jan Bratt



## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
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 för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.