



KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING
Avdelning 2

DOM

2014-08-13
Meddelad i Jönköping

Mål nr 2257-2259-13

KONKURRENSVERKET	
2014-08-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

1. Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

2. Landstinget i Blekinge län
371 81 Karlskrona

3. Landstinget i Kronobergs län
351 88 Växjö

Ombud för 1-3: Advokaterna Magnus Nedström och Markus Mårline
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

MOTPART

MedHelp AB, 556587-1448
Sjöviksbacken 10
117 43 Stockholm

Ombud: Advokaterna Eva-Maj Mühlenbock och Johan Kennemyr
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjös dom den 5 juli 2013 i mål nr 309-311-13, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avvisar ansökan om överprövning.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen
- Konkonkurrensverket

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
-

Dok.Id 158743

Postadress Box 2203 550 02 Jönköping	Besöksadress Slottsgatan 5	Telefon 036-15 68 00 (vx) E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se www.kammarrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-16 19 68	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	-------------------------------	--	-------------------------	--

BAKGRUND

Landstingen i Kalmar, Blekinge och Kronobergs län (landstingen) har tilldelat SOS Alarm AB (SOS Alarm) kontrakt avseende ambulans-dirigerings- och prioriteringstjänster för åren 2014, 2015 och eventuellt 2016.

MedHelp AB (bolaget) har hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning av upphandlingen. Som grund härför har bolaget anfört att tilldelningen utgör en otillåten direktupphandling.

Landstingen har invänt att upphandlingen inte omfattas av LOU eftersom det s.k. in house-undantaget (Teckal-undantaget) ger landstingen rätt att teckna avtalet utan tillämpning av LOU. Enligt bolagets uppfattning har landstingen inte visat att detta undantag är tillämpligt.

Vidare har landstingen invänt att bolagets ansökan har inkommit för sent eftersom den inkommit mer än tio dagar efter det att landstingen offentliggjort sin avsikt genom ett meddelande om frivillig förhandsinsyn. Bolaget har genmält att det meddelande som publicerats är så bristfälligt att någon avtalsspärr inte kan anses ha börjat löpa vid publiceringen, vilket medför att ansökan inte har kommit in för sent.

Slutligen har landstingen i sak invänt att de har haft rätt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering eftersom den tjänst som upphandlas till följd av såväl ensamrätt som tekniska skäl kan fullgöras endast av SOS Alarm. Bolaget har bestritt att det föreligger någon sådan rätt till undantag från annonseringsskyldigheten.

Förvaltningsrätten har beslutat att upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN I KAMMARRÄTTEN

Landstingen yrkar att kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och i första hand avvisar och i andra hand avslår bolagets ansökan om överprövning.

Bolaget motsätter sig bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Landstingen

Eftersom bolagets ansökan om överprövning inkom efter att avtalsspärren löpt ut, borde den ha avvisats. Meddelandet om förhandsinsyn innefattade visserligen inte kontaktuppgifter till SOS Alarm, uppgifter om kontraktets värde eller s.k. NUTS-kod som omfattar Blekinge. Avsaknaden av dessa uppgifter ska dock inte påverka frågan om från vilken tidpunkt avtalsspärren ska gälla. Eftersom det är fråga om en anskaffning över tröskelvärdena är det varken enligt det s.k. ändringsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfarande för prövning av offentlig upphandling) eller enligt LOU ett formellt krav att meddelandet ska innehålla uppgift om kontraktets värde eller NUTS-koder.

Den möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingen som förhandsinsynen ger leverantörer innebär, tillsammans med Konkurrensverkets möjlighet att föra talan om särskild avgift och leverantörers möjlighet att väcka talan om skadestånd, enligt lagförarbetena att det finns tillräckliga möjligheter att ingripa mot ett felaktigt förfarande. Regeringen avvisade i lagförarbetena uttryckligen förslaget att införa en möjlighet att ogiltigförklara ett avtal på grund av att det varit uppenbart ogrundat att tillämpa institutet förhandsinsyn.

I litteraturen har slutsatsen dragits att om ett avtal inte kan ogiltigförklaras på grund av att förhandsinsyn inte kunde tillämpas, bör det inte heller kunna ogiltigförklaras på den grunden att meddelandet om förhandsinsyn har varit bristfälligt utformat. Därmed bör brister i meddelandet inte heller förta den avsedda effekten, dvs. att fristen för att ansöka om överprövning börjar löpa.

Om rätten ändå skulle anse att brister i ett meddelande om förhandsinsyn skulle kunna få den av bolaget påstådda verkan, måste rätten rimligtvis ta ställning till om bristerna i det enskilda fallet har varit ägnade att negativt påverka leverantörers möjligheter att bedöma huruvida en begäran om överprövning ska göras.

Det kan inte krävas att motiveringen till att förhandlat förfarande utan föregående annonsering avses användas är så utförlig att den upphandlande myndigheten redan genom innehållet i meddelandet har uppfyllt sin bevisbörda till stöd för att en undantagssituation faktiskt föreligger.

Bristerna i detta fall har i vart fall inte varit av sådan beskaffenhet att de medfört att någon avtalsspärr inte skulle ha börjat löpa. Bolaget och övriga aktörer på marknaden har insikt i och kännedom om SOS Alarms verksamhet och monopolställning, alarmeringsavtalet samt förhållandena på marknaden för de aktuella tjänsterna. Informationen i motiveringen har således varit tillräcklig för att bolaget måste ha kunnat dra tillräckliga slutsatser om vilka tjänster som upphandlas och vilka omständigheter som landstingen anser föreligger och som berättigat dem att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Om ansökan inte avvisas ska den avslås.

Landstingen får anses utöva en kontroll över SOS Alarm som motsvarar den som landstingen utövar över sin egen förvaltning och SOS Alarm bedriver

huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med landstingen och de övriga myndigheter som tillsammans med dem utövar kontrollen över SOS Alarm. Tilldelningen är därför, i enlighet med bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU, inte ett kontrakt i LOU:s mening och omfattas därför inte av lagens bestämmelser. Det saknas därmed också rättsliga möjligheter att ingripa enligt 16 kap. LOU. Det ska rimligen inte ha någon betydelse för bedömningen av om en viss anskaffning ska anses som ett kontrakt i LOU:s mening att den upphandlande myndigheten annonserat om förhandsinsyn med återopande av att det också finns förutsättningar för att tillämpa förhandlat förfarande utan annonsering.

För det fall kontraktet bedöms omfattas av LOU:s bestämmelser har landstingen haft rätt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering i enlighet med undantagen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU, då den tjänst som landstingen upphandlar, till följd av såväl ensamrätt som av tekniska skäl, endast kan fullgöras av SOS Alarm.

För att bolaget över huvud taget ska kunna leverera någon typ av ambulansdirigerings- och prioriteringstjänst, även om den innefattar vidarekoppling av samtal, krävs att separata avtal ingås med SOS Alarm avseende reglering av bl.a. ersättning, ansvar, samordning och överföring av sekretessbelagd information. Något sådant avtal föreligger inte i nuläget. Eftersom bolaget, i avsaknad av avtal med SOS Alarm, inte kan leverera några sådana tjänster har bolaget under inga omständigheter lidit eller riskerat att lida skada till följd av det påstådda upphandlingsfelet. Skäl för ingripande enligt 16 kap. LOU föreligger därför inte.

Bolaget

Landstingen har inte visat att något undantag från skyldigheten att annonsera är tillämpligt. Bolaget har numera även tilldelats prioriterings- och

dirigeringsuppdrag åt Stockholms läns landsting, vilket efter överprövning har godtagits av både förvaltningsrätten och kammarrätten.

GÄLLANDE BESTÄMMELSER M.M.

Utöver vad som framgår av förvaltningsrättens dom noterar kammarrätten följande.

LOU gäller för offentlig upphandling av bl.a. tjänster (1 kap. 2 § LOU).

Med *offentlig upphandling* avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader (2 kap. 13 § LOU).

Med *kontrakt* avses inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (2 kap. 10 a § LOU).

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

In house-undantaget

Landstingen har gjort gällande att det så kallade in house-undantaget (Teckal-undantaget) i 2 kap. 10 a § LOU är tillämpligt och att bolagets ansökan därför inte kan prövas med stöd av LOU.

EU-domstolen har i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 34, uttalat att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av tjänster som faller inom det materiella tillämpningsområdet för direktivet och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning, oberoende av om denna åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte.

Undantag från upphandlingsreglerna ska tolkas restriktivt och det är den som åberopar undantagsbestämmelserna som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (Stadt Halle punkt 46).

Frågan blir här om landstingen har visat att tilldelningsbeslutet inte har samband med en offentlig upphandling av tjänster.

I det publicerade meddelandet om frivillig förhandsinsyn anges att landstingen har valt att tillämpa "förhandlat förfarande utan meddelande om upphandling".

Det finns inget rättsligt hinder mot att en upphandlande myndighet väljer att göra en offentlig upphandling i en situation då det i och för sig finns möjlighet att göra ett in house-undantag. Möjligheten till förhandsinsyn enligt LOU omfattar inte avtal som ingås inom ramen för in house-undantaget. (Jfr prop. 2011/12:106 s. 51.)

Att landstingen har publicerat meddelandet behöver alltså inte utesluta att det föreligger en sådan situation att landstingen hade kunnat tillämpa ett in house-undantag. Men att publicera meddelandet framstår samtidigt som meningslöst om landstingens avsikt inte varit att tillämpa det upphandlingsförfarande som i LOU rubriceras som förhandlat förfarande utan föregående annonsering, dvs. att genomföra en offentlig upphandling. Publiceringen av meddelandet tyder alltså på att det tilldelningsbeslut som bolagets ansökan

avser hade samband med en offentlig upphandling. Det finns inga omständigheter som tyder på något annat, bortsett från vad landstingen i efterhand nu uppger. Landstingen kan enligt kammarrättens mening inte anses ha visat att avsikten med beslutet att tilldela SOS Alarm kontraktet inte har samband med en offentlig upphandling av tjänster.

Landstingen har uppgett att det rör sig om en anskaffning över tröskelvärdena och har inte anfört någon grund för att anskaffningen ändå inte skulle falla inom det direktivstyrda området för offentlig upphandling. Det kan alltså konstateras att det är fråga om en upphandling av tjänster som faller inom det materiella tillämpningsområdet för direktivet. Eftersom tilldelningsbeslutet kan ha rättslig verkan står det därför klart att beslutet kan bli föremål för en ansökan om överprövning, oavsett om situationen faktiskt varit sådan att ett in house-undantag skulle ha varit möjligt att tillämpa.

Målet ska därför prövas med tillämpning av bestämmelserna i LOU.

För sen ansökan

Frågan är då om meddelandet om förhandsinsyn är så bristfälligt att någon avtalsspärr inte ska anses ha börjat löpa då meddelandet publicerades.

En tillämpning av reglerna om frivillig förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § LOU medför att en avtalsspärr om tio dagar börjar löpa från publiceringen (16 kap. 3 § LOU). En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr (16 kap. 11 § LOU).

Eftersom ansökan kom in mer än tio dagar efter publiceringen har den kommit in för sent om avtalsspärr anses ha börjat löpa vid publiceringen. Ansökan får i sådant fall inte sakprövas.

Bolaget har gjort gällande att annonsen brister dels på så sätt att motiveringen till att en undantagssituation föreligger inte är tillräckligt tydlig, dels på så sätt att vissa obligatoriska uppgifter saknas.

Av Kommissionens genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 av den 19 augusti 2011 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling, och om upphävande av förordning (EG) nr 1564/2005 (genomförandeförordningen), framgår att upphandlande myndigheter ska använda sig av standardformulär för bl.a. meddelanden om frivillig förhandsinsyn.

I bilaga D1 till förordningen återfinns det aktuella standardformuläret med rubriken ”Motivering till varför kontrakt tilldelats utan att ett meddelande om upphandling först offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning (EUT)”. Standardformuläret har utformats i huvudsak med artikel 31 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster som förlaga (jfr 4 kap. 5-9 §§ LOU). Den upphandlande myndigheten ska ange skälen för att direktupphandla genom att kryssa i tillämplig ruta samt lämna kompletterande upplysningar. Upphandlande myndigheten ska ”på ett tydligt och uttömmande sätt [redogöra för] varför det skulle vara lagligt att tilldela ett kontrakt utan att först offentliggöra ett meddelande om upphandling i [EUT], beskriv i vilket fall relevanta fakta och, om lämpligt, lagens slutsatser i enlighet med direktiv 2004/18/EG (högst 500 ord)”.

I förarbetena till den svenska bestämmelsen om förhandsinsyn (prop. 2009/10:180 s. 142 f. och 334 f.) hänvisas till artikel 3a i det s.k. ändringsdirektivet (återgiven i förvaltningsrättens dom) och till ovannämnda standardformulär vad gäller utformningen av meddelandet om frivillig förhandsinsyn. Det sägs dock inget om eventuella rättsföljder av att meddelandet är bristfälligt formulerat.

En jämförelse bör enligt kammarrättens mening kunna göras med vad som uttalats i förarbetena till bestämmelserna om underrättelseskyldighet vad gäller tilldelningsbeslut och avtalsspärr (prop. 2009/10:180 s. 114 och 2001/02:142 s. 59, 61, 97 och 102). I dessa uttalas bl.a. följande.

För att en leverantör ska kunna bedöma om det finns anledning att ansöka om överprövning innan upphandlingen får avslutas och överprövning inte längre är möjlig bör upphandlande enheter vara skyldiga att på eget initiativ lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet i så nära anslutning till att beslutet fattades som möjligt. (...) Endast om skälen för tilldelningsbeslutet redovisas har en missnöjd leverantör möjlighet att bedöma om det finns anledning att ansöka om överprövning. Det är viktigt att upphandlande enheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst anbud. (...) Om upphandlingen har skett enligt reglerna i LOU kan tydligt utformade skäl leda till att en leverantör avstår från att begära överprövning. Genom att utforma skälen på ett tydligt sätt kan således den upphandlande enheten i viss utsträckning undvika att upphandlingen fördröjs i onödan. Det får därför antas ligga i de upphandlande enheternas intresse att tydligt redovisa skälen för tilldelningsbeslutet så att anbudssökande, anbudsgivare och andra leverantörer får klart för sig varför upphandlingskontraktet tilldelats en viss anbudsgivare. (...) Alltför intetsägande uppgifter om varför en viss eller vissa leverantörer tilldelats upphandlingskontraktet kan innebära att enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skälen för beslutet. (...) Om den upphandlande enheten underlåter att lämna upplysningar som avses (...) börjar den (...) föreskrivna tidsfristen inte att löpa. Om upplysningarna om tilldelningsbeslutet innehåller skäl för beslutet börjar dock tidsfristen att löpa även om en leverantör anser att ytterligare information är nödvändig för att bedöma riktigheten i beslutet. En förutsättning är emellertid att det är fråga om egentliga skäl för beslutet (...).

Mot bakgrund av att följderna av att meddelandet om förhandsinsyn är att en ogiltigförklaring av avtalet inte kan bli aktuell, anser kammarrätten att det måste ställas krav på att meddelandet är så tydligt att presumtiva anbudsgivare kan bilda sig en uppfattning om huruvida det finns anledning att ifrågasätta om förutsättningar för direktupphandling är för handen och om det finns anledning att begära överprövning. En motivering i ett meddelande om förhandsinsyn som är så bristfällig att det inte går att bilda sig en uppfattning om vilken grund den upphandlande myndigheten åberopar ska därför, enligt kammarrättens mening, få samma följd som ett otillräckligt meddelande om tilldelningsbeslut, dvs. att någon avtalsspärr inte börjar

löpa. En kortfattad redogörelse bör vara godtagbar så länge som den innehåller tillräcklig information för att en leverantör på den aktuella marknaden ska kunna avgöra vilken eller vilka av de aktuella grunderna som den upphandlande myndigheten anser tillämpliga samt vilka omständigheter myndigheten åberopar till stöd härför. Det förhållandet att en upphandlande myndighet eventuellt gjort en felaktig bedömning eller åberopat en felaktig grund för direkttilldelning bör inte få till följd att avtalsspärren inte anses börja löpa.

Landstingen har i det aktuella meddelandet om frivillig förhandsinsyn angett att upphandlingen avser ambulansdirigerings- och prioriterings-tjänster. Som motiv för val av förfarande har angetts att den angivna leverantören har ensamrätt/skyldighet att ta emot nationella inkommande nödsamtal till 112. Vidare anges att rättsläget är oklart gällande bl.a. ansvarsfrågor kring vidareförmedling av inkomna nödsamtal till eventuella andra tillkommande aktörer på marknaden. Det hänvisas även till en rapport från Riksrevisionen avseende behovet av regler för att funktionen ska fungera tillfredsställande ifall flera leverantörer ska samverka och den sammanhållna larmkedjan bryts. Slutligen anger landstingen att det med hänsyn till allmänintresset och av patientsäkerhetsskäl för tillfället inte bedömts möjligt att genomföra ett förenklat förfarande eller ett urvals förfarande eftersom det endast är den aktuella leverantören som kan garantera att de samhällsviktiga funktionerna upprätthålls.


De uppgifter som landstingen lämnat i meddelandet måste enligt kammarrättens mening anses vara tillräckliga för att en leverantör på den aktuella marknaden ska kunna bilda sig en uppfattning om vilken grund som landstingen ansett tillämplig för att underlåta att annonsera upphandlingen och vilka omständigheter landstingen åberopat till stöd för det. Motiveringen har därför inte varit så bristfällig att avtalsspärren av den anledningen inte har börjat löpa.

Vad gäller de påstått saknade uppgifterna konstaterar kammarrätten att det av artikel 3a i ändringsdirektivet inte kan utläsas något krav på att ange vare sig kontraktsvärde, avtalstidens längd, tillämplig bestämmelse eller NUTS-koder. I standardformuläret i genomförandeförordningen finns visserligen särskilt utrymme för att ange NUTS-koder. Kammarrätten bedömer dock att det av landstingens meddelande i anslutning till angivandet av NUTS-koden för Småland med öarna klart framgår att uppdraget omfattar även Blekinge län. Av ändringsdirektivet framgår att kontaktuppgifter till den aktör som tilldelats kontraktet ska anges. Landstingen har i detta avseende endast angett "SOS Alarm Sverige AB, Sverige" och således inte angett vare sig adress eller telefonnummer. Kammarrätten anser emellertid att det med hänsyn till marknaden för nu aktuella tjänster måste vara uppenbart för berörda leverantörer vilket bolag som tilldelats kontraktet, särskilt med hänsyn till den ensamrätt för SOS Alarm som föreligger i fråga om nödnumret 112. Enligt kammarrättens mening är således inte heller de brister som bolaget påtalat i detta avseende av sådan art att de medför att avtalsspärren i detta fall inte börjat löpa.

Avtalsspärren har således börjat löpa då annonsen publicerades.

Eftersom bolaget lämnade in sin ansökan om överprövning efter det att avtalsspärren löpt ut var förvaltningsrätten förhindrad att pröva bolagets ansökan i sak. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas och bolagets ansökan om överprövning avvisas.

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


Gertrud Forkman Evalotta Grip Anders Davidson
referent

Föredragande: Cecilia Sjöstrand 

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**Föredragande:
Per Gyllenstierna**DOM**
2013-07-05
Meddelad i
VäxjöMål nr
309--311-13**SÖKANDE**MedHelp AB, 556587-1448
Sjöviksbacken 10
117 43 StockholmOmbud:
Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokat Johan KennemyrAdvokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm**MOTPART**1. Landstinget i Kalmar län, 232100-0073
Box 601
391 26 Kalmar2. Landstinget i Blekinge län, 232100-0081
371 81 Karlskrona3. Landstinget i Kronobergs län, 232100-0065
351 88 Växjö**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen av ambulansdirigering- och prioriteringstjänster genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län har tillsammans med och som ombud för landstinget i Blekinge län och landstinget i Kronobergs län (landstingen) avsett tilldela avtal avseende ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster.

Landstingen har uppgett att upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande utan meddelande om upphandling. Som motivering till varför SOS Alarm tilldelats kontraktet har landstingen uppgett att:

Leverantören har lagstadgad ensamrätt/skyldighet att ta emot samtliga nationella, inkommande nödsamtal till 112. Rättsläget är oklart gällande bl.a. ansvarsfrågor kring vidareförmedling av inkomna nödsamtal till eventuella andra tillkommande aktörer på marknaden. RRV har nyligen konstaterat i en revisionsrapport att det krävs långtgående regleringar ifall denna synnerligen samhällsviktiga funktion ska fungera tillfredsställande ifall flera leverantörer ska samverka och den sammanhållna larmkedjan bryts. Av tvingande hänsyn till allmänintresset och patientsäkerhetsskäl bedöms det för tillfället ej möjligt att genomföra ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande då det främst är leverantören som kan garantera att de synnerligen samhällsviktiga funktionerna upprätthålls.

MedHelp AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning beslutar att upphandlingen av ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster ska göras om i sin helhet. Som skäl för sin inställning anger bolaget att tilldelningen utgör en otillåten direktupphandling. Informationen i landstingens meddelande om frivillig förhandsinsyn är så bristfällig att någon avtalsspärr inte kan anses ha börjat löpa. Bolaget utför i dagsläget sådana tjänster som avtalet avser för andra landsting. Det framgår inte vilken bestämmelse, 7 kap. 4 § eller 15 kap.5 a § LOU som landstingen har tillämpat. Bolaget tolkar det dock

som att det rör sig om 15 kap. 5 a § LOU. För att kunna få tillämpa undantagsregeln om att direktupphandla utan föregående annonsering måste landstingen styrka att någon grund enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU alternativt att synnerliga skäl är för handen. Landstingen har inte tydligt angett vilken grund som åberopas och tvingande hänsyn till allmänintresset och patientsäkerhetsskäl figurerar vare sig som grund enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU eller kan åberopas som synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU. SOS Alarm är inte längre den enda aktören på marknaden i Sverige vad gäller att sköta prioritering och dirigering av ambulanser. Någon ensamrätt för SOS Alarm föreligger inte heller då de i upphandlingen aktuella tjänsterna inte handlar om att ta emot nödsamtal till eller ansvara för nödnumret 112, vilket är det som följer av det så kallade alarmeringsavtalet mellan staten och SOS Alarm. Tekniska skäl, enligt 4 kap. 5 § p. 2 LOU, kan bara föreligga om det finns endast en aktör som har kompetens att utföra arbetet. Så är inte fallet här eftersom MedHelp rent faktiskt i dagsläget utför de aktuella tjänsterna för andra landsting. Någon synnerlig brådska såsom avses i 4 kap. 5 § p. 3 LOU kan inte heller anses föreligga. Tvingande allmänintresse kan under vissa omständigheter åberopas i en process rörande ogiltighet av avtal men är inte i sig en grund för direktupphandling. Förutsättningarna för att åberopa synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU är inte heller för handen. Den korrekta slutsatsen av RRV:s rapport är dels att de aktuella tjänsterna inte är eller ska vara förbehållna SOS Alarm och dels att ansvaret ligger på Regeringen att i framtiden reda ut de oklarheter som lyfts fram i rapporten.

Landstingen yrkar i första hand att bolagets ansökan ska avvisas. I andra hand yrkar landstingen att ansökan ska avslås och det interimistiska beslutet upphävas. Som skäl för sitt förstahandsyrkande anför landstingen bl.a. följande. LOU är inte tillämplig då landstingen äger rätt att direkt teckna avtal med SOS Alarm Sverige AB i enlighet med det så kallade Teckalundantaget vilket kodifierats i 2 kap. 10 a § LOU. Ett avtal mellan SOS

Alarm och landstingen utgör inget kontrakt i LOU:s mening. Till stöd för sitt andrahandsyrkande anför landstingen att de genomför en legal direktupphandling vilken har annonserats korrekt enligt bestämmelserna om annonsering vid frivillig förhandsinsyn i kombination med att lagstadgad avtasspärri löpte ut före tidpunkten för bolagets överklagande. Landstingen uppfyller både kontrollkriteriet såväl som verksamhetskriteriet.

Till stöd för sitt andrahandsyrkande åberopar landstingen att de har rätt att direktupphandla de aktuella tjänsterna då omständigheterna är sådana att rekvisiten för direktupphandling på grund av tekniska skäl alternativt ensamrätt enligt 4 kap. 5 § 1 st 2 p LOU är för handen. Annonseringen med meddelandet om frivillig förhandsinsyn innehöll samtliga erforderliga upplysningar enligt art 3 a i direktiv 89/665 och 92/13 i deras lydelse enligt direktiv 2007/66.

Förvaltningsrätten har den 4 februari 2013 beslutat att landstingen avseende upphandlingen av Ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster inte får ingå avtal innan rätten har bestämt något annat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§.

I 7 kap. 4 § LOU anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen (förhandsinsyn).

Av 16 kap. 15 § LOU framgår bland annat att bestämmelserna om ogiltighet i 16 kap 13 § inte ska tillämpas om en upphandlande myndighet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 16 kap 3 §.

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 143) går bland annat följande att läsa. Bestämmelserna om förhandsinsyn innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som anser att det är tillåtet att genomföra en upphandling utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU ska ha möjlighet att genom ett särskilt meddelande i EUT annonsera sin avsikt att tilldela kontraktet. Om den upphandlande myndigheten eller enheten iakttar en avtalsspärr om minst tio dagar från dagen efter publiceringen kan avtalet inte ogiltigförklaras, även om annonsering skulle ha skett enligt förfarandebestämmelserna.

Förhandsinsyn är avsedd att tillämpas när upphandlande myndigheter eller enheter känner sig osäkra på om rätt bedömning gjorts av omständigheterna i den enskilda upphandlingen. När förfarandet iakttagits kan upphandlande myndigheter och enheter vara säkra på att ett ingånget avtal inte kan komma att ogiltigförklaras. Det ankommer således på berörda intressenter att bevaka publiceringar av upphandlingar och att ansöka om överprövning i händelse av att myndigheten eller enheten inte kan anses uppfylla kriterierna för att upphandla utan föregående annonsering.

Ett avtal får således inte ogiltigförklaras om den upphandlande enheten tillämpat förhandsinsyn i kombination med en avtalsspärr om tio dagar. Förhandsinsynen ska publiceras i den europeiska databasen Tenders Electronic Daily (TED). Enligt artikel 3 a i direktiv 89/665 och 92/13 i

dessas lydelse enligt direktiv 2007/66 ska en sådan förhandsinsyn innehålla följande.

- a) Den upphandlande myndighetens namn och kontaktuppgifter.
- b) En beskrivning av avtalets ändamål.
- c) En motivering av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning.
- d) Namn och kontaktuppgifter avseende den ekonomiska aktör som tilldelats kontraktet enligt tilldelningsbeslutet.
- e) I förekommande fall, andra uppgifter som den upphandlande myndigheten eventuellt anser vara användbara.

Verkan av att ett meddelande om förhandsinsyn inte innehåller all nödvändig information är enligt doktrin att någon avtalsspärr inte börjar löpa, utan det är fortfarande möjligt att begära överprövning i domstol. Konkurrensverket anser att detta parallellt följer av regleringen av skyldigheten att motivera tilldelningsbeslut samt den EU-rättsliga regleringen rörande förhandsinsyn i direktiv 2007/66 (se PM Nov 2010, Dnr 456/2010, Bristfälliga uppgifter i meddelanden om frivillig förhandsinsyn).

Förvaltningsrättens bedömning

Ett av syftena med en korrekt genomförd förhandsinsyn är att en avtalsspärr börjar löpa. En första förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna pröva MedHelps ansökan om överprövning är således att bolaget klagat innan avtalsspärren löpt ut eller att någon avtalsspärr inte börjat löpa.

Bolaget har i sin ansökan om överprövning den 23 januari 2013 anfört att det av landstingen publicerade meddelandet om förhandsinsyn inte uppfyll-

ler kraven för att en avtalsspärr ska ha börjat löpa. Bl.a. anför bolaget att meddelandet saknar uppgift om värdet av avtalet och avtalets längd samt att motiveringen till varför förhandlat förfarande utan föregående annonsering valts är bristfällig. Vidare har inte korrekta NUTS-koder angetts eller fullständig kontaktinformation till den vinnande leverantören.

Förvaltningsrätten konstaterar att landstingen har låtit publicera ett meddelande i den europeiska databasen Tenders Electronic Daily (TED). Angivet datum för införande av meddelandet är den 21 december 2012. Den eftersträvade avtalsspärren skulle i så fall vid en korrekt genomförd förhandsinsyn ha löpt ut den 2 januari 2013. Såsom Konkurrensverket framhållit kan det ställas krav på att en motivering till valet av ett oannonserat förfarande har ett visst innehåll. Syftet med motiveringen är nämligen bl.a. att leverantörer ska kunna bedöma om en överprövning bör ske för att få prövat om det tänkta avtalet verkligen inte behöver upphandlas enligt gängse annonseringsregler. Såsom framhållits av bolaget går det av landstingens motivering inte att utläsa vilket undantag från annonseringskravet de anser är tillämpligt eller vilka förutsättningar som medför att endast en leverantör kan garantera att de synnerligen samhällsviktiga funktionerna upprätthålls. Mot bakgrund av detta får bolaget anses ha visat att landstingens meddelande om frivillig förhandsinsyn inte lever upp till de krav som rimligen kan ställas på ett sådant meddelande. Även de omständigheterna att landstingen inte angivit korrekt NUTS-koder eller fullständiga kontaktuppgifter till den vinnande leverantören utgör skäl för att anse att meddelandet inte uppfyller formkraven. Någon avtalsspärr har således inte börjat löpa. Förvaltningsrätten är vid sådant förhållande inte förhindrad att pröva bolagets ansökan på den grunden att ansökan skulle vara för sent inkommen såsom landstingen påstått.

Nästa fråga förvaltningsrätten således måste ta ställning till är om landstingen haft fog för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående an-

nonsering. En utgångspunkt vid den bedömningen är att undantag från att annonsera upphandlingar ska tillämpas restriktivt. Eftersom det är landstingen som åberopar att ett undantag från huvudregeln om upphandling i konkurrens är det således landstingen som har att visa att förutsättningarna för att tillämpa ett undantag är för handen.

Den relevanta tidpunkten för bedömningen av om korrekt förfarande valts är vid tidpunkten för meddelandet om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det framgår inte av utredningen i målet huruvida landstingen vid den relevanta tidpunkten ansett att det tilltänkta kontraktet omfattas av EU-direktiven eller är en upphandling med stöd av 15 kap. LOU. Det som talar för att landstingen vid tillfället för beslutet att inte använda sig av ett annonserat förfarande ansåg att fråga var om en upphandling inom tillämpningsområdet för EU-direktiven är att landstingen annonserade i den EU-omfattande databasen TED och inte nöjde sig med att enbart annonsera i den nationella motsvarigheten. I vart fall måste det anses klarlagt att landstingen vid tillfället för meddelandet om förhandsinsyn ansåg att det var fråga om en tilldelning av ett kontrakt i den mening som avses i LOU. Det som ytterligare talar för den slutsatsen är att landstingen i sin motivering till valet av förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling inte över huvud taget nämner att Teckal-undantaget skulle vara tillämpligt på förfarandet. Vad som förevarit ger således inte stöd för landstingens invändning att det tilltänkta avtalet med SOS Alarm inte skulle vara ett kontrakt i den mening som avses i LOU. Landstingens förstahandsyrkande att ansökan om överprövning ska avvisas på den grunden att LOU inte är tillämplig kan därmed inte vinna bifall.

Frågan är då om landstingen gjort sannolikt att det förelegat förutsättningar för att tillämpa en undantagsregel och tilldela kontraktet i fråga utan föregående annonsering av upphandlingen. Såsom landstingen slutfört sin talan yrkar de i andra hand att ansökan om överprövning ska avslås på den grun-

den att rekvisiten för direktupphandling på grund av tekniska skäl alternativt ensamrätt enligt 4 kap. 5 § 2 LOU är för handen. Landstingen har till stöd för sin inställning anfört att deras preferens är en obruten larmkedja. Eftersom SOS Alarm har en avtalsrättslig ensamrätt att ta emot samtliga inkommande nationella nödsamtal till 112 är det endast dem som kan leverera en ambulansdirigerings- och prioriteringstjänst med en obruten larmkedja. Landstingen eftersträvar även i framtiden en tjänst som är så effektiv och patientsäker som möjligt vid gemensamhetslarm där även andra blåljusmyndigheter är inblandade. De tidsutdräkter som skulle bli en oundviklig konsekvens av en bruten larmkedja med flera olika larmoperatörer är inte acceptabla ur ett patientsäkerhetsperspektiv. Vidare åberopar landstingen samverkansproblem vid parallellitetslarm och krisberedskap samt tekniska- och sekretessproblem till stöd för sin rätt att direktupphandla de aktuella tjänsterna.

Bolaget anför å sin sida att landstingen synes hävda att det är tillräckligt att de har en preferens för SOS Alarm för att alla andra lösningar ska kunna uteslutas med hänvisning till 4 kap. 5 § 2 p LOU. Detta är felaktigt då det inte finns några hinder utifrån vare sig någon ensamrätt eller tekniska skäl för MedHelp att utföra de tjänster som efterfrågas. Huruvida en viss lösning därmed är bra, mindre bra eller dålig besvaras ytterst i en utvärdering av anbuden med tillämpning av objektiva och förutsebara kriterier. Inga krav eller tilldelningskriterier har innan direktupphandlingen varit synbara för leverantörerna på marknaden att lämna anbud utifrån. Eftersom SOS Alarms 112-operatörer inte har befogenhet att utföra vårdbedömningar måste även de vidarekoppla samtalen. Således kan inte larmkedjan i SOS Alarms regi heller ses som obruten. Samma sak gäller för polisärenden samt i vissa fall räddningstjänstärenden. Även landstingens beskrivning av samverkanslarm är felaktig. Redan idag är situationen sådan att polis och räddningstjänst har egna larmcentraler och sköter sina egna resurser. Situationen vid samverkanslarm löses idag med s.k. medlyssning där respek-

tive larmoperatör larmar sina resurser. Utbyte av information sker via RAKEL-systemet vid samverkanslarm. Uppfattningen att den av landstingen förmodade problematiken är irrelevant stöds även av att dessa typer av uppdrag i dagsläget är föremål för upphandling i konkurrens i andra landsting samt att MedHelp idag utför denna typ av uppdrag för andra landsting.

Vad landstingen måste visa för att nå framgång med sitt påstående att något av undantagen i 4 kap. 5 § 2 p LOU är tillämpliga är antingen att det föreligger en ensamrätt för SOS Alarm att utföra tjänsten eller att det endast finns en aktör som har den tekniska kompetensen att utföra tjänsten. För att undantagsregeln tekniska skäl ska vara tillämplig ska det vara utslutet att någon annan leverantör än den man vänt sig till ska kunna utföra leveransen. Det är ostridigt mellan parterna att den ensamrätt som gäller för SOS Alarm enligt det så kallade Alarmeringsavtalet med staten endast avser skyldigheten att ta emot 112 samtal och att ensamrätten inte avser ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster såsom upphandlingen avser. Mot bakgrund av parternas argumentering kring de tekniska kraven för tjänsten har landstingen enligt förvaltningsrätten inte förmått göra sannolikt att endast SOS Alarm skulle kunna utföra den aktuella tjänsten. Huruvida en leverantör är att föredra framför en annan ur den upphandlande myndighetens synvinkel påverkar inte bedömningen av om förutsättningarna för att tillämpa undantaget är för handen. Risken för att icke-diskriminerings-principen åsidosätt är särskilt hög när en upphandling inte ska ske i konkurrens. De av landstingen åberopade undantagen är således inte tillämpliga. Landstingens tilldelning av kontraktet till SOS Alarm har därmed utgjort en otillåten direktupphandling av ambulansdirigerings- och prioriteringstjänster.

Landstingens förfarande har inneburit att MedHelp riskerat att lida skada, varför det föreligger skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom bristerna är

hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är rättelse inte tillräckligt.
Med bifall till MedHelps yrkande ska upphandlingen således göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D - LOU)

Per Hansson

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 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. 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 upphandlingen inte får avslutas, 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 nå 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.