



KONKURRENSVERKET	
2011-11-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

GN ReSound AB, 556510-1986
Gullbergs Strandgata 6
411 04 Göteborg

Ombud:

Advokat Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB, Box 11918, 404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

2. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

3. Landstinget Halland
Box 517
301 80 Halmstad

Ombud för 2 och 3: Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen, Box 1223, 351 12 Växjö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 21 april 2011 i mål nr 595-597-11,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av ett avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om
offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med ändring av förvaltningsrättens dom beslutar kammarrätten att de avtal
enligt tilldelningsbeslut den 21 maj 2010 som landstingen ingått efter den
14 januari 2011 får bestå.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

BAKGRUND

Efter en genomförd upphandling träffade landstingen i juni månad 2006 avtal med fem leverantörer, bl.a. GN ReSound AB, om leveranser av hörapparater. Avtalstiden var den 1 juli 2006 - den 31 mars 2008. Avtalet kunde förlängas till och med den 31 mars 2009. Dessutom hade landstingen rätt att förlänga avtalstiden med som längst sex månader för det fall en överprövning skulle föranleda försening vid kommande upphandling, alltså till den 1 oktober 2009.

Genom annonsering den 14 november 2008 påbörjades en ny upphandling avseende hörapparater, reservdelar och tillbehör. Genom tilldelningsbeslut den 18 februari 2009 antog landstingen anbud som lämnats av tre leverantörer, GN ReSound AB, P och W. En annan leverantör, O, ansökte om överprövning av upphandlingen hos Länsrätten i Kronobergs län. Landstingen beslutade därefter, den 20 april 2009, att avbryta upphandlingen. Genom dom den 20 augusti 2009, mål nr 251-09, ogiltigförklarade länsrätten landstingens avbrytandebeslut samt förordnade att rättelse skulle ske genom att leverantören P:s anbud skulle förkastas. Landstingen överklagade inte domen. I ett nytt tilldelningsbeslut den 3 september 2009 antog landstingen anbud som lämnats av GN ReSound AB samt W och O. Leverantören P samt en annan leverantör, S, ansökte om överprövning. I dom den 12 november 2009, mål nr 1150-09, avslog länsrätten S:s ansökan om överprövning. Länsrätten hade tidigare avvisat P:s ansökan om överprövning, genom beslut den 9 oktober 2009, mål nr 1153-09. Sedan P överklagat undanröjde dock kammarrätten avvisningsbeslutet och återförvisade målet till länsrätten för prövning (beslut den 16 november 2009, mål nr 3072-09). I det återförvisade målet beslutade länsrätten genom dom den 9 december 2009, mål nr 1426-09, att upphandlingen skulle göras om. Landstingen överklagade inte heller denna dom.

Den 2 mars 2010 påbörjade landstingen en ny upphandling av hörapparater, reservdelar och tillbehör. Anbuderna av W, O och P antogs genom tilldelningsbeslut den 21 maj 2010. Sedan GN ReSound AB ansökt om överprövning förordnade Förvaltningsrätten i Växjö i dom den 16 september 2010, mål nr 2546-10, att även denna upphandling skulle göras om. Landstingen överklagade inte heller denna dom.

Landstingen påbörjade en tredje upphandlingsomgång med annonsering den 20 oktober 2010. Genom tilldelningsbeslut den 14 januari 2011 antogs anbuderna av GN ReSound AB, P och U. Överprövning begärdes av O och S. S återkallade emellertid sin ansökan, varför dessa mål avskrevs av förvaltningsrätten genom beslut den 9 mars 2011, mål nr 228-11, 229-11 och 232-11. Genom dom den 10 maj 2011, mål nr 247-11 och 249-250-11, avslog förvaltningsrätten O:s ansökningar om överprövning. O överklagade till kammarrätten, som den 3 juni 2011, mål nr 1818-1820-11, beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande stod därför fast. Kammarrättens beslut överklagades inte. Avtal har härefter ingåtts mellan landstingen och GN ReSound AB och övriga antagna leverantörer.

Avtal med bl.a. GN ReSound AB enligt upphandlingen i juni 2006 har löpt under tiden den 1 juli 2006 – den 1 oktober 2009. Härefter förlängdes detta kontrakt med bl.a. GN ReSound AB genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering till och med den 31 mars 2010. Från slutet av maj 2010 började landstingen göra avrop från de tre leverantörer som antagits genom tilldelningsbeslutet den 21 maj 2010 och fortsatte med detta till någon gång under juni 2011 då nya avtal med bl.a. GN ReSound AB ingicks i anledning av tilldelningsbeslutet den 14 januari 2011. GN ReSound AB ansökte i november 2010 om överprövning enligt LOU av giltigheten av nämnda avropsavtal. Genom dom den 21 december 2010, mål nr 4678-4679-10 och 4687-10, avslog förvaltningsrätten ansökningen. Domen har inte överklagats.

YRKANDEN M.M.

GN ReSound AB yrkar att kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom den 21 april 2011 (bilaga A) och ogiltigförklarar de avtal i form av avrop enligt tilldelningsbeslutet den 21 maj 2010, som ingåtts efter den 14 januari 2011.

Landstingen motsätter sig att förvaltningsrättens dom ändras.

GN ReSound AB åberopar bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 12 november 2010 i mål nr 784-10, inför vilken Konkurrensverket avgett ett yttrande den 25 augusti 2010, dnr 346/2010. Även landstingen åberopar detta yttrande. Parterna anför bl.a. följande.

GN ReSound AB

Efter tilldelningsbeslutet den 14 januari 2011 har landstingen valt att fortsätta avropa hörapparater enligt det tilldelningsbeslut som meddelades den 21 maj 2010, trots att detta beslut enligt förvaltningsrättens lagakraftvunna dom den 16 september 2010 i mål nr 2546-10 var felaktigt och därför inte fick verkställas. Dessa avrop utgör var för sig en otillåten direktupphandling eftersom landstingen sluter avtal utan föregående annonsering. Avropen har skett efter det att en ny annonserad konkurrensutsättning har skett och inte utifrån den konkurrensutsättning som skett senast, eftersom landstingen har meddelat ett nytt tilldelningsbeslut den 14 januari 2011.

Möjligheterna för en upphandlande myndighet att, vid direktivstyrd upphandling över tröskelvärdet, genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är mycket begränsat enligt LOU. Det följer redan av artikel 31 1 c) Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (direktivet 2004/18/EG)

att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU inte i något fall får tillskrivas den upphandlande myndigheten. Landstingen avbröt en upphandling utan stöd i LOU och dröjde därefter med ett tilldelningsbeslut tills giltighetstiden för anbuden löpt ut varför upphandlingen fick göras om. Även annonseringen av den nya upphandlingen dröjde. Senare ändrade landstingen förutsättningarna för den upphandlingen vilket ledde till att även den upphandlingen fick göras om. Upphandlingen av hörapparater har visserligen tagit längre tid än beräknat, men tidsutdräkten har inte legat utanför landstingens kontroll eftersom landstingen själva orsakat den brådska man åberopat.

Landstingen har själva ansett att ett av anbuden, som avrop nu sker från, inte uppfyllde alla skall-krav i upphandlingen som föranledde tilldelningsbeslut den 21 maj 2010 och inte heller uppfyllde dessa krav i upphandlingen därefter. Landstingen har tidigare ansett det förenligt med LOU att avropa från de leverantörer som erhöll tilldelning i det senaste, om än överprövade, tilldelningsbeslutet.

Även om det är en skyldighet enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) att erbjuda landstings innevånare hjälpmedel såsom hörapparater är det inte tillräckligt med en lagkonflikt för att frångå upphandlingsbestämmelserna. Avropen av hörapparaterna är alltså inte nödvändiga.

Undantaget för tvingande hänsyn till allmänintresse ska tillämpas restriktivt, liksom alla undantag enligt upphandlingsreglerna. I EU-domstolens dom i mål C-6/05, Medipac-Kazantzidis AE m.fl., uttalades att undantag kan godkännas när ett förfarande medför en försening som kan äventyra driften av ett offentligt sjukhus och, därigenom, medföra risker för folkhälsan. Det saknas således rättsligt stöd för att risker av mindre akut karaktär ska kunna rättfärdiga undantag från det upphandlingsrättsliga regelverket. Brist på

hörapparater är inte av sådan allvarlig karaktär att det äventyrar människors hälsa.

Landstingen

När den nya upphandlingen påbörjades genom annonsering den 14 november 2008 var framförhållningen omkring elva månader. Till följd av ett antal överprövningar har de annonserade upphandlingarna inte kunnat slutföras. Fram till den 1 oktober 2009 förelåg möjlighet att förlänga avtalen med de leverantörer som det då gällande kontraktet tecknades med, bl.a. GN ReSound AB. För tiden därefter har kontraktet fram till den 31 mars 2010 "förlängts" med dåvarande leverantörer, bl.a. GN ReSound AB, genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Från slutet av maj 2010 har emellertid överenskommelse träffats om avrop från de tre leverantörer som lämnat de bästa anbuden i upphandlingen enligt tilldelningsbeslutet den 21 maj 2010. Något formellt skriftligt avtal har inte träffats utan den muntliga överenskommelsen gäller fram till dess att upphandlingen kan avslutas.

Landstingen har haft en tillräcklig framförhållning för anbudsgivning, utvärdering och överprövningsprocess i två instanser, men inte haft anledning att förutsätta att avtal inte skulle kunna slutas på mer än två år från det att den första upphandlingen påbörjades. Det hade inte varit försvarligt att påbörja en upphandling med så lång framförhållning, se det återopade yttrandet från Konkurrensverket p. 40. I och med att en annonserad upphandling inte kunnat slutföras inom rimlig tid även med beaktande av en överprövningsprocess föreligger synnerlig brådska som inte förorsakats av landstingen. Landstingen har snarast möjligt efter tidigare meddelade domar gått ut med nya annonserade konkurrensupphandlingar. Upphandlingar innefattar ofta så komplicerade överväganden att olika domstolar i samma principfråga kan komma till olika resultat. Det har alltså förelegat synnerliga skäl för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 3 LOU.

Enligt 3 § hälso- och sjukvårdslagen ska varje landsting erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget. Av 3 b § nämnda lag framgår att landstingen ska erbjuda hjälpmedel åt funktionshindrade. Hörapparater utgör ett sådant hjälpmedel. Hörselnedsättning kan vara ett allvarligt funktionshinder och det är därför angeläget att den som har en hörselnedsättning snarast kan få en lämplig hörapparat utprovad, antingen för första gången eller som utbyte när den tidigare inte längre är lämplig. Detta gäller inte bara äldre personer utan även barn och vuxna yrkesverksamma. Ett avbrott i leveranser av hörapparater under ett antal månader skulle få allvarliga följder för det dagliga livet och inte minst livssituationen för ett inte obetydligt antal personer som har behov av hörselapparat. Årligen tillhandahålls omkring 8 000 hörselapparater till personer med hörselnedsättning i de tre landstingen. Det får således anses absolut nödvändigt för landstingen att löpande kunna utprova och tillhandahålla hörselapparater, som är ett livsviktigt hjälpmedel. En ogiltighetsförklaring skulle få oproportionerliga följder av hälsokaraktär, inte av ekonomisk karaktär.

Av 16 kap. 16 § LOU framgår att avtal inte får ogiltigförklaras om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Om avtalen skulle ogiltigförklaras finns det en risk för att en brist på hörapparater kan komma att råda under en förhållandevis lång period. Att byta till de leverantörer som blivit utsedda i det senaste tilldelningsbeslutet skulle också innebära en tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering. Att ett nytt tilldelningsbeslut har meddelats saknar således betydelse. Någon ny direkttilldelning har inte skett och det är den tidigare direkttilldelningen som fortsatt löpa tills upphandlingen avslutas. Ett byte av leverantör medför omställningskostnader. Det är inte praktiskt och ekonomiskt försvarbart att byta leverantör under pågående upphandling. GN ReSound:s talan innebär att landstingen skulle ha en skyldighet att avstå från att avropa hörselapparater till dess att ett slutligt avtal kan träffas.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Saken

Den nu aktuella ansökningen om överprövning avser avtal i form av avrop efter den 14 januari 2011, då det senaste tilldelningsbeslutet meddelades. Målet rör således ogiltighetsförklaring av avtal i form av avrop som gjorts med stöd av tilldelningsbeslutet den 21 maj 2010 och som ingåtts under tiden den 15 januari – slutet av juni 2011.

Undantag med stöd av 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU

Av artikel 31. 1 direktivet 2004/18/EG framgår följande. En upphandlande myndighet får vid offentlig upphandling tillämpa det förhandlade förfarandet utan att dessförinnan ha offentliggjort något meddelande om upphandlingen i följande fall: ... c) Om, när det är absolut nödvändigt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte kunnat förutse, det är omöjligt att iaktta de tidsfrister som gäller vid öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden med offentliggörande av meddelande om upphandling enligt artikel 30. De omständigheter som åberopas som skäl får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten.

I förarbetena till 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU anfördes bl.a. följande (prop. 2006/07:128 s. 327). En skillnad mellan direktivet och LOU är att enligt LOU får de omständigheter i punkt 3 som medför att förfarandet inte behöver föregås av annonsering inte vara hänförliga till den upphandlande enheten. Sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten. Detta behöver därför inte särskilt anges och har därför inte tagits in i den nya lagtexten. Någon skillnad i sak i förhållande till LOU är således inte avsedd.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Tiden för upphandlingens genomförande har förlängts genom att det ansökts om överprövning av samtliga tilldelningsbeslut. Alla tilldelningsbeslut utom det sista har emellertid föranlett åtgärder av domstolarna på grund av brister i upphandlingarna. Dessa brister måste rimligen anses vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna. Den tidsnöd som uppstått måste då anses ha kunnat förutses av myndigheterna. Undantaget enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU från skyldigheten att annonsera kan därför inte anses tillämpligt. Även i övrigt är förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 15 § LOU uppfyllda.

Skäl att inte ogiltigförklara avtalet

Enligt 16 kap. 16 § LOU i här tillämplig lydelse ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § i här tillämplig lydelse är uppfyllda, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

I specialmotiveringen till bestämmelsen anförs bl.a. följande (prop. 2009/10:180 s. 362 f.). På talan av en leverantör ska rätten besluta om ogiltighet enligt de förutsättningar som anges i 15 §. I denna paragraf föreskrivs emellertid att ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör ska få bestå, trots skäl för ogiltighet, på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom andra områden i unionsrätten. I artikel 36 i EUF-fördraget finns t.ex. en uppräknning av de skäl som kan utgöra grund för att inskränka den fria rörligheten. Hänsyn kan exempelvis tas till allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägerier, skydd av miljö och stadsmiljö,

djurhälsa, immateriella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål. Undantagen har ofta varit föremål för EU-domstolens prövning. Eftersom hänsyn till allmänintresset utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten, är utgångspunkten att begreppet ska tolkas restriktivt. Begränsad vikt får läggas till ekonomiska intressen inom ramen för allmänintresset. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska t.ex. inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Med direkt koppling till avtalet avses, enligt direktivets artikel 2d. 3, bl.a. kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet. Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får dock beaktas om ogiltighet skulle leda till orimliga eller oproportionerliga följder. Stor vikt bör här läggas vid myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. Det ankommer på domstolarna 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. För det fall en domstol beslutar att ett avtal ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska tillsynsmyndigheten väcka talan om upphandlingsskadeavgift, se 17 kap. 1 och 2 §.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Landstingen har en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla hörselapparater. Det måste anses utgöra ett folkhälsointresse att denna samhällsservice kan fullgöras. Frågan blir då om situationen är sådan att de aktuella avtalen av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska bestå.

Landstingen har gjort avrop hela tiden under upphandlingsprocessen. Landstingen har härvid anfört att behovet varit kontinuerligt och GN

ReSound AB har inte bestritt detta. Det kan noteras att det under tiden oktober 2009 – mars 2010 gjorts avrop från GN ReSound AB:s avtal från 2006 genom förhandlat förfarande utan annonsering, något som GN ReSound AB varken haft skäl eller möjlighet att föra talan mot. Vidare har avrop från tilldelningsbeslutet den 21 maj 2010 tidigare godkänts genom förvaltningsrättens lagakraftvunna dom den 10 december 2010, mål nr 4678-4679-10 och 4687-10. Den tid som nu är aktuell infaller långt efter det att möjligheten att lagligen upphandla apparaterna upphört. Detta utgör en omständighet som talar för att låta avtalen bestå.

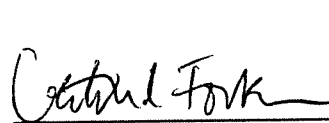
Den omständigheten att landstingen av delvis ekonomiska skäl valt att inte avropa från anbuderna enligt det senaste tilldelningsbeslutet kan sägas tala mot att avtalen ska bestå. Å andra sidan hade även sådana avrop stridit mot upphandlingsreglerna. Eftersom landstingen hade sparat ännu mer om det inte gjorts några avrop alls kan de grundläggande skälen till avropen inte anses vara ekonomiska. Omständigheten bör därför inte vara avgörande.

GN Resound har åberopat EU-domstolens dom i mål C-6/05. Målet avsåg en upphandling av kirurgiska suturer. En försening ansågs kunna äventyra driften av ett offentligt sjukhus och, därigenom, medföra risker för folkhälsan. Domstolen fastslog att den upphandlande myndigheten i en sådan situation får vidta alla nödvändiga tillfälliga åtgärder, med iakttagande av proportionalitetsprincipen, för att den ska kunna införskaffa de produkter som är nödvändiga för driften av sjukhuset. Domstolen hade inte anledning att uttala sig om upphandlingar av hjälpmedel av mindre akut art och det kan därför inte dras några slutsatser av domen om hur upphandlingar av sådana hjälpmedel ska betraktas.

Vid en samlad bedömning av omständigheterna i detta fall och med beaktande av proportionalitetsprincipen anser kammarrätten att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse att låta avtalen bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 15 § LOU i här tillämplig

lydelse är uppfyllda. Härvid utgår kammarrätten från att talan om
upphandlingsskadeavgift kommer att väckas.

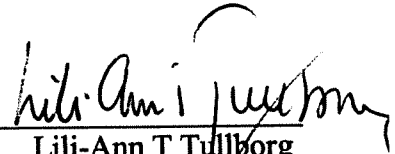
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Gertrud Forkman



Göran Mattsson
referent



Lili-Ann T Tullborg



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande
Carin Gunnarsson

DOM
2011-04-21
Meddelad i
Växjö

Mål nr
595--597-11

Ab1b Sida 1 (7)

SÖKANDE

GN ReSound AB, 556510-1986
Gullbergs Strandgatan 6
411 04 Göteborg

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

1. Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

2. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

3. Landstinget Halland
Box 517
301 80 Halmstad

Ombud för 2 och 3: Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

YRKANDEN M.M.

Landstingen i Kronoberg, Blekinge och Halland har sedan en tid tillbaka kontinuerligt avropat hörapparater av ett antal leverantörer.

GN ReSound AB ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att avtalet är ogiltigt. Som grund för sin talan anför GN ReSound AB i huvudsak följande. Landstingen avropar löpande hörapparater utan korrekt genomförd upphandling. Det innebär således att landstingen genomför otillåtna direktupphandlingar. Nu föreliggande ansökan omfattar de avrop som landstingen gör efter det senaste tilldelningsbeslutet den 14 januari 2011. Landstingens otillåtna avrop innebär var för sig en otillåten direktupphandling, nämligen ett avtal som har slutits utan föregående annonsering. Ett avtal som slutits utan föregående annonsering enligt LOU ska av förvaltningsrätten förklaras ogiltigt. Samtliga avrop som sker efter den 14 januari 2011 omfattas av LOU enligt dess lydelse från den 15 juli 2010. Bestämmelserna i 16 kap 15 § LOU är tillämplig på dessa avrop. Landstingen har efter tilldelningsbeslutet den 14 januari 2011 valt att fortsätta att avropa enligt tilldelningsbeslutet den 21 maj 2010, som av förvaltningsrätten ansågs felaktigt och inte fick verkställas. Landstingens agerande är inkonsekvent och svårförståeligt. Två av de leverantörer som erhöll tilldelning i maj 2010 och som avrop nu sker från, har inte erhållit tilldelning genom landstingens senaste beslut. Avrop sker även från Oticon AB, vars anbud i den tidigare upphandlingen skulle diskvalificeras eftersom bolaget inte uppfyllde de obligatoriska krav som uppställdes i upphandlingen. GN ReSound AB anser att fortsatt inköp av hörapparater inte uppfyller kravet på absolut nödvändighet då det inte rör sig om någon form av akutsjukvård. Det krävs att det föreligger ett särskilt angivet behov av särskilt kvalificerat slag. Vidare är en överprövningsprocess en sådan omständighet som är förutsebar för den upphandlande myndigheten. Landstingen uppfyller därmed inte kraven i LOU för att få genomföra en upphandling utan

föregående annonsering. Anbudsgivarnas priser blir lägre för varje gång som landstingen genomför en upphandling. Det kan också ifrågasättas om landstingens agerande är förenligt med principen om god ekonomisk hushållning i enlighet med 8 kap 1 § kommunallagen. GN ReSound AB har genom landstingens agerande lidit eller kan komma att lida skada.

Landstingen motsätter sig yrkandet om ogiltighetsförklaring och har i huvudsak anfört följande. Tidigare avtal rörande hörapparater avsåg perioden 1 juli 2006 – 31 mars 2008 med möjlighet till förlängning ett år. Avtalet löpte ut den 1 april 2009 men kunde som längst förlängas till den 1 oktober 2009 om en överprövning skulle försena den nya upphandlingen. Den 14 november 2008 annonserades en ny upphandling. Framförhållningen var således elva månader. Ett antal överprövningar ledde till att upphandlingen inte kunnat avslutas och tillträdet av ny leverantör försenades därför. Efter den 1 oktober 2009 förlängdes kontraktet till och med den 31 mars 2010 med dåvarande leverantörer genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering. En av dessa leverantörer var GN ReSound AB. Från slutet av maj 2010 har överenskommelse träffats med de tre leverantörerna som hade de bästa anbuden vid tilldelningsbeslutet den 21 maj 2010. Något formellt skriftligt avtal har inte träffats. GN ReSound AB ansökte om överprövning av landstingens förfarande att tilldela kontrakt till dessa leverantörer, utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten avslag i dom den 10 december 2010 GN ReSound AB:s ansökan. I och med förvaltningsrättens dom löper de muntliga avtalen tills vidare på de villkor som gäller enligt anbuden dock med möjlighet för landstingen att med kort varsel säga upp avtalen när den nuvarande upphandlingen får avslutas. Landstingen har den 20 oktober 2010 annonserat en ny upphandling. Tilldelningsbeslut meddelades den 14 januari 2011 och Unitron Hearing AB, GN ReSound AB och Phonak AB tilldelades avtal. Oticon AB och Sennberg AB har ansökt om överprövning av beslutet. I och med detta är landstingen förhindrade att avsluta upphandlingen och därmed anser landstingen att syn-

nerliga skäl för upphandling utan föregående annonsering föreligger. Enligt hälso- och sjukvårdslagen ska landstingen erbjuda invånarna hjälpmedel såsom exempelvis hörapparater. Ett avbrott av leverans skulle medföra allvarliga följder. Årligen tillhandahålls omkring 8 000 hörapparater till personer med hörselnedsättning i de tre landstingen. Det är därför absolut nödvändigt för landstingen att kunna tillhandahålla detta löpande. Landstingen har haft en tillräckligt god framförhållning vid upphandlingsförfarandet. Det har inte funnits anledning att förutsätta att upphandlingen skulle arta sig på det sättet att avtal inte kunnat slutas mer än två år från det att upphandlingen påbörjades. Landstingen har rättat sig efter varje dom och inom ca en månad har en ny upphandling annonserats. Landstingen anser att 4 kap 5 § 3 p. LOU är tillämplig och att det därmed saknas grund för ogiltighetsförklaring. Enligt 16 kap 16 § LOU framgår att ett avtal inte får ogiltighetsförklaras om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Enligt förarbetens anges som exempel bl.a. folkhälsa samt skydd för människors hälsa. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska inte anses utgöra tvingande hänsyn. Stor vikt bör däremot läggas vid myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att 4 kap 5 § 3 p. LOU inte är tillämplig gör landstingen gällande att starka skäl föreligger för att förklara att avtalen får bestå. Förvaltningsrätten godtog i domen den 10 december 2010 att det föreligger synnerliga skäl för upphandling utan föregående annonsering. Att byta till de leverantörer som blev tilldelade avtal i senaste tilldelningsbeslutet skulle också innebära en tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering - att ett nytt tilldelningsbeslut har meddelats saknar således betydelse. Det är inte praktiskt och ekonomiskt försvarbart att byta leverantör exempelvis var nionde månad. Tillräckliga skäl saknas för att ändra beslutet från slutet av maj 2010 i avvaktan på att upphandlingen kan avslutas. Vid tillämpning av direkttilldelning enligt 4 kap 5 § 3 p. LOU föreligger ett förhållandevis stort utrymme för den upphandlande myndigheten vid val av leverantör.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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

Av 16 kap. 5 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 16 kap. 15 § LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt bl.a. 7 kap 1 § LOU.

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

Enligt 4 kap. 5 § första stycket 3. LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerligen brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Förvaltningsrätten konstaterar att ifrågavarande upphandling av hörapparater tidigare har varit föremål för överprövning vid ett antal tillfällen. Den 20 augusti 2009 beslutade dåvarande länsrätten i Kronobergs län att utvärderingen skulle göras om. Ett nytt tilldelningsbeslut fattades av landstingen den 3 september 2009. Sennberg AB och Phonak AB ansökte om överprövning av landstingens beslut. Länsrätten beslutade den 9 oktober 2009 att avvisa Phonak AB:s ansökan och den 12 november 2009 att avslå Sennbergs AB:s ansökan. Phonak AB överklagade länsrättens avvisningsbeslut. Kammarrätten i Jönköping beslutade den 16 november 2009 att återförvisa målet till länsrätten för prövning av Phonak AB:s ansökan i sak. I dom den 9 december 2009 beslutade länsrätten härefter att upphandlingen skulle göras om. Ett nytt tilldelningsbeslut fattades av landstingen den 21 maj 2010. Även detta tilldelningsbeslut blev föremål för överprövning och i dom den 16 september 2010 beslutade förvaltningsrätten återigen att upphandlingen skulle göras om. I oktober 2010 annonserade landstingen en ny upphandling avseende hörapparater och tilldelningsbeslut meddelades den 14 januari 2011 varvid anbud från Unitron Hearing AB, GN ReSound AB och Phonak AB antogs. Oticon AB och Sennberg AB har begärt överprövning av den nya upphandlingen.

GN ReSound AB har tidigare ansökt om överprövning av landstingens förfarande att tilldela kontrakt till leverantörer utan föregående annonsering. Förvaltningsrättens beslutade i dom den 10 december 2010 (mål nr 4678--4679-10 och 4687-20) att avslå GN ReSound AB:s ansökan och anförde i huvudsak följande. Enligt 4 kap 5 § 3. LOU får upphandlande myndighet, utan föregående annonsering, genomföra ett förhandlat förfarande under vissa förutsättningar. Landstingen har visat att inköp av hörapparater är nödvändigt. Upphandlingen påbörjades redan 2008 i god tid före avtalstidens utgång. Vidare har inget framkommit som tyder på att landstingen kan lastas för att själva ha orsakat dröjsmålet.

Förvaltningsrätten har i detta mål i första hand att pröva om landstingen har styrkt att förutsättningarna i 4 kap 5 § första stycket 3. LOU varit uppfyllda.

Landstinget har fortsatt att avropa hörapparater av leverantörer utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten finner att omständigheterna vid nu aktuella avrop i allt väsentligt är desamma som vid rättens prövning den 10 december 2010. Tillräckliga skäl att nu göra någon annan bedömning föreligger inte. Landstingen får således anses haft rätt att enligt 4 kap 5 § 3. LOU tilldela kontrakt utan föregående annonsering. GN ReSound AB har inte heller i övrigt anfört någon omständighet som utgör grund för att ogiltigförklara ifrågavarande avtal.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109-1D-LOU)



Bengt Lindh

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.