

**KLAGANDE**

Fresenius Medical Care Sverige AB, 556198-0904

Ombud: Advokat Sylvia Lindén och jur.kand. Philip Thorell
Baker & McKenzie Advokatbyrå
Box 180
101 23 Stockholm

MOTPART

Västra Götalands läns landsting
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs beslut den 13 februari 2017 i mål nr 1655-17, se bilaga A

SAKEN

Interimistiskt beslut i mål om överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att Västra Götalands läns landsting inte får ingå avtal innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

Fresenius Medical Care Sverige AB yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens beslut, förordnar att Västra Götalands läns landsting (VGR) inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Bolaget anför bl.a. följande. VGRs upphandling innehåller krav som strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om proport-

ionalitet, transparens och likabehandling. Genom angivna brott mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, har bolaget fråntagits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och har därmed lidit skada.

Något tilldelningsbeslut har ännu inte fattats av VGR varför någon avtalsspärr inte har börjat löpa. Det är nödvändigt att interimistiskt beslut meddelas att avtal inte får ingås i upphandlingen innan något annat är beslutat då det i annat fall finns risk att bolagets möjligheter till överprövning av upphandlingen går förlorad. Förvaltningsrätten har i sitt beslut att avslå det interimistiska yrkandet gjort en felaktig bedömning om att ansökan om överprövning får som effekt att det under alla omständigheter kommer att inträda en avtalsspärr under handläggningen i förvaltningsrätten, s.k. förlängd avtalsspärr.

Västra Götalands läns landsting anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.

Det är inte sannolikt att VGR har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet. VGR hänvisar till sitt yttrande i förvaltningsrätten daterat den 23 februari 2017.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det har funnits skäl för förvaltningsrätten att meddela ett interimistiskt beslut i aktuell upphandling då ansökan har gjorts innan ett tilldelningsbeslut har meddelats.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket LOU och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar

har gått från det att underrättelsen skickades eller 15 dagar om underrättelsen har skickats på annat sätt än med elektroniskt medel.

Av 9 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

Av 16 kap. 8 § LOU framgår bl.a. att om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärren enligt 1 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Av 16 kap. 9 § LOU framgår att i de fall då avtalsspärr inte gäller enligt 1, 3 eller 8 § får rätten besluta att den upphandlade myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Rätten får avstå från att fatta beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Vid tidpunkten för bolagets ansökan om överprövning till förvaltningsrätten hade VGR inte meddelat något tilldelningsbeslut och följaktligen inte heller skriftligen underrättat eventuella anbudsgivare enligt 9 kap. 9 § LOU. Detta innebär att någon förlängd avtalsspärr inte uppkommit i förvaltningsrätten i aktuell upphandling.

Fråga är om man kan utgå ifrån att det alltid finns en skyldighet för upphandlande myndighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut vilket i sin tur utlöser en förlängd avtalsspärr eller om det finns situationer som inte utlöser denna skyldighet och följaktligen att förlängd avtalsspärr inte uppkommer.

Det grundläggande syftet bakom kravet att skicka ut tilldelningsbeslut till anbudsgivarna torde vara att meddela vem av dem som har tilldelats kontraktet. Om det bara finns en anbudsgivare är det uppenbart att detta syfte inte gör sig gällande. Enligt kammarrättens tolkning av 9 kap. 9 § LOU finns det inte någon skyldighet för upphandlande myndighet att skicka ut tilldelningsbeslut om det enbart finns en anbudsgivare. Detta är en tolkning som också får stöd i förarbetena, jfr prop. 2001/02:142 s. 81. och prop. 2009/10:180 s. 117 f. Inte heller kommer man enligt kammarrättens mening i konflikt med några rättssäkerhetsgarantier om man tolkar bestämmelsen på detta sätt då anbudsgivaren ändå kommer att få del av den information som skulle angivits i ett tilldelningsbeslut. En ensam anbudsgivare har i regel inte heller något intresse av en avtalsspärr i upphandlingen.

Möjligheten att få till stånd en överprövning av en upphandling i förvaltningsrätt upphör när ett avtal sluts i upphandlingen. Bolagets möjlighet att få upphandlingen prövad är därför beroende av att avtal inte sluts innan prövningen skett.

Då det således enligt kammarrättens mening inte alltid finns en skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut är det osäkert om förlängd avtalsspärr uppkommer under handläggningen av målet i förvaltningsrätten. Det är inte heller osannolikt att VGR kan ha brutit mot reglerna i LOU på de grunder som bolaget har åberopat i sin ansökan. Den skada eller olägenhet som kan uppstå till följd av ett interimistiskt beslut framstår inte heller som större än skadan för bolaget om upphandlingen får avslutas innan målet har avgjorts slutligen. Det finns därför skäl för att besluta om att VGR inte får ingå avtal i upphandlingen innan förvaltningsrätten avgjort målet slutligt. Överklagandet ska därför bifallas.

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

Mikael Ocklind

Birgitta Henriksson

Lennart Berglund
referent