



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 34

DOM

2020-09-28

Meddelad i Stockholm

Mål nr

17999-20

KLAGANDE

Meds Apotek AB, 559093-4575

MOTPART

Folkhälsomyndigheten

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1272371

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd34.fst@dom.se https://www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/	-	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Folkhälsomyndigheten har tecknat ramavtal med en leverantör avseende provtagning av covid-19 för prioriterad personal. Avtalet omfattar bl.a. provtagningsstationer och bilar för hemleverans. Avtalet slöts efter upphandling med förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 15 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, på grund av synnerlig brådska.

Meds Apotek AB (bolaget) ansöker om överprövning av avtalets giltighet gällande tjänsten hemleverans och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva avtalet. Som grund för ansökan anför bolaget i huvudsak att lagens krav om synnerlig brådska inte har varit uppfyllda.

Folkhälsomyndigheten bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det saknas grund för att ogiltigförklara avtalet med stöd av 20 kap 13 § LOU. Det har varit fråga om synnerlig brådska som har gjort det omöjligt för Folkhälsomyndigheten att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande. Skulle bedömningen ändå göras att förutsättningar föreligger för ogiltigförklaring ska avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse i enlighet med 20 kap 14 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

En upphandling ska normalt annonseras och alla leverantörer få möjlighet att lämna anbud. Från denna huvudregel finns vissa undantag.

Folkhälsomyndigheten har gjort gällande att det aktuella avtalet har slutits efter förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänsyn till att

det har förelegat synnerlig brådska. Frågan i målet är om förutsättningarna för att tillämpa undantaget om synnerlig brådska har varit uppfyllda.

Den rättsliga regleringen

Enligt 20 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU framgår att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling.

Av 6 kap. 15 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering och anskaffningen är absolut nödvändig.

Bestämmelsen i 6 kap. 15 § genomför artikel 32.2 c i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling. I skälen till artikeln anges att undantaget endast får användas under mycket exceptionella omständigheter och att upphandlande myndigheter som åberopar undantaget bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar (skäl 50).

Av praxis framgår att undantaget från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att samtliga

villkor i undantagsbestämmelsen som konstituerar synnerlig brådska är uppfyllda (se HFD 2017 ref. 66 och HFD 2019 ref. 65).

Vidare framgår av praxis att för att undantaget om synnerlig brådska ska kunna tillämpas krävs att anskaffningen i sig, dvs. kontraktsföremålet, är absolut nödvändig. Detta innebär dock inte att avtalets innehåll saknar betydelse för bedömningen. Direktupphandling på grund av synnerlig brådska får inte användas för att säkerställa att ett trängande behov inte uppstår i en obestämd framtid, utan endast för att tillgodose ett trängande behov som faktiskt har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort (se HFD 2019 ref. 65).

I mål om offentlig upphandling gäller som princip att rätten grundar sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Var anskaffningen nödvändig?

Av underlaget i målet framgår att Folkhälsomyndigheten slöt ett muntligt avtal om provtagning med en leverantör den 1 maj 2020 för att få igång verksamheten direkt och att ett skriftligt avtal undertecknades den 1 juni 2020. Av det skriftliga avtalet framgår att avtalets mål och syfte är att uppdra åt leverantören att testa personal i enlighet med den nationella strategin för utökad provtagning och laboratorieanalys av covid-19. Vidare framgår att uppdraget pågår fr.o.m. den 1 maj 2020 t.o.m. den 30 september 2020 och att uppdraget kan komma att förlängas, dock längst t.o.m. den 31 december 2020.

Vad parterna anför

Bolaget anför bl.a. att det inte torde ha varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet eftersom det fanns många aktörer som kunde transportera prover och den aktuella aktören inte besitter egen förmåga inom området utan har hyrt in underleverantörer. Bolaget anför vidare att Folkhälsomyndigheten i vart fall inte hade behövt teckna avtal för fem månaders tid med möjlighet till förlängning med ytterligare tre månader. Genom att ett muntligt avtal slöts den 1 maj 2020 fanns tid och möjlighet att genomföra en korrekt upphandling för en längre tidsperiod utan risk för avbrott eller försening.

Folkhälsomyndigheten anför att det sedan den 11 mars 2020 pågår en pandemi med ett nytt virus, vilket i sig är en exceptionell omständighet och att anskaffningen har varit absolut nödvändig för att tillgodose ett existerande behov. Vidare anför myndigheten att det under en pandemi är av största vikt att alla tänkbara åtgärder vidtas för att minska smittspridningen. En sådan åtgärd är att genom hemleverans av självtester öka möjligheten till testning för personer med milda symtom och personer med viktiga funktioner. Självtester är också ett sätt att avlasta sjukvården som är mycket ansträngd och att undvika undanträngningseffekter av den provtagning som behövs av patienter och den personal som finns i vården.

Förvaltningsrättens bedömning

Mot bakgrund av situationen med allmän smittspridning av covid-19 bedömer förvaltningsrätten att det står klart att åtgärder för att minska smittspridningen i Sverige genom utökad provtagning var absolut nödvändig till skydd för människors liv och hälsa. Vid tiden för aktuellt avtal fanns ett faktiskt behov av utökad provtagning med möjlighet till hemleverans för personal som arbetar inom hälso- och sjukvård och omsorg samt ett behov av att avlasta sjukvården. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att

kontraktsföremålet, dvs. anskaffningen, har varit absolut nödvändigt. Vad bolaget har anfört om bl.a. att det fanns andra aktörer som kunde transportera prover påverkar inte bedömningen. Förvaltningsrätten bedömer även att kontraktslängden får anses ha varit nödvändig för att täcka det omedelbara behovet av provtagning och för att kunna genomföra en upphandling för att täcka behovet långsiktigt.

Förelåg synnerlig brådska?

För att direktupphandlingen ska vara tillåten krävs att det förelåg synnerlig brådska för Folkhälsomyndigheten att ingå avtalet. Om så var fallet krävs vidare att brådskan berodde på omständigheter som inte kunde tillskrivas och inte hade kunnat förutses av myndigheten.

Enligt praxis från EU-domstolen framgår att om det har varit möjligt att genomföra upphandlingen genom ett selektivt påskyndat förfarande är det inte visat att det förelåg synnerlig brådska (se t.ex. C-126/03, Kommissionen mot Tyskland). Vidare framgår att omständigheterna inte får vara hänförliga till eller på annat sätt bero på den upphandlande myndighetens planering eller organisation (jfr C-385/02, Kommissionen mot Italien).

Vad parterna anför

Bolaget för fram att möjligheten att genomföra ett påskyndat förfarande bör ha utretts närmare för att konstatera att synnerlig brådska kan anses ha förelegat. Covid-19 klassades av Folkhälsomyndigheten som en samhällsfarlig sjukdom den 1 februari 2020 och som en global pandemi av WHO den 11 mars 2020. Det fanns då samhällsspridning och en bred debatt i media och politiken om behovet av testning och nödvändigheten av logistik. Vidare släppte Folkhälsomyndigheten ett pressmeddelande i mitten av april om att myndigheten fått regeringens uppdrag till en nationell

strategi för provtagning och logistik. Trots detta valde myndigheten att i maj kontraktera logistiktjänster från leverantören under en längre tidsperiod. Vad gäller möjligheten att förutse händelsen stod det klart i flera månader att en tjänst för hemleverans av test behövdes och omfattande kontakt och diskussioner pågick mellan laboratorier, regioner och myndigheten för att förbereda provtagning.

Folkhälsomyndigheten anger att det var synnerligen brådskande att åtgärder kom på plats så fort som möjligt, vilket var en del av regeringens uppdrag till myndigheten. Den 30 mars 2020 fick Folkhälsomyndigheten i uppdrag av regeringen att bl.a. skyndsamt starta och leda arbetet med att koordinera de aktörer som behövs för att utöka testningen för covid-19. Ansvaret för testningen ligger på regionerna och eftersom regionerna har haft olika behov av stöd var det stora problem att ta fram en kravspecifikation. Eftersom det förelåg synnerlig brådskande valde Folkhälsomyndigheten att avtala med en befintlig leverantör som hade kapacitet att verka nationellt och snabbt kunde utvidga sitt koncept. Processen med att förhandla fram tjänster som kunde anpassas utifrån regionernas varierande behov och det faktum att tjänsterna behövde sättas igång omedelbart förenklades i och med detta. Bedömningen gjordes att det var omöjligt att hålla de tidsfrister som i övrigt gäller eftersom behovet av utökad provtagning redan hade uppstått. Inte ens genom upphandling med påskyndat förfarande såg Folkhälsomyndigheten att verksamheten skulle kunna vara på plats i tid.

Förvaltningsrättens bedömning

Som förvaltningsrätten ovan har konstaterat fanns vid tidpunkten för avtalet ett stort behov av utökad provtagning av covid-19. Bolaget har bl.a. inväntat att det ingår i Folkhälsomyndighetens uppdrag att förutspå och hantera smittspridning samt att det redan i februari–mars 2020 fanns en samhällsspridning av sjukdomen och diskussioner om behovet av provtagning.

Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att det rör sig om en verksamhet som är svårplanerad och att det uppdrag om utökad provtagning som Folkhälsomyndigheten fick från regeringen berodde på oförutsedda omständigheter med spridning av ett nytt virus. Förvaltningsrätten bedömer att omständigheterna som gjorde avtalet nödvändigt inte kan anses ha varit kända för myndigheten under en längre tid. Det gick förhållandevis kort tid från det att Folkhälsomyndigheten fick regeringsuppdraget att starta och leda arbetet med utökad provtagning till det att myndigheten slöt avtal om tjänsterna med en leverantör. Folkhälsomyndigheten har vidare förklarat att viss tid krävdes för att ta fram kravspecifikationer eftersom regionerna hade skiftande behov och att lösningar därför var på plats först i maj 2020. För att inte fördröja processen ytterligare valde Folkhälsomyndigheten att sluta ett avtal med en befintlig leverantör.

Med hänsyn till att situationen under våren 2020 får anses ha varit akut med behov av att mycket skyndsamt utöka provtagningen som ett led i att hindra smittspridningen och med hänsyn till de omständigheter som Folkhälsomyndigheten har framfört bedömer förvaltningsrätten att det inte var möjligt att genomföra en upphandling genom ett annonserat förfarande. Domstolen bedömer vidare att den brådskasom uppstod för att nå lösningar för utökad provtagning berodde på omständigheter som inte var möjliga att förutse för Folkhälsomyndigheten. Med hänsyn till de särskilda omständigheterna vid tidpunkten för aktuellt avtal förelåg därmed synnerlig brådskasom att ingå avtal till dess att en annonserad upphandling kan genomföras. Vad bolaget anför visar inte att Folkhälsomyndigheten inte iakttagit likabehandlingsprincipen genom att ingå avtal med den aktuella leverantören.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att förutsättningarna för att använda direktupphandling på grund av synnerlig brådska har varit uppfyllda. Det saknas därför grund för att ogiltigförklara avtalet. Vid denna utgång saknas skäl att pröva frågan om det finns anledning att låta avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bolagets ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Johan Höök

Rådman

Matilda Johansson Köves har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.