

KLAGANDE

Praktikertjänst Aktiebolag, 556077-2419
103 55 Stockholm

Ombud: Chefsjuristen Carl-Gustaf Rosensvärd
Praktikertjänst AB
103 55 Stockholm

MOTPART

Landstinget Gävleborg
801 88 Gävle

Ombud: Advokaten Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 11 augusti 2010 i mål nr 4656-10,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och bestämmer att upphandlingen ska göras om.

- Klagande/ombud
- Motpart/ombud
- SKV
- Fk NFC
- Lst/Trp.st
- Fr
-

- För delgivning
- För kännedom
- För handläggning
-

YRKANDEN M.M.

Praktikertjänst Aktiebolags talan

Praktikertjänst Aktiebolag (Praktikertjänst) överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande.

Inbjudan sändes ut den 8 mars 2010 och sista dag för anbud angavs till den 10 maj 2010. Landstinget Gävleborg (landstinget) företog under anbudstiden löpande justeringar av bland annat skall-krav i förfrågningsunderlaget. På grund av det särskilda skall-krav som ställdes upp i § 59 p 8 i avtalsmalen om rätt för landstinget att ensidigt säga upp avtalet på grund av ändrade politiska beslut beslutade styrelsen för Praktikertjänst att inte gå vidare med upphandlingen. Denna för Praktikertjänst väsentliga punkt ändrades av landstinget i en först den 27 april 2010 utsänd Slutversion genom rättelse G till att endast avse politiska beslut på annan nivå än landstingsnivå.

I Slutversion rättelse F som också tillkännagavs först den 27 april 2010 har landstinget beslutat utge momskompensation mot att tidigare ställt sig helt avvisande till det. Momskompensationen kan för en löptid på avtalet om fem år beräknas uppgå till ca 60 miljoner kronor. Även denna förändring är väsentlig.

Praktikertjänst valde att inte lämna något anbud med utgångspunkt från de ursprungliga villkor landstinget ställt upp. Från det att Praktikertjänst fick del av de nya uppgifterna återstod endast åtta arbetsdagar. Mot bakgrund av upphandlingens värde som kan uppgå till 322 miljoner kronor sammantaget med dess komplexitet var det inte görligt för Praktikertjänst att fullfölja arbetet med anbudet under den synnerligen korta tid som återstod av anbuds-tiden.

Praktikertjänst har redan i ansökan om överprövning angivit den korta tid som stått till buds för anbud efter det landstinget vidtagit väsentliga förändringar av anbudsunderlaget samt klart åberopat risken för skada. Det är således varken fråga om någon ny grund eller åberopande av nya omständigheter.

Landstinget

Landstinget bestrider ändringsyrkandet och anför i huvudsak följande.

Praktikertjänst påstår att de till följd av innehållet i § 59 p 8 i den till anbudsförfrågan bifogade avtalsmallen inte påbörjat något arbete av betydelse med anbudsgivningen och att det därför inte var möjligt att efter landstingets svar den 27 april 2010 utarbeta ett anbud till den 10 maj. Dessa omständigheter har Praktikertjänst inte klart framfört i förvaltningsrätten, varför det inte heller ankommit på förvaltningsrätten att ta hänsyn till dessa. De av Praktikertjänst först i kammarrätten åberopade omständigheterna kring skadan bör avvisas.

För det fall kammarrätten avser att pröva invändningarna gör landstinget gällande att påståendet inte är tillräckligt trovärdigt bl.a. med hänsyn till att Praktikertjänst tidigare ingått avtal med liknande klausuler samt att Praktikertjänst ställt frågor angående upphandlingen m.m. så sent som den 15 april, vilket visar att de vid den tidpunkten alltså arbetat aktivt med upphandlingen. Svaren på ställda frågor och gjorda förtydliganden den 27 april har således inte utgjort något verkligt hinder för Praktikertjänst att lämna anbud i tid.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I vad först angår landstingets yrkande om avvisning av vissa omständigheter som Praktikertjänst åberopar finner kammarrätten, mot bakgrund av vad

Praktikertjänst tidigare gjort gällande i målet, att vad de åberopat till stöd för överklagandet i kammarrätten inte är att bedöma som nya omständigheter i målet. De åberopade omständigheterna ska således beaktas i målet.

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom.

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet är således inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbudens ges in klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Detta under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

För att den upphandlande myndigheten ska tillgodose bl.a. öppenhetsprincipen i LOU är det, vid väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget, normalt inte tillräckligt att hantera dessa förändringar som kompletteringar/tillägg inom ramen för den pågående upphandlingen. I stället bör den pågående upphandlingen avbrytas och en ny upphandling äga rum.

Frågan i målet är om de förändringar av förfrågningsunderlaget som tillkännagavs den 27 april 2010 var väsentliga och om landstinget genom att inte avbryta upphandlingen har brutit mot principen om öppenhet.

Enligt kammarrättens mening är skillnaderna mellan avtalsvillkoret i § 59 p 8 såsom det var utformat före respektive efter den 27 april 2010 och som innebär att möjligheten för landstinget att genom ett politiskt beslut ensidigt säga upp avtalet med relativt kort varsel togs bort så stor att det, på sätt Praktikertjänst gjort gällande, kan ha påverkat viljan och möjligheterna att lämna anbud. Förändringen måste därför anses väsentlig. För att inte bryta

mot principen om öppenhet borde landstinget därför ha avbrutit upphandlingen och gjort om den redan på grund av denna förändring.

Härtill måste läggas förändringen avseende momscompensation som också gjordes den 27 april och sammanlagt kan komma att uppgå till ca 60 miljoner kr i förhållande till vad som ursprungligen angetts i förfrågningsunderlaget. Även denna förändring måste beaktas och torde ha haft viss betydelse för anbudsgivarna om än inte i sådan utsträckning att detta ensamt varit av den betydelsen att upphandlingen borde ha avbrutits.

För att inte bryta mot principen om öppenhet i 1 kap. 9 § LOU hade landstinget således i det uppkomna läget, efter de aktuella förändringarna i förfrågningsunderlaget, bort avbryta upphandlingen och göra om den.

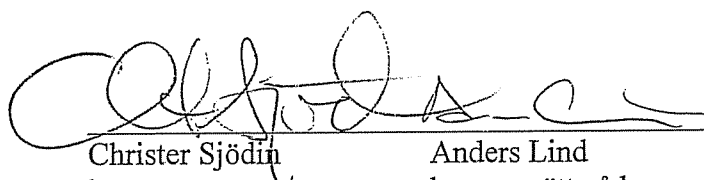
När landstinget i stället valde att fortsätta upphandlingen försattes Praktikertjänst i en situation där deras möjligheter att lämna anbud utifrån de nya förutsättningarna försvårades på ett sådant sätt att de måste anses ha lidit eller riskerat att lida sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LOU.

Mot bakgrund av vad som ovan redovisats ska Praktikertjänsts överklagande bifallas.

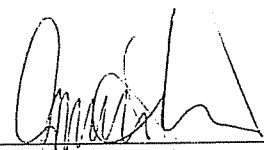
Kammarrätten finner således att upphandlingen ska göras om.

Enligt praxis (RÅ 2005 ref. 17) gäller kammarrättens dom omedelbart utan särskilt förordnande och innebär alltså ett förbud mot att slutföra upphandlingen.

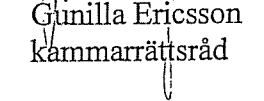
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Christer Sjödin
lagman



Anders Lind
kammarrättsråd
referent



Gunilla Ericsson
kammarrättsråd

Petra Dalman
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Handläggare:
Pia Björkhammar

DOM
2010-08-11
Meddelad i
Gävle

Bilaga A

Mål nr
4656-10 E
Rotel 11

SÖKANDE

Praktikertjänst Aktiebolag, 556077-2419
103 55 Stockholm

Ombud: Chefsjuristen Carl-Gustaf Rosensvärd
Praktikertjänst Aktiebolag
103 55 Stockholm

MOTPART

Landstinget Gävleborg
801 88 Gävle

Ombud: Advokaten Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten lämnar yrkandet om interimistiskt beslut enligt LOU utan åtgärd.

Dok.Id 12457

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1093 S-801 35 Gävle	Lantmäterigatan 4	023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se	023-383 00 90	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget Gävleborg (landstinget) inbjöd enligt förfrågningsunderlag den 8 mars 2010 anbudsgivare att senast den 10 maj 2010 lämna anbud i en upphandling avseende drift av verksamheter vid Bollnäs sjukhus samt därtill hörande specialistverksamhet i Söderhamn (dnr H70:LS211/10). Under anbudstiden har landstinget, enligt handling benämnd "Slutversion, uppdaterad 2010-04-27, Frågor & Svar - Bollnäs sjukhus", gjort vissa rättelser och förtydliganden av förfrågningsunderlaget. Tilldelningsbeslut har ännu inte meddelats.

YRKANDEN M.M.

Praktikertjänst Aktiebolag (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten meddelar beslut om inhibition innebärande att avtal inte tillåts tecknas med den som kan komma att tilldelas upphandlingen samt att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anför bolaget följande. Landstinget har genom att ändra skall-krav samt i övrigt göra väsentliga ändringar i förfrågningsunderlaget brutit mot de grundläggande upphandlingsbestämmelserna. Följande skall-krav och väsentliga förändringar åberopas:

1. Landstinget har under punkten 8.3 tagit bort skall-kravet på deltagande i utbildning och fortbildning och ersatt detta med en möjlighet att vid erbjudande delta i sådan utbildning.
2. Landstinget har infört helt nya skall-krav i förfrågningsunderlaget avseende strålskydd. Det är fråga om sju helt nya skall-krav. Att i efterhand införa ansvar för strålskydd som skall-krav endast i form förtydligande visar på väsentlig brist i förfrågningsunderlaget vilket strider mot LOU.
3. I förfrågningsunderlaget finns inget angivet om mervärdesskatt eller den kompensation för mervärdesskatt som tillkommer landstinget. I senare led av upphandlingen inför landstinget utan att sådan möjlighet angivits i förfrågningsunderlaget möjlighet för vinnande leverantör att erhålla kompensation med 4 procent som påslag på överens-

komna priser/anbud. Landstingets ändrade inställning i denna fråga är av väsentlig betydelse och kan antas ha haft avgörande betydelse för potentiella leverantörer om de ändrade förhållandena varit fullt ut och i alla delar kända av envar.

4. Landstinget har angivit att ett avtal med leverantören kan komma att sägas upp ensidigt utan rätt till skadestånd för leverantören om politiska beslut fattas avseende omorganisation, strukturförändring eller annan driftsform av verksamheten. Kravet framgår av avtalet och är således ett skall-krav. Sedermera ändrar landstinget detta för bland annat Praktikertjänst AB avgörande skall-krav. Denna förändring är väsentligt genom att rätten att ensidigt säga upp avtalet är flyttat från regionala beslut till att endast omfatta beslut av regering och riksdag.

Sammanfattningsvis anför bolaget följande. Upphandlingen har hanterats på ett felaktigt sätt och i strid med LOU. Genom att skall-krav i förfrågningsunderlaget frångåtts och andra väsentliga krav tillkommit har likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet frångåtts på ett otillåtet sätt. Av dessa anledningar kan bolaget och för den delen också andra potentiella anbudsgivare komma att lida skada. De aktuella bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget och kan inte hanteras på annat sätt än att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider yrkandet om att upphandlingen ska göras om och anför till stöd för sin inställning följande. Landstinget bestrider att det under anbudsräkningstiden gjorts sådana väsentliga förändringar i anbudsförfrågan att skäl för att avbryta och göra om upphandlingen föreligger. De fyra förändringar av anbudsförfrågan som bolaget påtalat är i skenet av upphandlingens totala omfattning inte att anse som väsentliga förändringar. Förändringen avseende utbildning är i praktiken obetydlig. Strålskyddsföreskrifterna följer vad som ändå i allt väsentligt gäller enligt författning och kan även i övrigt inte anses som en väsentlig förändring. Mervärdesskatte-kompensationen är till anbudsgivarnas fördel och lätt kalkylerbar och kan inte i skenet av upphandlingens totala omfattning anses som väsentlig.

Slutligen är även exemplet avseende uppsägning med sex månaders varsel till leverantörernas fördel och kan inte heller anses vara av någon avgörande betydelse för anbudsgivningen. Eftersom samtliga leverantörer i förfrågningsunderlaget tydligt uppmärksammats på var förändringar av anbudsförfrågans förutsättningar redovisas är kravet på likabehandling och transparens uppfyllt. Inte i något fall kan en leverantörs anbudsgivning ha försvårats eller förhindrats till följd av de fyra förändringarna. Någon skada föreligger således inte.

I yttrande över landstingets svar vidhåller bolaget sina yrkanden och vad som anförts i ansökan om överprövning.

DOMSKÄL

Om den upphandlande enheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantör lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

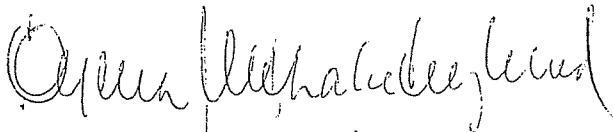
Förfrågningsunderlagets utformning är styrande för den upphandlande enhetens agerande, eftersom enheten normalt inte under upphandlingens gång kan förändra ett bristfälligt förfrågningsunderlag, utan i dessa fall måste avbryta upphandlingen och göra om den, i vart fall om förändringarna är av väsentlig karaktär, vilket alltid är fallet om ändringarna rör s.k. skall-krav (Konkurrensverkets granskningsrapport om Länsrätternas domar om offentlig upphandling, 2007:2, s. 58).

I målet är ostridigt att landstinget gjort vissa förändringar av förfrågningsunderlaget. Om dessa förändringar är att anse som väsentliga kan det finnas skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU. För att det ska kunna ske krävs dock att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada till följd

av dessa förändringar. Bolaget har inte påstått att det inte haft möjlighet att ta del av de förändringar av förfrågningsunderlaget som landstinget gjort. Bolaget har inte heller gjort gällande att bolaget i anledning av förändringarna inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten finner därför inte visat att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av landstingets ändringar av förfrågningsunderlaget. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte.

Då förvaltningsrätten tagit upp målet till slutlig prövning finns inte skäl att pröva frågan om ett interimistiskt beslut. Yrkandet härom lämnas därför utan åtgärd.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c).



Eljena Ulfhake Berglund

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *mèn skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
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.

