



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2016-07-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11318-16

SÖKANDE

Scanmodul BV
Vleugelboot 32 B
3991 CL Houten
Nederländerna

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och
biträdande jurist Martin Bogg
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Karolinska Universitetssjukhuset, Solna
Upphandlingssektionen
171 76 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

| | |
|-------------------------|---------------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2016-07-07 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att det avtal som ingicks mellan Karolinska Universitetssjukhuset och Careco Inredningar AB den 25 maj 2016 får bestå.

Dok.Id 745212

| | | | | |
|-------------------|---------------------|--|----------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 08:00-16:30 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt | | |

YRKANDEN M.M.

Den 25 maj 2016 ingick Karolinska Universitetssjukhuset (Karolinska) avtal med Careco Inredningar AB (Careco) avseende JIT-skåp genom beställning K16211799.

ScanModul BV (ScanModul) yrkar att förvaltningsrätten enligt 16 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU ska besluta att det ingångna avtalet är ogiltigt eftersom avtalet har ingåtts utan föregående annonsering. Som skäl anförs bl.a. följande. Avtalet har ett värde om 2 489 625 kr och ska rätteligen upphandlas samt annonseras enligt reglerna i LOU. Några skäl för direktupphandling finns inte. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling i strid med bestämmelserna enligt LOU. Det avtal som ingåtts ska således ogiltigförklaras. För att ett avtal ska kunna ogiltigförklaras på grund av att det tillkommit efter en otillåten direktupphandling enligt 16 kap. 13 § första stycket punkten 1 LOU krävs inte att den leverantör som ansökt om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada på grund av överträdelsen.

Karolinska bestrider ScanModuls yrkande om att avtalet ska ogiltigförklaras och anförs bl.a. följande. Det bestrids att avtalet inte har föregåtts av någon annonsering. Avtalet är ett avrop på den ramavtalsupphandling som annonserades i ett öppet förfarande den 12 februari 2016. Tilldelningsbeslutet är dock föremål för överprövning hos förvaltningsrätten. Avtalet har tecknats i strid med bestämmelserna om avtalsspärr alternativt före underrättelse om tilldelningsbeslut. För ogiltighet i sådana fall krävs att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Eftersom ScanModul inte uppfyller skaderekvisitet saknas grund för ingripande mot avtalets ogiltighet. För det fall rätten anser att ScanModul lider skada ska avtalet få bestå.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Direktupphandling eller avrop från ramavtal

ScanModul anför att det avtal som har ingåtts mellan Karolinska och Careco har ett värde om 2 489 625 kr varför det rätteligen skulle ha upphandlats samt annonserats enligt reglerna i LOU. Eftersom någon sådan annonsering inte har skett är avtalet att se som en otillåten direktupphandling.

Karolinska bestrider att avtalet inte har föregåtts av någon annonsering och hävdar att avtalet är ett avrop på den ramavtalsupphandling som annonserades i ett öppet förfarande den 12 februari 2016.

Den ramavtalsupphandling som Karolinska hävdar att det har avropat från var vid tidpunkten för när avtal tecknades mellan Karolinska och Careco, föremål för överprövning hos förvaltningsrätten i Stockholm (mål nr 9778-16). Något ramavtal hade vid den tidpunkten inte tecknats. Enligt förvaltningsrätten mening är det inte möjligt att göra avrop från ett ramavtal som ännu inte har ingåtts. Det aktuella avtalet är alltså att se som en direktupphandling.

Tillåten eller otillåten direktupphandling

Förvaltningsrätten ska därför ta ställning till om Karolinska har haft rätt att genomföra den aktuella upphandlingen som en direktupphandling. Enligt förarbetena till LOU är det den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter finns som medger direktupphandling (prop. 2001/02:142 s. 99).

Karolinska menar att de inte har kunnat vänta på den överprövning som ligger hos domstolen utan har därför på grund av synnerlig brådska tecknat

avtal med Careco gällande viss del av ramavtalsupphandlingen för att inte senarelägga driftsättningen av Nya Karolinska Solna.

Huvudregeln enligt 7 kap. 1 § LOU är 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 §§. Enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU är det möjligt för en upphandlande myndighet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser bl.a. varor om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådskas, 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.

Har ett avtal slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU trots att sådan annonsering skulle ha skett ska rätten besluta om att avtalet är ogiltigt. För en prövning av detta krävs inte att leverantören har eller kan komma att lida skada (16 kap. 13 § första stycket 1 LOU).

Karolinska har under år 2016 genomfört en upphandling av JIT-skåp. Upphandlingen annonserades i februari 2016 och beslut om tilldelning fattades den 2 maj 2016. Av yttrande från Karolinska framgår att leverans av de första JIT-skåpen skulle påbörjas den 1 juni 2016, alltså fem veckor efter att tilldelningsbeslutet fattades. Karolinska har därmed ingått avtal med Careco och beställt en mindre andel JIT-skåp än det som omfattas av ramavtalsupphandlingen med anledning av att Karolinska, enligt deras egen utsago, inte hinner vänta på en domstolsprocess. Av kammarrättspraxis framgår att en överprövning generellt sett är en omständighet som kan förutses av en upphandlande myndighet och som myndigheten därför måste ta höjd för i upphandlingen (jfr Kammarrätten i Göteborgs domar i målen 1501-10 och

784-10). Med anledning av att Karolinska har fattat tilldelningsbeslut endast fem veckor före att leveransen av dessa skåp skulle påbörjas anser förvaltningsrätten att myndigheten har brustit i sin planering genom att inte ta höjd för en eventuell domstolsprocess. Det borde även ha varit känt för Karolinska redan i början av planeringen av det nya sjukhuset att aktuella JIT-skåp behövde upphandlas varför en upphandling av de aktuella skåpen, enligt domstolens mening, skulle ha kunnat genomföras i ett tidigare skede. Förvaltningsrätten anser, trots att beställningen varit nödvändig med hänsyn till tidsbristen, att omständigheten som har orsakat den påtalade tidsbristen hade kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Karolinska har därmed inte rätt att tillämpa direktupphandling med stöd av bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU utan upphandlingen skulle ha föregåtts av en annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU.

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten besluta att avtalet får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda (16 kap. 14 § LOU). Bestämmelsen ska tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att avtalet ändå får bestå. 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 skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare. En intresseavvägning ska göras mellan allmänintresset och leverantörensintresse av ogiltighetsförklaring och genomförande av ny upphandling. Genom att ta hänsyn till allmänintresset görs en inskränkning i den fria rörligheten och av den anledningen ska begreppet tolkas restriktivt (se prop. 2009/10:180 s. 139 och 362).

Karolinska anser att avtalet under alla omständigheter ska bestå och anför bl.a. följande. JIT-skåp är ingen möbel eller inredningsdetalj utan en kritisk del i ett logistiskt flöde för fungerande vård av den typ som bedrivs på akutsjukhus. Karolinska har de senaste 25 åren konsekvent byggt ut JIT-skåpslösningar till att omfatta i stort sett hela den befintliga vårdverksamheten för att klara av de krav på logistiklösningar som krävs. Det är en extrem tidspress och de första skåpen måste vara på plats den 7 juni 2016. Skåpen utgör en mycket viktig del i en komplex implementering av sjukhusets logistiska flöden och försörjning av vårdverksamheten. Även förutsättningarna för installationen är komplexa och utmanande där hänsyn måste tas till nischhöjder, placering av sprinklers och eluttag m.m. för varje installerad uppsättning. JIT-skåpen utgör alltså en grundläggande och absolut nödvändig beståndsdel som är en förutsättning och direkt kopplade till vårdverksamheten. En omedelbar konsekvens av att rätt vårdmaterial inte finns på rätt plats i rätt mängd och i rätt tid är att patienters liv och hälsa oundvikligen kommer i fara. Det finns alltså ingen möjlighet att driftsätta sjukhuset utan JIT-skåp och om sjukhuset inte kan sättas i drift enligt plan skulle det leda till svåra konsekvenser rent kapacitetsmässigt och flödesmässigt för akutsjukvården i hela Stockholm. Dessutom innebär en försening av driftsättningen Stockholms läns landsting trots att verksamheten inte kan påbörjas tvingas betala hyra för sjukhuset med en kostnad om 120 miljoner kronor per månad.

ScanModul anser att Karolinska inte har framfört några sådana exceptionella omständigheter som krävs enligt förarbetena, varför det inte finns skäl för att låta avtalet bestå. ScanModul anför bl.a. följande. Karolinska menar i sammanfattning att JIT-skåp är en kritisk del i ett logistiskt flöde, att skåpen är en del av en komplex implementering och att förrådsytor är begränsade. Bestämmelsen ska enligt förarbetena tolkas restriktivt. Avtalet omfattar skåp för förvaring. Det rör sig inte om operationsutrustning eller någon annan typ

av medicinsk utrustning. Att det skulle råda fara för människors liv eller hälsa för att det saknas några skåp på sjukhuset är helt uteslutet. Att brist på skåp utgör en olägenhet eller att det försvårar implementering av elkontakter utgör inga skäl för att låta avtalet bestå.

Förvaltningsrätten konstaterar att det krävs exceptionella omständigheter för att avtalet trots ogiltighet får bestå enligt 16 kap. 14 § LOU. Det aktuella avtalet avser JIT-skåp som ska implementeras i Nya Karolinska Solna. Karolinska har framhållit att JIT-skåpen utgör en grundläggande och absolut nödvändig beståndsdel som är en förutsättning och direkt kopplade till vårdverksamheten. En omedelbar konsekvens av att rätt vårdmaterial inte finns på rätt plats i rätt mängd och i rätt tid är att patienters liv och hälsa oundvikligen kommer i fara. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att JIT-skåp är absolut nödvändig i verksamheten men anser att det inte har kommit fram i målet att patienter skulle stå utan vård och att människors liv och hälsa därmed skulle äventyras om det här aktuella avtalet inte skulle bestå. Karolinska har vidare gjort gällande att utan JIT-skåpen kan sjukhuset inte sättas i drift och det innebär också stora ekonomiska konsekvenser för Stockholms läns landsting. Endast begränsad vikt får läggas vid ekonomiska intressen inom ramen för allmänintresset. Ekonomisk intressen med direktkoppling till avtalet ska inte anses utgöra tvingade hänsyn. Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får dock beaktas om ogiltigheten skulle leda till orimliga och oproportionella följder. Stor vikt bör läggas vid myndigheterna tillhandahållande av allmän service till samhället. Det ankommer alltså på domstolen att göra en skälig avvägning mellan det allmänna intresset och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att upphandling ska företas.

Vid en samlad bedömning av vad som anförts och med hänsyn till den avvägning domstolen ska göra mellan ScanModuls och det allmänna intresse av avtalets ogiltighet/giltighet anser förvaltningsrätten att det är visat att det

finns sådan tvingande hänsyn till ett allmänintresse att det ogiltiga avtalet ska bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 13 § LOU är uppfyllda. Att inte låta avtalet bestå skulle ge orimligt höga ekonomiska följder för Stockholms läns landsting jämfört med den ekonomiska förlust ScanModul drabbas av i avsaknad av en ny upphandling. Dessutom finns det en pågående upphandling där ScanModuls anbud har förkastats vid en ny utvärdering. Vidare framgår att det nya sjukhuset inte kan driftsättas utan de aktuella JIT-skåpen. Detta innebär, utöver det stora ekonomiska konsekvenserna, även att myndigheten inte kan tillhandahålla en för samhället nödvändig service. Det måste anses utgöra ett folkhälsointresse att denna samhällsservice kan fullgöras.

Detta leder till att det ingångna avtalet mellan Karolinska och Careco, trots att domstolen funnit att det är ogiltigt, får bestå

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Eva Gullfeldt

Rådman

Helena Boson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.