

# HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

KONKURRENSVERKET	
2012-06-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Mål nr  
1631-12

meddelad i Stockholm den 11 juni 2012

## KLAGANDE

Fresenius Kabi AB, 556561-6058

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur. kand. Sara-Li Olovsson  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

## MOTPART

Västra Götalandsregionen  
Linda Stalfors  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs beslut den 2 mars 2012 i mål nr 1203-12

## SAKEN

Inhibition av dom i mål om offentlig upphandling

## HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens beslut om inhibition av förvaltningsrättens dom.

Dok.Id 120511

Postadress  
Box 2293  
103 17 Stockholm

Besöksadress  
Birger Jarls torg 13

Telefon  
08-561 676 00

E-post:  
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax  
08-561 678 20

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-16:30

**BAKGRUND**

Västra Götalandsregionen har genomfört en upphandling avseende livsmedel för särskilda näringsändamål och sondmatningstillbehör. Ett första tilldelningsbeslut fattades den 22 juni 2011 varefter avtal ingicks. Därefter fattade regionen ett nytt beslut den 2 september 2011.

Fresenius Kabi AB (bolaget) ansökte om överprövning av beslutet från den 2 september 2011. Enligt bolaget utgjorde beslutet en otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten i Göteborg biföll ansökningen på så sätt att det ingångna avtalet förklarades ogiltigt i de delar som var hänförliga till det beslutet. Regionen överklagade förvaltningsrättens dom hos Kammarrätten i Göteborg som genom det överklagade beslutet meddelade prövningstillstånd och förordnade att förvaltningsrättens dom tills vidare inte skulle gälla (inhibition).

**YRKANDEN M.M.**

Bolaget yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska besluta att kammarrättens inhibitionsbeslut inte ska gälla och att det interimistiskt ska förordnas att regionen inte får fullgöra avtalet i lydelsen enligt beslutet den 2 september 2011. Bolaget anför i huvudsak följande. Frågan om vid vilken tidpunkt en dom om ogiltighet vinner tillämpning har inte prövats av Högsta förvaltningsdomstolen. Vid en fortsatt tillämpning av ett avtal som förklarats ogiltigt är det knappast fråga om en fortsättning på upphandlingen på så sätt att kontraktsskrivning utgör hinder för överprövning. Det är snarare fråga om att låta köp av viss vara eller tjänst fortgå vilket inte hindrar möjligheten till fortsatt prövning men däremot kan leda till stora förluster för leverantörer.

Regionen bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Regionens inställning är att ett beslut om ogiltigförklaring gäller omedelbart. I annat fall skulle syftet med att ogiltigförklara ett avtal motverkas. Det skulle innebära en respit för den upphandlande myndigheten att snabbt få ut så mycket som möjligt av ingånget avtal innan tiden löper ut. Ett sådant förfarande innebär

en stor risk för vinnande leverantör. Konsekvenserna av ett beslut om att göra om en upphandling och ett beslut om ogiltigförklaring av ett avtal är desamma.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 16 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, finns bestämmelser som gör det möjligt för domstol att ogiltigförklara ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Kammarrätten har förordnat att förvaltningsrättens dom om ogiltigförklaring av ett avtal tills vidare inte ska gälla. En förutsättning för ett sådant beslut är att domen om ogiltigförklaring gäller omedelbart.

Huvudregeln är att förvaltningsdomstols avgörande är verkställbart först sedan det vunnit laga kraft. I författning kan emellertid föreskrivas att ett avgörande ska gälla omedelbart. Några sådana bestämmelser finns inte i LOU. Undantag från huvudregeln kan även motiveras av att beslutet är av sådan karaktär att det måste anses gälla omedelbart för att det ska kunna fylla sin funktion. Ett exempel på det senare förhållandet är RÅ 2005 ref. 17, där Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att en dom om att en upphandling ska göras om gäller omedelbart i den del domen kan sägas innefatta ett förbud mot att fortsätta upphandlingen.

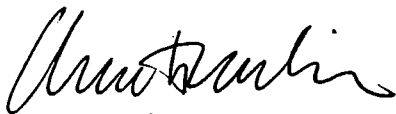
I förevarande mål är situationen en annan. Upphandlingsförfarandet har slutförts. Det är fråga om ett avtal som ingåtts mellan två parter och där ett civilrättsligt bindande förhållande har etablerats dem emellan.

En ogiltigförklaring av ett avtal innebär att gjorda prestationer ska gå åter. I den mån en återgång inte kan ske (t.ex. avseende tjänster som levererats) ska avtalets ogiltighet regleras på så sätt att parternas förmögenhetssituation återställs till hur den var innan avtalet ingicks. Till detta kommer den rätt till skadestånd som kan tillkomma leverantör, oavsett om denne är avtalspart eller inte (prop. 2009/10:180, del 1, s. 136, 225 f. och 361 f.).

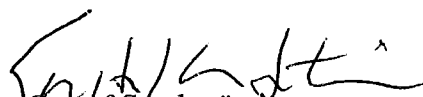
Mål nr  
1631-12

Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att förvaltningsrättens beslut att ogiltigförklara det ingångna avtalet inte var av sådant slag att det finns skäl att avvika från huvudregeln. Det saknades därmed förutsättningar för kammarrätten att besluta att förvaltningsrättens dom tills vidare inte skulle gälla.

Bolagets yrkande avseende kammarrättens inhibitionsbeslut ska således bifallas. I det överklagade beslutet har kammarrätten endast tagit ställning till yrkandet om inhibition. Bolagets yrkande att regionen inte ska få fullgöra avtalet föranleder ingen åtgärd i detta mål.



Mats Melin




Gustaf Sandström




Eskil Nord



Helena Jäderblom



Christer Silfverberg



Maria Andersson  
Föredragande justitiesekreterare

Avd. I

Föredraget 2012-05-16



### RÄTTEN

Tf. kammarrättslagmannen Ingvar Johansson, ordförande  
Kammarrättsrådet Per-Olof Dahlin  
Kammarrättsrådet Magnus Lundberg, referent

### FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE

Referenten

### KLAGANDE

Västra Götalandsregionen

Ombud: Linda Stalfors  
Västra Götalandsregionen  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

### MOTPART

Fresenius Kabi AB, 556561-6058  
751 74 Uppsala

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Sara-Li Olovsson  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

### ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 1 februari 2012 i  
mål nr 9787-11, se bilaga A

### SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU; nu  
fråga om inhibition m.m.

---

Föredraganden anmäler följande.

Kammarrätten har den 2 mars 2012 meddelat prövningstillstånd i målet och förordnat att den överklagade domen tills vidare inte ska gälla.

Fresenius Kabi AB (Fresenius) yrkar i sitt svar på överklagandet att kammarrätten ska upphäva beslutet att den överklagade domen tills vidare inte ska gälla. I andra hand får bolaget anses yrka att kammarrätten interimistiskt förordnar att Västra

Götalandsregionen (Regionen) inte får fullgöra avtalen i lydelse enligt det andra tilldelningsbeslutet samt att kammarrätten ålägger regionen att justera sin information på beställningsportaler och produktkataloger i enlighet med kammarrättens beslut. Fresenius anför bl.a. följande. Bolaget tolkar kammarrättens beslut på det sättet att kammarrätten anser att förvaltningsrättens dom trätt i omedelbar tillämpning. För att bolaget ska undvika rättsförlust på så vis att stora leveranser av produkter sker i enlighet med det andra tilldelningsbeslutet, bör kammarrätten ompröva och upphäva sitt beslut eller interimistiskt förordna att avtalen inte får fullgöras i lydelse enligt detta tilldelningsbeslut. Fresenius har inget att invända mot att avtalen tillämpas i den innebörd de har enligt det ursprungliga tilldelningsbeslutet. Om fullgörande enligt avtalen får fortsätta att ske kommer Fresenius att gå miste om att få sälja sina produkter inom avtalet, jämfört med om avtalen skulle tillämpas i enlighet med det första tilldelningsbeslutet. Fresenius riskerar därmed att lida irreparabel skada eftersom de förbrukade produkterna inte kommer att köpas igen. Den enda skada som kan drabba Regionen om avtalen inte får fullgöras är ett försenat ikraftträdande av dem i den lydelse de har med beaktande av det andra tilldelningsbeslutet. Denna olägenhet kan inte vara större än den skada som drabbar Fresenius för det fall fullgörandet av avtalen inte stoppas. Regionen kan tillgodose sitt behov av produkter enligt avtalet baserat på det första tilldelningsbeslutet. Den intresseavvägning som ska göras enligt 16 kap. 4 § LOU utfaller till Fresenius fördel.

Efter föredragning fattar kammarrätten följande

## **BESLUT**

Kammarrätten avslår Fresenius yrkanden angående inhibition och interimistiskt förordnande i övrigt.

## **SKÅL FÖR BESLUTET**

Regionen har genomfört en upphandling i syfte att ingå ramavtal avseende livsmedel för särskilda näringsändamål och sondmatningstillbehör. Tilldelningsbeslut

har meddelats den 22 juni 2011 och avtal ingåtts den 29 augusti 2011. Regionen har därefter den 2 september 2011 fattat ytterligare ett tilldelningsbeslut. Fresenius har i sin ansökan om överprövning bl.a. gjort gällande att Regionens avtal, i utformning med tillägg och ändringar utifrån det andra tilldelningsbeslutet, har tillkommit i strid med LOU och att de ska förklaras ogiltiga. Förvaltningsrättens dom innebär bifall till Fresenius talan i detta avseende.

Förvaltningsrättens dom att i viss del förklara ingånget avtal ogiltigt får anses innefatta ett förbud att tillämpa avtalet i denna del. Enligt kammarrättens mening måste ett sådant förbud anses gälla omedelbart om inte annat förordnats (jfr RA 2005 ref. 17). Kammarrätten anser således att domen kommit att gälla omedelbart och att det därför finns formella förutsättningar för beslut om inhibition enligt 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. Enligt bestämmelsen kan domstol som har att pröva ett överklagande bl.a. förordna att det överklagade avgörandet, om det annars skulle gälla omedelbart, tills vidare inte ska gälla.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. Rätten får avstå att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

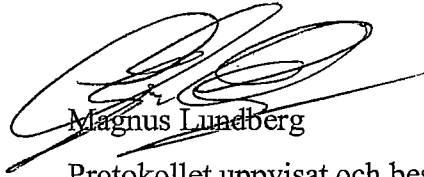
Nu angivna bestämmelse i LOU – som ger förutsättningar för rätten att på yrkande av leverantör interimistiskt förordna att ett avtal inte får fullgöras – reglerar inte frågan om inhibition av ett överklagat avgörande och kan inte anses utgöra hinder för tillämpning av 28 § FPL i det avseendet (jfr 2 § FPL). Omvänt hindrar inte heller 28 § FPL tillämpning av 16 kap. 4 § LOU.

På grundval av vad som hittills förevarit i målet finner kammarrätten sannolikt att det saknas förutsättningar för ogiltigförklaring av Regionens avtal i enlighet med den ansökan om överprövning som gjorts av Fresenius. Vid sådant förhållande anser kammarrätten att inhibitionsbeslutet den 2 mars 2012 ska bestå. Det som Fresenius anfört bl.a. om sin skada i förhållande till skada för Regionen ändrar inte bedömningen och medför enligt kammarrättens mening inte heller att det

finns skäl för interimistiskt beslut enligt 16 kap. 4 § LOU. Fresenius yrkanden ska därför avslås.

---

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



Magnus Lundberg

Protokollet uppvisat och beslut meddelat

2012 -03- 19







**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**  
2012-02-01  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
9787-11 E  
Enhet 2:2

### **SÖKANDE**

Fresenius Kabi AB, 556561-6058  
751 74 Uppsala

Ombud: Advokaten Anna Ulfsson och  
Jur.kand. Sara-Li Olovsson  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

### **MOTPART**

1. Västra Götalands läns landsting, 232100-0131  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

2. Nutricia Nordica AB, 556242-0348  
Box 3142  
169 03 Solna

### **SAKEN**

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

---

### **DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att avtalet förklaras ogiltigt och således inte får tas i anspråk i de delar som är hänförliga till tilldelningsbeslutet från den 2 september 2011 och därtill hörande sortimentsbilagor.

Dok.Id 119161

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenigoteborg@dom.se">forvaltningsrattenigoteborg@dom.se</a>	031 - 711 78 59	måndag - fredag 09:00-15:00

## BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (Regionen) har genomfört en upphandling avseende Livsmedel för särskilda näringsändamål och sondmatningstillbehör, dnr SN144-2001. Upphandlingen syftar till ramavtal och annan fördelningsnyckel tillämpas. Av tilldelningsbeslut den 22 juni 2011 (det första tilldelningsbeslutet) framgår att 14 leverantörer antagits, varav Fresenius Kabi AB (Bolaget) och Nutricia Nordica AB (Nutricia) är två av dem. Sedan tilldelningsbeslutet vunnit laga kraft tecknades avtal den 29 augusti 2011. Regionen har därefter, den 2 september 2011, fattat ytterligare ett tilldelningsbeslut (det andra tilldelningsbeslutet) i samma upphandling och hänvisar däri till det första tilldelningsbeslutet och gällande avtal.

## YRKANDEN M.M.

**Fresenius Kabi AB (Bolaget)** har ansökt om överprövning av det andra tilldelningsbeslutet och yrkar i första hand om rättelse på så sätt att förvaltningsrätten ska förordna att det andra tilldelningsbeslutet ska upphävas och bortses från samt förordna att det första tilldelningsbeslutet ska gälla. I andra hand yrkar Bolaget att avtalen, såsom de är utformade med tillägg och ändringar utifrån det andra tilldelningsbeslutet, utgör en otillåten upphandling och därför ska ogiltigförklaras. Avtalen med ändringar och tillägg i enlighet med det andra tilldelningsbeslutet ska därför förklaras ogiltiga och att de redan undertecknade avtalen baserade på det första tilldelningsbeslutet ska bestå. Till stöd för yrkandena anförs i huvudsak följande. Av det första tilldelningsbeslutet framgår att Regionen antagit ett antal produkter, vilka markerats med kryss. Avtal signerades av parterna den 29 augusti 2011 och var planerade att börja löpa från och med den 1 november 2011. Den 31 augusti 2011 skickade Regionen ett förtydligande till antagna leverantörer som innebar att antagna produkter utökades på så sätt att samtliga produkter som hade antagits i någon kategori numera skulle finnas tillgängliga i samtliga smaker inom ramavtalet. Från att ha varit antagen för t.ex. två smaker för en viss produkt i en kategori skulle leverantören i stället få

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

offerera alla smaker avseende denna produkt inom ramavtalet. I svar på ett brev skickat till ansvarig upphandlare fick Bolaget del av det andra tilldelningsbeslutet, i vilket ett stort antal smaker och ett antal helt nya produkter hade tillkommit för andra leverantörer än Bolaget jämfört med resultatet i det första tilldelningsbeslutet. Eftersom det första tilldelningsbeslutet vunnit laga kraft och avtal skrivits saknas det förutsättningar att tillmäta det andra tilldelningsbeslutet någon betydelse. Upphandlingen var således avslutad innan det andra tilldelningsbeslutet fattades. Det har därmed inte funnits legala möjligheter att åter öppna anbudsutvärderingen och meddela nya tilldelningsbeslut. Särskilt inte som det andra tilldelningsbeslutet innebär en väsentlig utvidgning av antagna produkter.

Visserligen håller Bolaget med Regionen om att det av anbudsinvjudan framgår att Regionen förbehåller sig rätten att efter utvärderingens utfall välja i produktens utbud av smaker i de fall detta är aktuellt. Det framgår dock inte av dessa skrivningar att det alldeles oavsett vad som har ingått i det första tilldelningsbeslutet står Regionen fritt att lägga till nya produkter med andra smaker. Även om förbehållet inte är tidsbegränsat i förfrågningsunderlaget så följer av syftet med LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och transparens att det inte är möjligt att inom ett upphandlat avtal förbehålla sig rätten att ändra avtalets omfattning efter det att avtalet tecknats. Det framgår även av fråga fem i Regionens egna "frågor och svar" att anbudsgivarna, när det gäller kosttillägg som finns i olika smaker, ska lägga till rader i bilagan sortimentsbilaga för att få med korrekt artikelnummer. Bolaget har i sin sortimentsbilaga lagt till rader för flera smaker och har på så vis fått med de korrekta artikelnumren. Detta anbud har sedan legat till grund för utvärderingen och antagandet av anbud som skett i det första tilldelningsbeslutet och därtill bifogad bilaga med kryss för de artikelnummer som antagits. Regionens kryss i denna bilaga kan omöjligt tas på annat sätt än att det är just de produkterna som antagits och som kommer att inkluderas i avtalen. Därtill har även ett några helt nya produkter tillkommit i det andra tilldelningsbeslutet. Som exempel kan nämnas produkterna Fortimel drink och Renilon 7.5 som inte fanns med i det första

tilldelningsbeslutet. Andra exempel är positionerna 10 sondnäring standard med fiber, 20 sondnäring standard utan fiber och 60 sondnäring energirik utan fiber där det enligt förfrågningsunderlaget endast skulle upphandlas en produkt för denna kategori. I första tilldelningsbeslutet finns således enbart en produkt upphandlad. I den produktkatalog för näringsprodukter som gäller fr.o.m. den 1 november 2011 och därmed tillämpas i enlighet med det andra tilldelningsbeslutet finns däremot tre produkter upptagna. Ytterligare två produkter – Novasource GI Control och Isosource Mix – som inte ens finns offererade eller upptagna i varken det första eller det andra tilldelningsbeslutet har tillkommit. Regionen har således godtyckligt lagt till helt nya produkter till upphandlingen. Produkterna har upphandlats utan något som helst förfarande och därmed har Regionen gjort sig skyldig till otillåtna direktupphandlingar, varför avtalen i dessa delar också ska ogiltigförklaras.

Konsekvensen av Regionens agerande blir att det i praktiken är möjligt att under ett avtals löptid och så länge anbuden är giltiga utvidga avtalet till att omfatta fler och fler produkter efter fritt skön genom att meddela nya tilldelningsbeslut efter behov. Agerandet strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i LOU eftersom det ger den upphandlande myndigheten stort utrymme för godtyckliga bedömningar. Det andra tilldelningsbeslutet har uppenbarligen gynnat vissa leverantörer på bekostnad av bland annat Bolaget. Som exempel kan nämnas positionerna 200, 210, 220 och 240. Bolagets antagna produkter i det andra tilldelningsbeslutet är oförändrade medan andra leverantörer såsom exempelvis Nutricia får närmare 30 ytterligare produkter upphandlade för såväl öppen- som slutenvård, vilket innebär nästan 60 nya möjligheter att sälja sina produkter inom avtalet.

Regionen har hävdad att Bolaget i sin offert satt ett kryss vid sina produkter och att detta kryss sedan följt med till sammanställningen, dvs. att Regionen endast fört över de förkryssade produkterna till tilldelningsbeslutet. Detta påstående bestrids av Bolaget då Regionen inte har kryssat i vissa av Bolagets offererade produkter i det första tilldelningsbeslutet. Det gäller t.ex.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG  
Avdelning 2

DOM

produkterna Fresubin 2 kCal Drink och Fresubin 2kCal Fiber Drink av den generiska produkten Blandade flak för öppenvården. Det framstår därmed tydligt att Regionen gjort ett aktivt val att inte anta dessa produkter. Med hänvisning till upphandlingsreglerna får inte produkter, som kan påverka den totala efterfrågan och möjligheten att sälja för en leverantör, tillkomma efter tilldelningsbeslut och lagakraftvunnet avtal. Att det enbart varit oklart för Bolaget att produkterna som inkluderats i det andra tilldelningsbeslutet inte redan var upphandlade i och med det första tilldelningsbeslutet kan av förklarliga skäl bero på att andra leverantörer saknat incitament att ha synpunkter på det andra tilldelningsbeslutet eftersom de fått stora delar av sina sortiment tillagda.

Bolaget har anpassat sin produktion och byggt upp sitt lager så att dessa skulle tillgodose alla behov utifrån gällande avtal. För Bolagets del innebar det första tilldelningsbeslutet att Bolaget tveklöst skulle erhållit den absolut övervägande delen av leveranserna. Det andra tilldelningsbeslutet förändrar saken och Bolagets anpassning kan ha gått om intet. Det är således uppenbart att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

**Västra Götalandsregionen (Regionen)** bestrider Bolagets yrkanden och anför i huvudsak följande. Efter att Regionen utvärderat de kvalificerade anbuderna antogs ett antal leverantörer enligt tilldelningsbeslut med tillhörande bilaga som meddelades den 22 juni 2011. Då detta tilldelningsbeslut inte överprövades tecknades avtal med både bl.a. Bolaget och Nutricia den 29 augusti 2011. I ett förtydligande den 31 augusti 2011 meddelade Regionen att det i vissa angivna positioner uteblivit ett kryss där produktens smakutbud angetts. Regionen intygade att samtliga smaker skulle tillhandahållas. Förtydligandet innebar ingen förändring av tilldelningsbeslutet eller avtalet utan förklarade bara att de antagna leverantörernas offererade produkter blivit antagna utifrån sin generiska benämning oavsett smaker. Avtalet som tecknades har aldrig varit ämnat att ändras. Informationen som lämnades vid tilldelningsbeslutet den 22 juni 2011 och därefter överfördes till avtalet den 29 augusti 2011 är densamma trots att ett förtydligande skett

därefter. Detta framgår även av det senare tilldelningsbeslutet från den 2 september 2011. Det är således den generiska produkten som har varit föremål för upphandling och inte smaken i sig. Trots det hade alla leverantörer valt att under offererad produkt även lägga till information om vilka smaker produkten finns i. Leverantörerna har lämnat informationen genom att kopiera antalet rader i förfrågningsunderlaget så att nya rader uppkom där produktens smak och produktnummer kunde läggas till. Den informationen var alltså inte en efterfrågad uppgift. Regionen har dock i "frågor och svar" från den 17 februari 2011 på frågan angående tillvägagångssätt för att ange smakutbud, angett att leverantören får kopiera nya rader i dokumentet. På frågan angående information om smakutbudet har Regionen i "frågor och svar" från den 8 mars 2011 angett att en produkt ska anges per position oavsett hur många smaker produkten finns i. Detta styrker Regionens uppfattning om att frågan om smakutbud inte varit en efterfrågad och därmed inte heller utvärderad uppgift i upphandlingen. Både Bolaget och Nutricia har gjort denna typ av tillägg i förfrågningsunderlaget. Det som skiljer dem åt är att Bolaget har kopierat alla rutor under en position för att få ytterligare rader att fylla i medan Nutricia enbart kopierat raderna där smak och produktnummer kan anges under den aktuella positionen och inte mångfaldig informationen angående mottagare av produkten, dvs. öppen- eller slutenvård. Regionen har endast utvärderat den efterfrågade produkten och har inte haft något krav på den extrainformation som leverantörerna valt att lämna. Bolagets påstående bygger således på en feltolkning av det första tilldelningsbeslutet då det inte finns något krav på att leverantören ska fylla i vilka mottagare de avser att leverera produkten till. Detta framgår även tydligt i "frågor och svar" från den 17 februari 2011 där det anges att positionerna avseende näringsdryck avser både öppen- och slutenvård samt att det räcker att ange en produkt per position oavsett smakutbud. Med hänsyn till att Nutricia genomgående i förfrågningsunderlaget utelämnat krysset i tillkomna rutor för frågan om öppen- respektive slutenvård har varken Regionen eller någon annan anbudsgivare förutom Bolaget sett detta som något oklart. Då tillägg av smaker och produktnummer varit frivillig har detta inte påverkat utvärderingen eller frågan om tilldelning. Detta innebär att om

en leverantör har tilldelats en viss position ingår den specifika produkten i upphandlingen oavsett smak. Eftersom Bolaget ifrågasatte det av Regionen utskickade förtydligandet valde Regionen att gå ut med ett formellt förtydligande som då kallades för tilldelningsbeslut. I detta andra tilldelningsbeslut angavs tydligt att avtalet från den 29 augusti 2011 gäller och att Regionen endast meddelade vilken innebörd det avtalet skulle ha. Skillnaden var att Regionen i den bilaga som följde med det andra tilldelningsbeslutet nu fyllt i kryssen för öppen- och slutenvård vid Nutricias tillagda smaker. Detta för att visa att även Nutricias hela smakutbud var antaget enligt tilldelningsbeslutet.

Det s.k. andra tilldelningsbeslutet har aldrig haft för avsikt att ersätta det första. Det har i stället handlat om ett förtydligande av en del i upphandlingen som av en leverantör feltolkats. Detta andra tilldelningsbeslut har endast vänt sig till de leverantörer som blivit antagna i upphandlingen. Någon ny upphandling eller något nytt avtal har det aldrig varit fråga om. Så här i efterhand anser Regionen att det var mindre lyckat att kalla förtydligandet för tilldelningsbeslut eftersom det lett till flera missförstånd hos Bolaget. Det finns dock inte någon grund i Bolagets åsikt om att de påstådda tilläggen skulle utgöra otillåtna direktupphandlingar alternativt väsentliga förändringar i redan ingångna avtal. Vidare anser Regionen att regelverket i LOU inte tillåter en överprövning av en upphandling efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Det är således inte möjligt att pröva frågan i domstol. Därtill kan Bolaget inte anses ha lidit skada med tanke på den korta tid som förflutit mellan avtal och förtydligande samt att någon exakt kvantitet aldrig har garanterats. Någon beräkning av förväntad försäljning har därför inte kunnat göras.

Regionen har också i anbudsinvjudan förbehållit sig rätten att välja bland smakutbudet och detta förbehåll är enligt Regionens mening inte tidsbegränsat såsom Bolaget ansett det vara. Förbehållet är avsett att gälla först efter genomförd utvärdering för att på så sätt inte påverka vare sig kvalificeringen eller utvärderingen av den generiska produkten. Förbehållet ger

möjligheten för en leverantör som är bunden till avtalet under tre till fyra år att utveckla den antagna produkten och följa marknadens behov av t.ex. nya smaker. Bolagets resonemang skulle innebära en begränsning för båda parter då ett avtal som löper under flera år inte skulle ge utrymme för nya smaker inom samma generiska produkt. Förutom förbehållet gällande redan antagna produkter står det även i avtalet mellan parterna att "nya produkter inom det upphandlade produktområdet som lanseras av leverantören kan efter Landstingets val ingå i avtalet". Av punkten 10 i avtalet framgår också att det finns möjlighet för en leverantör som ersätter eller förbättrar en produkt under avtalstiden att erbjuda denna till ett visst pris. Den här informationen, som finns angiven i både förfrågningsunderlaget och avtalet, har alltigenom varit öppen och likalydande för alla leverantörer. Upphandlingen gäller den generiska produkten och ett förbehåll angående olika smakvariationer kan inte anses stå i strid med bestämmelserna i LOU. Förbehållet lämnar ingen öppning för en ny generisk produkt utan behandlar alla leverantörer lika. Det saknas därför stöd för påståendet att upphandlingen inte skulle följa syftet med LOU och bryta mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. I sammanhanget kan nämnas att även Bolaget ansett det vara i sin ordning att lägga till en smak av en av Bolagets egna antagna produkt i avtalet. Detta skedde vid en förfrågan av Regionen så sent som den 10 oktober 2011. Regionen menar därmed att förbehållet i anbudsinbjudan gäller även efter det att avtal har tecknats och att Bolagets påstående om förbehållets sluttidpunkt är en efterhandskonstruktion.

Vad gäller produkterna Fortimel och Renilon som Bolaget hävdar är nytillkomna kan Regionen bara konstatera att dessa var antagna redan vid det första tilldelningsbeslutet. Någon ny produkt har således inte tillkommit. Det framgår av positionerna 90, 200, 210, 220, 240, 250 och 310 i bilaga 1 till det första tilldelningsbeslutet under artikelsammanställningen och fliken huvudsortiment. På fem av de nämnda positionerna har Bolaget inte någon konkurrerande produkt vilket innebär att Bolaget inte berörs av de antagna produkterna. Vad beträffar produkterna sondnäring så är det produkter som inte berörs i de nu omstridda tilldelningsbesluten.



När det gäller skada anser Regionen att den stora skadan är den humanitära skadan som inte drabbar Bolaget. Det är i stället patienterna som måste ställa om sitt behov av en viss produkt till en annan om ett eventuellt ogiltigförklarande av avtalet skulle komma ifråga. Eftersom en förändring av denna typ innebär att patienternas hälsotillstånd kan äventyras anser Regionen den ekonomiska skadan som drabbar leverantörer som inte längre får sälja sina produkter inte har varit aktuell att hävda.

### DOMSKÄL

#### *Tillämpliga bestämmelser*

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

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iaktas.

Enligt 16 kap. 15 § första stycket 1 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 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Regionen har upphandlat livsmedel för särskilda näringsändamål och sondmatningstillbehör. Av tilldelningsbeslutet den 22 juni 2011 framgår att bl.a. Bolaget och Nutricia antagits som leverantörer. Till tilldelningsbeslutet finns också en sortimentsbilaga. Av sortimentsbilagan går att utläsa positioner, produktbenämningar, leverantörer, leverantörernas produktnamn och smakutbud, artikelnummer osv. Efter produktens benämning finns två kolumner som har rubrikerna ”upphandlas för öppenvård” respektive ”upphandlas för slutenvård”. De flesta, dock inte alla, fält för öppen- och slutenvård har markerats med kryss, vilket enligt förvaltningsrättens mening inte kan förstås på annat sätt än att kryssmarkerade produkter har antagits för upphandling. Sedan tilldelningsbeslutet vunnit laga kraft tecknades avtal den 29 augusti 2011. Regionen har därefter, den 2 september 2011, fattat ytterligare ett tilldelningsbeslut vari hänvisas till det första tilldelningsbeslutet och gällande avtal. Även till detta tilldelningsbeslut finns en sortimentsbilaga där fler smaker och produkter är kryssmarkerade i jämförelse med sortimentsbilagan till det första tilldelningsbeslutet. Bolaget har anfört att Regionen brutit mot bestämmelserna i LOU när dels smakutbudet för antagna produkter väsentligen utökats dels nya produkter tillkommit i det andra tilldelningsbeslutet. Regionen har anfört att det inte tillkommit något nytt avtal eller skett några förändringar eller tillägg till gällande avtal utan att det andra tilldelningsbeslutet enbart har varit ett förtydligande.

Det är ostridigt att något nytt avtal inte har tecknats efter det andra tilldelningsbeslutet. Det enda existerande avtalet är således det som tecknades den 29 augusti 2011. Även om något nytt avtal inte har slutits anser förvaltningsrätten att det är klarlagt att det skett flera förändringar mellan det första och andra tilldelningsbeslutet. Det finns således ett utökat antal produkter och väsentligt större antal varianter av de olika produkterna än vad som framgår av den ursprungliga sortimentsbilagan. Regionen gör gällande att någon förändring inte har skett. Mot denna uppfattning talar det förhållandet att ett ytterligare tilldelningsbeslut faktiskt har fattats och att om några

förändringar i utbudet inte hade skett så hade inte heller något ytterligare tilldelningsbeslut behövts. Frågan i målet är hur dessa förändringar i produktsortimentet ska bedömas.

Regionen anser att utvidgningen av smakutbudet gäller alla leverantörer och att förtydligandet endast förklarar att de antagna leverantörernas offererade produkter blivit antagna utifrån sin generiska benämning oavsett smaker. Visserligen framgår det av Regionens "frågor och svar" inför anbudsgivningen att enbart en produkt per position behöver anges oavsett smakutbud. Det kan i och för sig också ha varit avsikten att alla smaker och alla produkter skulle finnas tillgängliga. Avtalet med tillhörande sortimentsbilaga i enlighet med det första tilldelningsbeslutet visar dock inte på en sådan avsikt.

Det kravet måste kunna ställas på tilldelningsbeslutet att det klart framgår vilka produkter inklusive smaker som har upphandlats. Enligt förvaltningsrättens mening finns det en tydlig skillnad mellan det första och det andra tilldelningsbeslutet i det avseendet. Exempelvis tillhandahåller Nutricia under position 240 två olika produkter. Den ena Fortimel Extra finns i fem smaker och den andra Fortimel finns i fyra smaker. Enligt det första tilldelningsbeslutet har endast en av smakerna för Fortimel Extra kryssats i för både öppen- och slutenvård och ingen av smakerna har kryssats i för Fortimel. Enligt det andra tilldelningsbeslutet har samtliga smaker kryssats i för båda produkterna för både öppen- och slutenvård. Under position 310 tillhandahåller Nutricia både Renilon 4,0 och Renilon 7,5 i två smaker vardera. Enligt det första tilldelningsbeslutet är enbart en smak kryssmarkerad för Renilon 4,0 för både öppen- och slutenvård och ingen smak för Renilon 7,5. Enligt det andra tilldelningsbeslutet är båda smakerna kryssmarkerade för båda produkterna för både öppen- och slutenvård. Andra exempel är positionerna 190, 200, 210, 220, 250 och 300 där allt från två till sex ytterligare smaker kryssmarkerats för både öppen- och slutenvård till Nutricias förmån i sortimentsbilagan tillhörande det andra tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten drar slutsatsen att inte bara nya smaker i en mycket stor omfattning

utan också två helt nya produkter har lagts till den ursprungliga sortimentsbilagan.

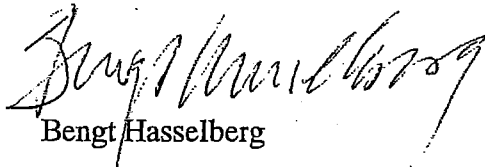
Frågan blir då om avtalet har getts ett väsentligt annat innehåll genom de omfattande tillägg som har skett eller om tilläggen kan ses som en komplettering eller ett förtydligande av villkoren inom ramen för avtalet. Det kan i och för sig vara så att misstag har begåtts på det sättet att kryssen inte har följt med från förfrågningsunderlaget och anbudet in i den sortimentsbilaga som legat till grund för avtalet och att det av den anledningen har funnits ett intresse att rätta till detta förhållande. Det får emellertid konsekvenser på så sätt att både nya produkter och ett större sortiment av angivna produkter har kommit till. Det ändrar radikalt förutsättningarna för tillämpningen av det redan ingångna avtalet till fördel för vissa och till nackdel för andra avtalslutande parter genom en markant avvikelse i utbudet av produkter.

Förvaltningsrätten anser således att tilläggen och ändringarna i det andra tilldelningsbeslutet från den 2 september 2011 är så omfattande att de inte kan ses som en komplettering eller ett förtydligande av villkoren inom ramen för avtalet utan snarare får betraktas som en form av ett tilläggs- eller sidoavtal och som rätteligen skulle ha föregåtts av ett annonserat förfarande enligt LOU. Vid en sådan brist i förfarandet får avvikelserna betraktas som en otillåten direktupphandling. Mot denna bakgrund ska ansökan bifallas och avtalet, i sin utvidgade form i de delar som är att hänföra till det andra tilldelningsbeslutet och därtill hörande bilagor, förklaras ogiltigt.

Förvaltningsrätten konstaterar slutligen att en skada inte är något krav vid ogiltigförklaring, varför det inte har någon betydelse att Bolaget inte har några konkurrerande produkter under t.ex. positionerna 190, 200, 240 och 310.

I och med denna dom upphör tidigare meddelad inhibition att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Bengt Hasselberg  
Rådman

Föredragande i målet har varit Carina Nithander.