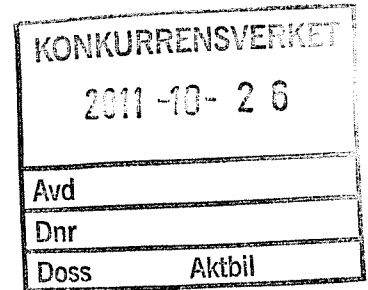




BESLUT

2011-10-24
Meddelat i Stockholm



KLAGANDE
Teknodont AB, 556561-7031

Ombud:
Advokaterna Nicklas Hansson och Torgny Nordqvist
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART
Folk tandvården Stockholms Län AB, 556574-3597

Ombud:
Advokaten Tomas Kjellgren samt jur.kand. Daniel Björklund och
Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 11 maj 2011 i mål nr 9244-11,
se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten skriver av målet från vidare handläggning.

YRKANDEN M.M.

Teknodont AB yrkar att kammarrätten ska ogiltigförklara beslutet att avbryta upphandlingen.

Folktandvården Stockholms Län AB yrkar att målet ska skrivas av från vidare handläggning.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Teknodont AB anför i sitt överklagande att förvaltningsrätten borde ha ogiltigförklarat beslutet att avbryta upphandlingen, trots att giltighetstiden hade löpt ut.

EU-domstolen uttalade i målet C-92/00 att ett beslut att avbryta en upphandling ska kunna överprövas och i förekommande fall ogiltigförklaras. Domstolen erinrade härvid om medlemsstaternas skyldighet att inrätta adekvata prövningsförfaranden för fall där det hävdas att förfaranden vid offentlig upphandling är rättsstridiga.

I rättsfallet RÅ 2008 not. 26 ansåg Högsta förvaltningsdomstolen att den omständigheten att giltighetstiden för de i upphandlingen aktuella anbuden hade gått ut inte utgjorde hinder för att i sak pröva ansökan om överprövning.

Kammarrätten anser mot bakgrund av dessa avgöranden att förvaltningsrätten, som kom fram till att beslutet att avbryta upphandlingen stred mot lagen om offentlig upphandling, borde ha förordnat om rättelse på så sätt att beslutet att avbryta upphandlingen ogiltigförklarades. Det var således felaktigt av förvaltningsrätten att, med hänvisning till att giltighetstiden för anbuden hade löpt ut, inte förordna om någon åtgärd.

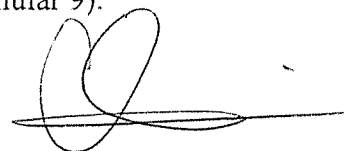
Folkvandvården Stockholms Län AB har den 8 september 2011 beslutat att upphäva sitt tidigare beslut att avbryta upphandlingen. Föremålet för kammarrättens prövning har därmed förfallit. Målet ska därför skrivas av från vidare handläggning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

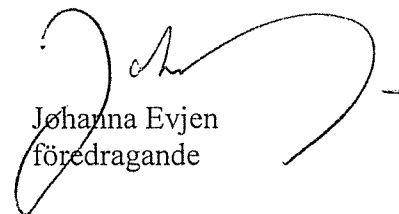


Eva Lindeblad
kammarrättsråd
ordförande

Peter Dinnetz
kammarrättsråd



Christian Finnerman
tf assessor
referent



Johanna Evjen
föredragande



SÖKANDE

Teknodont AB, 556561-7031
Box 40021
214 10 Malmö

Ombud: Advokaterna Nicklas Hansson och Torgny Nordqvist
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Folktandvården Stockholms Län AB, 556574-3597
Box 6420
113 82 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Teknodont AB:s ansökan om överprövning på så vis att Folktandvården Stockholms län AB:s beslut att avbryta upphandlingen borde ha ogiltigförklarats. Eftersom anbudens giltighetstid löpt ut den 31 oktober 2010 och någon förlängning av giltighetstiden inte har skett föranleder den sagda bedömningen ingen förvaltningsrättens vidare åtgärd.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Folktandvården Stockholms län AB (FTV) har genomfört en upphandling av tandtekniska tjänster, dnr FTV 200912-0294 (upphandlingen). Upphandlingen genomfördes genom ett förenklat förfarande.

I meddelande, daterat den 25 oktober 2010, informerade FTV om att upphandlingen avbrutits. I upphandlingsprotokoll, daterat den 21 oktober 2010, uppgavs bl.a. följande. För att öka möjligheterna att uppnå fördelaktiga prisvillkor har FTV i förfrågningsunderlaget lämnat en utfästelse på garantivolym. FTV kan efter en genomgång av de priser som lämnats i de anbud som uppfyller ställda krav konstatera att garantin inte gett önskat resultat genom att de priser som erbjuds är likvärdiga eller högre än de som tidigare har avtalats utan att FTV lämnat några utfästelser om en garanterad volym. FTV är inte beredd att teckna avtal innehållande garantivillkor till de priser som aktuella anbud erbjuder i denna upphandling.

Teknodont AB (**bolaget**) ansöker om överprövning och yrkar att beslutet att avbryta upphandlingen ska upphävas. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Ett beslut om avbrytande av en inledd upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och det får inte vara godtyckligt (jfr RÅ 2009 ref. 43). Ett beslut om avbrytande måste alltid följa de grundläggande principerna i fördraget. Ett avbrytande på den grunden att erbjudna priser är högre än vad den upphandlande myndighetens budget tillåter förutsätter att myndigheten informerat anbudsgivare och potentiella anbudsgivare om aktuella budgetramar. FTV har i upphandlingen i efterhand påstått att man utgått från att lämnad volymgaranti skulle medföra 30 procent lägre priser än vad man kunde erhålla utan motsvarande volymgaranti.

Denna omständighet har dock inte i något avseende kommunicerats med anbudsgivarna. Att i efterhand konstruera en grund för avbrytande av upphandlingen är i strid med principen om transparens i upphandlingsförfarandet.

randen. Det har varit omöjligt för anbudsgivarna att förutse förfarandet. FTV har redan i förfrågningsunderlaget kunnat upplysa anbudsgivarna om eventuella budgetramar. Det angivna skälet till avbrytandet av upphandlingen är inte ett sakligt skäl i upphandlingsrättslig mening. Avsaknaden av information om budget och tänkta prisnivåer i förfrågningsunderlaget medför vidare att beslutet om avbrytande är godtyckligt och därmed otillåtet. Bolaget har lämnat lägst pris i fyra delar av upphandlingen och har lämnat det ekonomiskt mest föredelaktiga anbudet i dessa fyra delar. Bolaget har därmed lidit eller i vart fall kunnat komma att lida skada till följd av FTV:s överträdelse av LOU.

FTV yrkar i första hand att målet ska avskrivas eftersom anbudens giltighetstid har löpt ut. I andra hand yrkar FTV att ansökan ska avslås. FTV anför bl.a. följande till stöd för sin talan. FTV har inte brutit mot LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Bolagets ansökan om överprövning gavs in efter det att anbudens giltighetstid gick ut den 31 oktober 2010. Några giltiga anbud finns därför inte i nuläget och FTV är förhindrad att fatta beslut om att anta något av anbudena och slutföra upphandlingen om rätten förordnar att rättelse ska ske (se Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 6097-09). FTV har påbörjat arbetet med en ny upphandling av tandtekniska tjänster. Den beskrivning bolaget har gjort beträffande möjligheterna att avbryta en upphandling är inte uttömmande (se Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 4239-07). Av förfrågningsunderlaget framgår att prisutvärderingen kommer att baseras på den beräknade årsvolymen för respektive del. Uppgifterna om kommande årsvolymen grundas på historiska uppgifter och utgör en bedömning. FTV har i förfrågningsunderlaget redovisat förväntad omfattning av inköpen per år och delar inte bolagets uppfattning att garantiutfästelsen inte tillför ett mervärde till ramavtalet. Upphandlingsprotokollet innehåller inte någon utvärdering av lämnade anbud och det går inte att utläsa av utvärderingsprotokollet vilket anbud som skulle ha stått som vinnare för respektive del.

Tillämpad modell för upphandlingen har inte varit ändamålsenlig och i detta perspektiv har det varit naturligt att välja det alternativ som bäst tillmötesgår alla intresserade leverantörer, nämligen att ompröva modellen och därefter ge samtliga leverantörer möjlighet att lämna anbud utifrån dessa reviderade förutsättningar.

Bolaget har i yttrande uppgett bl.a. följande. Att anbudens giltighetstid har löpt ut utgör inte hinder för att en pågående överprövningsprocess fullföljs (se Kammarrättens i Jönköping dom den 28 oktober 2010 i mål nr 1798-10). Bolaget har inte gjort gällande att FTV bort uppställa särskilda krav i förfrågningsunderlaget avseende en volymgarantis koppling till förmånligare prisvillkor. Avgörande i målet är att FTV i efterhand har konstruerat en modell för vilka prisreduktioner man förväntat sig som en följd av den lämnade volymgarantin.

FTV har i yttrande anfört bl.a. följande. Beträffande anbudens giltighetstid hänvisas till Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6097-09. Det är inte möjligt att rätta en upphandling när giltighetstiden för anbudet har löpt ut.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Denna upphandling har påbörjats före den 15 juli 2010 och därmed tillämpas LOU i den lydelse som var gällande vid denna tidpunkt.

I 1 kap. 9 § LOU anges bl.a. att upphandlande myndigheter ska 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 iakttas.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Efter en ansökan om överprövning från bolaget beslutade förvaltningsrätten den 17 mars 2011 att avskryva målet från vidare handläggning på grund av att anbudens giltighetstid löpt ut den 31 oktober 2010 och att det därmed inte längre fanns några giltiga anbud i upphandlingen. Bolaget överklagade detta beslut till Kammarrätten i Stockholm som den 26 april 2011, genom beslut, upphävde det överklagade beslutet och återförvisade målet till förvaltningsrätten för ny handläggning. Som skäl för återförvisningen angavs att förvaltningsrättens prövning borde ha begränsats till frågan om det funnits förutsättningar att avbryta upphandlingen och om beslutet således skulle ogiltigförklaras eller ej.

Frågan i målet är således om det, vid tidpunkten för FTV:s beslut, funnits förutsättningar att avbryta upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen har i ett avgörande den 4 juni 2009 (RÅ 2009 ref. 43) uttalat bl.a. följande. Möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad. Ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget.

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling. Ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer att göras. Allmänt sett innebär kravet på transparens bl. a. att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt och att aktuella utvärderingskriterier framgår för leverantörerna. Leverantörerna måste kunna förstå vad den upphandlande enheten efterfrågar och, så långt det är möjligt, underrättas om under vilka förutsättningar upphandlingen genomförs. Kravet på transparens bör enligt förvaltningsrätten innebära att även sådana förutsättningar för upphandlingen som i vart fall i någon utsträckning och

med någon säkerhet är kända för den upphandlande enheten, eller avser andra relevanta omständigheter av sådan karaktär att de, om de inträffar, väsentligen rubbar förutsättningarna för upphandlingen framgår av anbudsfrågan.

FTV har i utvärderingsprotokollet, som bifogats beslutet om avbrytande, som skäl för att avbryta upphandlingen uppgett att FTV vid en genomgång av de priser som lämnats i de anbud som uppfyller ställda krav kunnat konstatera att utfästelsen om en garanterad avtalsvolym (50 procent av beräknad årsvolym) inte gett önskat resultat då de priser som erbjudits är likvärdiga eller högre än de som tidigare har avtalats utan att FTV lämnat några utfästelser om en garanterad volym. FTV har vidare uppgett att syftet med utfästelsen om garantivolymen har varit att skapa förutsättningar för FTV att erhålla marknadens mest fördelaktiga priser i förhållande till sin inköpsvolym som är den största i landet och att enligt FTV:s bedömning ska en sådan utfästelse, i kombination med att leverantören får en definierad volym, leda till prissänkningar som inte bör understiga 30 procent i jämförelse med en situation där leverantören inte har fått någon som helst utfästelse om en garanterad avtalsvolym. Det är ostridigt i målet att dessa ekonomiska förväntningar inte framgår av förfrågningsunderlaget i upphandlingen och att de inte heller på annat sätt kommunicerats med anbudsgivarna.

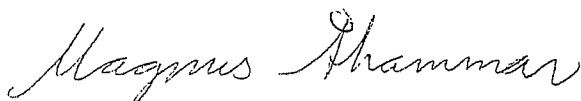
Endast den omständigheten att erbjuda priser anses vara för höga i förhållande till vad som förväntats räcker enligt förvaltningsrätten inte för att utgöra ett sakligt skäl att avbryta en upphandling, i synnerhet då dessa förutsättningar inte har angetts av FTV i anbudsfrågan eller på annat sätt kommunicerats med anbudsgivarna. FTV har vidare inte visat att de priser som lämnats av anbudsgivarna inte skulle vara i någon mening marknadsmässiga även med beaktande av den av FTV lämnade utfästelsen avseende garanterad volym. FTV har inte heller uppgett att de haft en ekonomisk

Allmänna avdelningen

ram/budget i upphandlingen vilken skulle komma att överskridas vid ett antagande av de anbud som FTV haft att ta ställning till.

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att FTV inte har förmått visa att de skäl som anförts till stöd för beslutet att avbryta upphandlingen har varit sakliga. Bolagets ansökan om överprövning ska därför bifallas på så vis att FTV:s beslut att avbryta upphandlingen borde ha ogiltigförklarats. Eftersom anbudens giltighetstid löpt ut den 31 oktober 2010 och någon förlängning av giltighetstiden inte har skett kan denna bedömning inte medföra någon förvaltningsrättens vidare åtgärd. (Vid denna bedömning har förvaltningsrätten utgått ifrån att Kammarrätten ansett att den klagande leverantören har haft ett i detta specifika fall befogat intresse av att få frågan sakprövad. Förvaltningsrätten har inte antagit att en sökande hos förvaltningsrätten i alla lägen har rätt att i motsvarande fall genom en fastställelsetalan få frågan om en avbruten upphandling ska ogiltigförklaras eller inte prövad).

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



Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit Josefin Wirehag.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 Högsta förvaltningsdomstolen
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.