



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-05-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
9239-11
Enhet 17

SÖKANDE

Nya Ulmbrants Dentallaboratorium AB, 556333-8036
Box 26
573 21 Tranås

MOTPART

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

KONKURRENSVERKET	
2011-05-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Nya Ulmbrants Dentallaboratorium 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.

Nya Ulmbrants Dentallaboratorium AB (**bolaget**) ansöker om överprövning och yrkar att beslutet att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Genom att avbryta den pågående upphandlingen utan att påvisa sakliga skäl bryter FTV mot LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som styr offentlig upphandling. FTV har inte ställt upp några budgetramar i vare sig förfrågningsunderlaget eller i Frågor och Svar. För höga kostnader utgör därför inte en saklig grund för att avbryta upphandlingen. Enligt bolagets uppfattning är FTV:s argumentation att garantivolymen borde resultera i 30 procent lägre kostnader helt tagna ur luften. Ett stort antal tandtekniska laboratorier har lämnat anbud på en nivå som enligt bolagets uppfattning är fullt jämförbar med andra tandtekniska upphandlingar som har genomförts under det senaste året. Inte heller detta utgör sakligt skäl för att avbryta upphandlingen. FTV:s uppfattning har inte klargjorts i förfrågningsunderlaget

och agerandet strider mot principen om transparens (öppenhet och förutsebarhet). Genom att avbryta upphandlingen och förkasta samtliga godkända anbud bryter FTV även mot principen om diskriminering av hela den tandtekniska branschen. FTV:s agerande medför betydande skada för bolaget och övriga anbudsgivare eftersom anbuden har blivit godkända och offentliga i samband med upphandlingsprotokollet. I en förnyad upphandling riskerar anbudsgivare som rankats som nummer ett (däribland bolaget) att få en annan rangordning då nuvarande rangordning kan användas som prisjämförelse mellan anbudsgivarna. Risken finns således att bolaget riskerar att förlora hela den volym som enligt utvärderingen skulle ha tillfallit bolaget.

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 anbuden och slutföra upphandlingen försåvitt rätten förordnar att rättelse ska ske. 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. Bolagets påstående om att FTV skulle diskriminera samtliga leverantörer faller på sin egen orimlighet eftersom FTV:s beslut innebär att en ny upphandling ska genomfö-

ras. 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. De priser som redovisas utgör totalpris och det är inte möjligt att utifrån detta utläsa vilka priser respektive anbudsgivare lämnat för respektive position. Av förfrågningsunderlaget framgår att om en anbudsgivare anser att vissa uppgifter i anbudet bör hemlighållas ska detta framgå av anbudet. Om anbudsgivaren inte har några synpunkter kan detta komma att tolkas som att anbudsgivaren inte har några invändningar mot att hela eller delar av anbudet lämnas ut. Vid begäran om utfående av uppgifter avseende ett visst anbud kommer FTV att pröva begäran enligt offentlighets- och sekretesslagen.

Bolaget har i yttrande uppgett bl.a. följande. Beslutet att avbryta upphandlingen togs den 21 oktober och således inom anbudens giltighetstid. Under utvärderingsfasen överprövades upphandlingen vilket försenade utvärderingsfasen kraftigt. Trots detta förändrades inte anbudens giltighetstid vilket innebär att FTV har haft en alltför snäv tidsram. Trots att inga giltiga anbud föreligger bör rätten ta ställning till frågan om rättelse. I det fall kvarvarande leverantörer vid en rättelse väljer att förlänga anbudens giltighetstid måste FTV återuppta och slutföra upphandlingen (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 12 december 2009 i mål nr 4963-09). FTV:s motivering att anbudens prisvillkor inte svarar mot garantiutfästelsen är i grunden FTV:s förväntan om 30 procent lägre anbudspriser jämfört med branschens aktuella prisnivå och borde därför helt klart ha varit omnämnt som en ekonomisk ram i förfrågningsunderlaget.

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 avskriva 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 god-

tyckligt. 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 anbudsförfrågan.

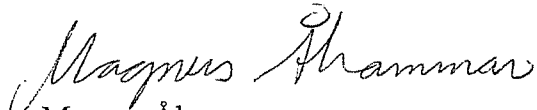
FTV har i utvärderingsprotokollet, som bifogats beslutet om avbrytande, som skäl för att avbryta upphandlingen uppgett att FTV vid en genomgång av de priser som lämnats i de anbud som uppfyller ställda krav kunnat konstatera att utfästelsen om en garanterad avtalsvolym (50 procent av beräknad årsvolym) 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 köpsvolym 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 utfäs-

telse 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 erbjudna 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 anbudsförfrågan 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 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. (Vi 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.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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.

DV 3109/1A LOU