



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-09-08
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
31141-10
Enhet 13

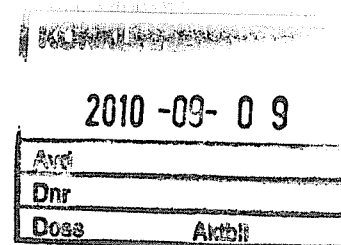
SÖKANDE

Aktiebolaget Forssbergs Dental, 556001-0109

Ombud: Advokaten Jon Dal
Box 22214
104 22 Stockholm

MOTPART

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



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Förvaltningsrätten förordnar att Folk tandvården Stockholms län AB:s upphandling av dental förbrukningsmateriel, dnr 0912-0296, ska göras om.
 2. Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 21 maj 2010 ska inte längre gälla.
-

Dok.Id 33467

| | | | | |
|-------------------|---------------------|---|----------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 09:00-15:00 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |

BAKGRUND

Folktandvården Stockholms län AB (hädanefter Folktandvården) har genomfört en upphandling av dental förbrukningsmateriel, dnr 0912-0296. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt LOU med syfte att sluta ramavtal med en huvudleverantör och en delleverantör. Folktandvården fann den 23 mars 2010 att förutsättningar förelåg jämlikt 4 kap. 5 § LOU att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Genom tilldelningsbeslut avsänt den 12 maj 2010 beslutade Folktandvården att anta annat anbud än anbudet från Aktiebolaget Forssbergs Dental (hädanefter Forssbergs).

YRKANDEN M.M.

Forssbergs har ansökt om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Folktandvården har bestritt bifall till ansökan om överprövning och yrkat att, för det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingen är behäftad med allvarliga fel, upphandlingen ska rättas.

Förvaltningsrätten har genom beslut den 21 maj 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas intill dess att domstolen förordnar annat (inhibition).

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Forssbergs har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra i huvudsak följande. Folktandvården bjöd in intresserade att inkomma med anbud avseende dental förbrukningsmaterial. Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling i enlighet med LOU och anbudstiden löpte ut

den 4 februari 2010. Upphandlingen omfattade dels ett specialsortiment av dental förbrukningsmaterial dels anbudsgivarnas övriga sortiment av dental förbrukningsmaterial samt mindre utrustning. För specialsortimentet specificerades efterfrågade produkter genom att ange typexempel (benämningar och namn) men med möjlighet för anbudsgivarna att offerera angivna typexempel eller likvärdiga artiklar. Under frågeperioden plockades några artiklar bort från upphandlingen och i samband med detta ändrades antalet artiklar som krävdes för att bli huvudleverantör från minst 180 av 195 till minst 166 av 181. I förfrågningsunderlaget, punkten 5, anges att Folk tandvården kommer att anta det anbud som har lägst pris. Den anbudsgivare som har offererat lägst pris på 166 positioner antas som huvudleverantör. För kvarvarande positioner antas den anbudsgivare som har lägst pris på respektive position som delleverantör. Den 23 mars 2010 meddelade Folk tandvården att ingen leverantör uppfyllde samtliga i förfrågningsunderlaget framställda krav vilket krävdes för att bli huvudleverantör. Folk tandvården meddelade att man därför beslutat att, med stöd av 4 kap. 5 § LOU, övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Syftet med förhandlingen var att anpassa anbuderna så att de uppfyllde förfrågningsunderlaget. Forssbergs ombads inkomma med nya produkter för fyra positioner som Folk tandvården bedömde inte var likvärdiga med angivna typexempel för respektive position. Folk tandvården påpekade i meddelandet att ”Övriga artiklar som ingår i ert anbud ska/får inte bytas ut.” Forssbergs har vid några tillfällen efter beskedet från Folk tandvården den 23 mars 2010 bett att få komplettera och justera sitt tidigare lämnade anbud med lägre priser. Detta har inte accepterats av Folk tandvården. I tilldelningsbeslut den 12 maj 2010 meddelade Folk tandvården att Nordenta antagits som huvudleverantör och att bland annat Forssbergs antagits som delleverantör för vissa positioner. Folk tandvården har tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering men inte gett anbudsgivarna möjlighet att inkomma med nya anbud eller att komplettera eller justera redan inlämnade anbud.

Folktandvården har endast accepterat att nya artiklar offereras på de positioner som Folktandvården menar att respektive anbudsgivare inte uppfyllt ställda skalkrav för under det öppna förfarandet. Det förhandlade förfarandet utgör en ny upphandling och anbudsgivarna har rätt att inkomma med nya anbud vid en ny upphandling. Genom att inte ge anbudsgivarna möjlighet att inkomma med nya anbud eller kompletteringar och justeringar av tidigare inlämnade anbud har Folktandvården agerat i strid med 4 kap. 5 § LOU, inte utnyttjat de möjligheter som finns till konkurrens vilket strider mot bestämmelserna i 12 kap. 1 § LOU. Anbudsgivarna har inte haft möjlighet att lämna bättre (lägre) priser på tidigare offererade artiklar, att byta ut offererade artiklar mot artiklar med lägre pris eller att offerera artiklar till låga priser på positioner som man tidigare inte offererat, inte gett alla anbudsgivare samma möjligheter att inkomma med konkurrenskraftiga anbud. I princip har endast den anbudsgivare som i den första öppna förhandlingen lämnat bästa anbudet haft möjlighet att lämna ett vinnande anbud i den andra (förhandlade) upphandlingen. Detta strider mot principerna om likabehandling, öppenhet och icke-diskriminering i 1 kap. 9 § LOU. Folktandvården hade kunnat öppna upp för nya anbud och för komplettering och justering av inlämnade anbud utan någon ändring av kontraktsvillkoren. I vart fall hade detta kunnat ske utan någon väsentlig ändring av kontraktsvillkoren. Folktandvården har härigenom brutit mot upphandlingsreglerna i LOU. Folktandvårdens brott mot LOU har medfört att Forssbergs lidit skada eller riskerar att lida skada. Det är sannolikt att Forssbergs hade inkommit eller hade kunnat inkomma med ett anbud som gjort att Forssbergs antagits som huvudleverantör för upphandlingen om Forssbergs under det förhandlade förfarandet getts möjlighet att inkomma med nytt anbud eller komplettera eller justera det anbud som lämnades in under det öppna förfarandet. I vart fall har Folktandvårdens brott mot LOU lett till försämrade möjligheter för Forssbergs att inkomma med ett anbud som gjort att Forssbergs kunnat antas som huvudleverantör för upphandlingen.

Forsbergs menar att Folkvandvården agerat som om det vore fråga om en komplettering eller rättning av tidigare inlämnade uppgifter med stöd av 9 kap. 8 § LOU när det faktiskt rör sig om en ny upphandling av samma sak. När Folkvandvården övergick till ett förhandlat förfarande är detta en ny upphandling och då blir inte reglerna i 9 kap. 8 § LOU tillämpliga. Vid förhandlat förfarande utan annonsering, som det är fråga om i detta fall, äger en anbudsgivare rätt att i enlighet med bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU inkomma med ett helt nytt anbud. Detta förstärks av att bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU gäller även för det fallet att det inte inkommit några anbud alls. I motsats till detta gäller 9 kap. 8 § LOU ingen ny upphandling utan komplettering av uppgifter till en redan pågående upphandling. Enligt den upphandlande myndigheten gäller dock upphandlingen en ny upphandling. Forsbergs menar att även om 9 kap. 8 § LOU hade varit tillämplig hade Folkvandvården inte kunnat agera som man gjort. Folkvandvården har begärt in offert på nya artiklar som ersätter de tidigare offererade artiklarna på de positioner som Folkvandvården menar att anbudsgivare inte uppfyller ställda krav. En sådan ersättning av tidigare lämnade uppgifter ryms inte inom begreppet komplettering eller förtydligande enligt 9 kap. 8 § LOU och strider mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet i LOU.

Folkvandvården har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att anföra i huvudsak följande. Folkvandvården har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Förfrågningsunderlaget uppfyller lagens krav på förutsebarhet och transparens. Anbudet har utvärderats i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivare har behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. De förhandlingar som har genomförts har genomförts med iakttagande av bestämmelserna i LOU. Således har varken utvärderingen, den genomförda förhandlingen eller förfarandet i övrigt skett i strid med LOU. Upphandlingen inleddes som ett öppet förfarande enligt LOU med syfte att

sluta ramavtal med en huvudleverantör och dellerantörer. För att bli antagen som huvudleverantör krävdes att anbudsgivaren lämnade godkänt anbud på minst 166 av de totalt 181 positionerna som upphandlingens specialsortiment omfattade. För att godkännas skulle de erbjudna artiklarna vara likvärdiga med de typexempel som angavs i förfrågningsunderlaget. Som redovisas i upphandlingsprotokollet har upphandlingen under handläggningstiden övergått till förhandlat förfarande enligt de förutsättningar som anges i 4 kap. LOU. Förhandlingarna har genomförts med iakttagande av de grundläggande EU-rättsliga principerna och med iakttagande av bestämmelserna i LOU. Anledningen till att upphandlingen övergick till förhandlat förfarande var att inget av anbuderna innehöll 166 godkända positioner som uppfyllde ställda krav och därmed kunde ligga till grund för kontraktstilldelning till en huvudleverantör. Syftet med förhandlingen var att *anpassa anbuderna* till kraven i förfrågningsunderlaget utan att ändra de ursprungliga villkoren i förfrågningsunderlaget, jmf. 4 kap. 3 § LOU. Förhandlingen genomfördes genom att anbudsgivarna tillställdes en skrivelse i vilken förutsättningarna för förhandlingen framgick. Av skrivelsen framgick att Folkvandvården funnit att det borde finnas förutsättningar för att kunna avsluta upphandlingen inom de ramar som förfrågningsunderlaget angav och att upphandlingen därför övergick till förhandlat förfarande. Det var således redan från början klarlagt att det inte var fråga om en ny upphandling utan en övergång från öppet till förhandlat förfarande. I skrivelse angavs att anbudsgivarna bereddes möjlighet att byta ut de artiklar som inte var likvärdiga med i förfrågningsunderlaget angivna typexempel. Anbudsgivarna ombads även att lämna pris på de nya artiklar som erbjöds. Vidare angavs att övriga artiklar som ingick i anbudet, och som vid Folkvandvårdens anbudsprövning befunnits vara likvärdiga med typexemplen, inte skulle bytas ut. I skrivelsen framgick tydligt att syftet med förhandlingen var att anpassa anbuderna så att de skulle uppfylla förfrågningsunderlagets krav. Den skrivelse som anbudsgivarna har tillställts har samma innehåll med

undantag för att anbudsgivarna är underkända på olika artiklar. Såväl Forssbergs som vinnande anbudsgivaren Nordenta hade underkänts på fyra positioner. Bådan anbudsgivarna bereddes möjlighet att byta ut dessa fyra artiklar. Efter den genomförda förhandlingen innehöll tre av anbuden 166 godkända positioner eller fler. Av 4 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet vid en varuupphandling av nu aktuellt slag ska genomföra upphandlingen genom öppet eller selektivt förfarande. Förhandlat förfarande får endast tillämpas i de undantagssituationer som anges i LOU och det bakomliggande EG-direktivet. LOU innehåller en uttömmande uppräkningslista av i vilka situationer förhandlat förfarande är tillåtet. Samtliga anbudsgivare har beretts samma möjlighet att byta ut de artiklar som inte uppfyllde förfrågningsunderlagets krav på likvärdighet. Däremot har av naturliga skäl vare sig Forssbergs eller någon av de andra anbudsgivarna beretts möjlighet att lämna nya artiklar för de positioner där Folkvandvårdens anbudsprövning visat att de redan uppfyller kraven. Det skulle inte vara förenligt med LOU att inkludera de artiklar som redan i det ursprungliga anbudet uppfyllde Folkvandvårdens krav i det förhandlande förfarandet eftersom en förhandling syftar till att anpassa anbuden till ställda krav i förfrågningsunderlaget. Forssbergs påstår att Folkvandvården borde ha begärt in helt nya anbud när upphandlingen övergick till förhandlat förfarande. Det kan dock konstateras att LOU inte innehåller några bestämmelser om att den upphandlande myndigheten är skyldig till, eller har rätt att, begära in nya anbud när den övergår till förhandlat förfarande. Att använda de begränsade brister som förelåg i såväl Nordentas som Forssbergs anbud, endast fyra av de nödvändiga 166 artiklarna var underkända, som en förevändning att inkludera samtliga delar av leverantörernas anbud i förhandlingen skulle inte vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Ett sådant förfarande skulle ge den upphandlande myndigheten en betydande möjlighet att styra förhandlingen så att en viss anbudsgivare skulle vinna upphandlingen. Forssbergs har liksom övriga anbudsgivare givits möjlighet att lämna sitt bästa möjliga

anbud. Att på Forssbergs ensidiga önskemål tillåta andra förändringar av anbudet utöver de som varit nödvändigt för att anbudet ska uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget skulle inte vara förenligt med LOU.

Folktandvården finner det anmärkningsvärt att Forssbergs anser att Folktandvården ska tillämpa undantagsförfarandet förhandlat förfarande i större utsträckning än vad som är nödvändigt. Folktandvården har tagit tillvara den konkurrens som finns, alla leverantörer har behandlats lika och givits samma förutsättningar att delta i upphandlingen. Att genomföra upphandlingen på det sätt som Forssbergs anser lämpligt skulle innebära att Folktandvården skulle bryta mot bestämmelserna i LOU. Eftersom grund för ingripande mot upphandlingen inte föreligger ska ansökan om överprövning lämnas utan bifall.

Forssberg har i genmält i huvudsak följande. Forssbergs har bett att få inkomma med nytt anbud men Folktandvården har per e-postmeddelande den 30 mars 2010 meddelat att någon sådan möjlighet inte kommer att ges. Även genom brev den 8 april 2010 har Forssbergs begärt att få ersätta tidigare offererade produkter med likvärdiga men billigare produkter, vilket inte accepterats av Folktandvården. Folktandvården har brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU genom att inte ge Forssbergs möjlighet att inkomma med ett nytt anbud eller att förhandla de tidigare inlämnade priserna och artiklarna. Forssbergs har endast givits möjlighet att ersätta offererade produkter på 4 av 166 positioner. Inte ens om Forssbergs hade offererat de 4 positionerna till 0 kr hade Forssbergs haft möjlighet att bli antagen som huvudleverantör vid den förhandlade upphandlingen. Folktandvården kände till offererade priser från de olika leverantörerna när Folktandvården bestämde att leverantören endast skulle få inkomma med nya artiklar på de positioner som leverantörerna inte, enligt Folktandvården, uppfyllde skallkraven för. Genom att endast möjliggöra för anbudsgivarna att byta ut artiklar som inte uppfyller skallkraven har Folktandvården vid den förhandlade upphandlingen gynnat

den leverantör som låg bäst till vid den öppna upphandlingen, på bekostnad av övriga leverantörer. En upphandlande myndighet är vidare skyldig att utnyttja de möjligheter som finns till konkurrens för att få fram det bästa anbudet. Genom att neka Forssbergs och övriga anbudsgivare möjligheten att till den förhandlade upphandlingen inkomma med ett nytt anbud eller att förhandla tidigare offererade priser och artiklar har Folkvandvården inte utnyttjat dessa möjligheter i strid med bestämmelserna i LOU.

Folkvandvården har inte heller haft rätt att övergå till en förhandlad upphandling med stöd av 4 kap. 5 § LOU. Denna bestämmelse anger, såvitt här är av intresse, att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud. I den aktuella situation har flera anbud kommit in, dock inget som uppfyller alla skalkrav. Att inget anbud uppfyller alla skalkrav utgör inte en sådan omständighet som ger en upphandlande myndighet rätt att övergå från en öppen upphandling till en förhandlad upphandling med stöd av 4 kap. 5 § LOU. Som Folkvandvården angivit utgör förhandlad upphandling undantag från huvudregeln, att en varuupphandling ska genomföras som en öppen eller selektiv upphandling, och i de situationer där förhandlad upphandling får tillämpas ska tolkas restriktivt.

Folkvandvården har i genmält i huvudsak följande. Forssbergs har ånyo anfört att en övergång från öppet förfarande till förhandlat förfarande i själva verket inte är en övergång, utan menar att det istället rör sig om att en helt ny upphandling har påbörjats. Stöd för denna tolkning går inte att finna vare sig i LOU, bakomliggande EG-direktiv, rättspraxis eller doktrin. Att det är möjligt att bjuda in leverantörer, som över huvud taget inte ens har deltagit vid den första resultatlösa upphandlingen skulle framgå av 4 kap. 5 § LOU och artikel 31 i direktiv 2004/18/EG är direkt felaktigt. Allt som framgår av nämnda lagrum är att det i de uppräknade situationerna är tillåtet att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Däremot framgår inte att det i fall där det inte lämnats något lämpliga anbud är tillåtet att bjuda in leverantörer som ”över huvud taget inte har deltagit i den första resultatlösa upphandlingen”. Sammanfattningsvis kan konstateras att eftersom inga lämpliga anbud har lämnats har 4 kap. 5 § LOU varit tillämpligt. Om de inkomna anbuden, istället för att anses vara olämpliga, varit ogiltiga blir emellertid 4 kap. 2 § LOU tillämpligt. Det där dock en ren formsak eftersom de genomförda förhandlingarna uppfyller de krav som stadgas i båda dessa lagrum. Undantagsförfarandet förhandlat förfarande har inte tillämpats mer än vad som har varit nödvändigt i den aktuella situationen. Alla leverantörer har behandlats lika och på ett icke-diskriminerande sätt. Alla anbudsgivare har givits samma information och samma möjlighet att erbjuda nya artiklar på positioner där de lämnat artiklar som inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav. Forssbergs talan ska därför lämnas utan bifall.

DOMSKÄL

Av 4 kap. 2 § LOU framgår att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas

1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i
 - a. 1 kap. 10 § andra stycket om att juridiska personer i vissa fall skall uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som skall utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen,
 - b. 6 kap. 9 § andra och fjärde styckena om att otillåtna alternativa anbud inte får beaktas respektive att endast alternativa anbud som uppfyller ställda minimikrav får beaktas,
 - c. 6 kap. 11 § om att en anbudsgivare skall ange hur stor del som kan komma att läggas ut på tredje man,
 - d. 6 kap. 12 § andra stycket om att anbudsgivare och anbudssökande skall bekräfta att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utformning av anbudet,
 - e. 9 kap. 8 § andra stycket om att en leverantör skall förtydliga och komplettera handlingar som getts in,

- f. 10 kap. om uteslutning av leverantörer,
 - g. 11 kap. om kontroll av leverantörers lämplighet och val av leverantörer m.m., eller
 - h. 12 kap. om tilldelning av kontrakt,
2. om det som skall upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg,
 3. för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller
 4. för byggtreprenad, som endast har forsknings-, provnings- eller utvecklingsändamål och som inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader.

Första stycket 1 gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

Av 4 kap. 5 § samma lag följer att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om

1. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
2. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, 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.

Om Europeiska kommissionen begär det, ska den upphandlande myndigheten i en rapport till kommissionen redovisa sådana ärenden där bestämmelsen i första stycket 1 har tillämpats av myndigheten.

Av 4 kap. 6 § följer att i de fall som avses i 2 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

Av utredningen i målet, närmast förfrågningsunderlaget, punkten 5, framgår att Folk tandvården avsåg att teckna avtal med en huvudleverantör och en dellerantör, under förutsättning att så många anbudsgivare hade lägst pris enligt utvärderingsmodellen. För att bli antagen som huvudleverantör krävdes att anbudsgivaren lämnade godkända anbud på 166 av de 181 totala artikelpositionerna. För godkännande krävdes att de av anbudsgivarna erbjudna artiklarna skulle vara likvärdiga med typexempel som angavs i förfrågningsunderlaget.

Av upphandlingsprotokoll avseende upphandling dental förbrukningsmateriel, diarienummer 0912-0296 av den 12 maj 2010 framkommer att inget av de ingivna anbuden innehöll 166 godkända positioner som kunde ligga till grund för kontraktstilldelning som huvudleverantör. I syfte att anpassa anbuden till förfrågningsunderlaget genomfördes en förhandling utan att ändra de ursprungliga villkoren. Därefter innehöll anbuden ett redovisat antal godkända positioner. Förhandlingarna har genomförts med iakttagande av de grundläggande EG-rättsliga principerna och med iakttagande av bestämmelserna i LOU.

Frågan i målet är således om Folk tandvården har haft rätt att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering i den i målet aktuella situationen.

Huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna och förfarandena vid offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater (C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 44). Bestämmelserna syftar vidare till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och att skydda ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat. Däribland ska såväl risken för att nationella

anbudsgivare ges företräde vid tilldelning av kontrakt som risken för att upphandlande myndigheter låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska undanröjas (C-360/96 *BFI Holding*, punkt 41-43, C-380/98 *University of Cambridge*, punkt 16-17 samt C-258/99 och C-286/99 *Lombardi och Mantovani*, punkt 34-36).

Annonsering av kontrakt är således en väsentlig del av förverkligandet av den inre marknaden. För att samtliga leverantörer i medlemsstaterna ska kunna erhålla information om kommande kontrakt ska dessa annonseras enligt vissa fastställda formulär. EU-domstolen har i praxis mycket tydligt slagit fast att undantag från skyldigheten att följa unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling ska tolkas restriktivt. Den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse har också bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantag görs (se förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58). Av EU-domstolens fasta praxis framgår även att de enda undantag från bestämmelserna i upphandlingsdirektiven är de som enkom och undantagslöst är angivna i dessa.

Som ovan har citerats föreligger fem fall enligt 4 kap. 5 § LOU, angivna i tre punkter, då förhandlat förfarande kan tillämpas utan föregående av annonsering. I första stycket 1 anges tre omständigheter som möjliggör tillämpning av undantagsregeln – såvitt nu är av intresse – upphandling som följer på en tidigare upphandling då det vid öppen eller selektiv upphandling inte har lämnats några lämpliga anbud. Här gäller att observera omständigheten att förhållandet att ett anbud som inte anses vara lämpligt, inte automatisk kommer att medföra att anbudet på formella grunder blir att anse som ogiltigt. Den exakta innebörden av begreppet lämpligt anbud har dessvärre ännu inte utkristalliserats i praxis. Exempel på anbud som inte uppfyller lämplighetskriteriet skulle kunna vara avvikelser från marknadspriser (vilket torde innefatta såväl onormalt höga

som låga priser), olämpliga alternativa utföranden eller anbud som i övrigt innehåller orimliga villkor. Enligt förvaltningsrättens mening kan omständigheten att anbuden inte uppfyllde minimikraven på 166 av 181 positioner knappast anses medföra att anbuden inte var lämpliga, i vart fall har Folkvandvården inte lyckats visa detta förhållande. Folkvandvården har emellertid uppgett att om anbuden inte kan anses vara olämpliga har Folkvandvården inte begått något annat fel än att hänvisa till fel lagrum, eftersom anbuden i så fall måste anses vara ogiltiga enligt 4 kap. 2 § LOU då det av 4 kap. 6 § LOU följer att en upphandlande myndighet får avstå från att annonsera om den till förhandlingen endast bjuder in de leverantörer som uppfyller de krav som har ställts på det anbudsgivande bolaget i enlighet med 10 och 11 kap. LOU.

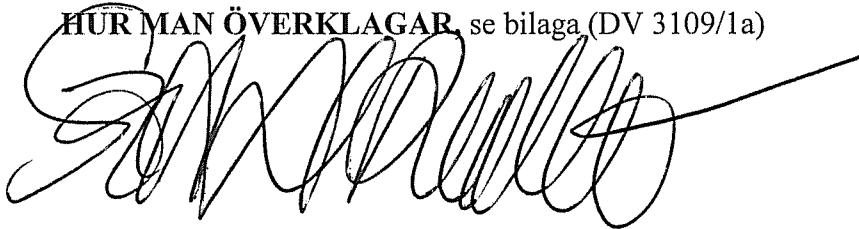
4 kap. 6 § LOU behandlar uteslutande de fall där en resultatlös upphandling på någon eller några av de omständigheter som anges i 4 kap. 2 § första stycket 1 genomförts med tillämpning av öppet eller selektivt förfarande, vilket medger övergång till förhandlad förhandling utan annonsering. Enligt paragrafens ordalydelse krävs således att ogiltighet på någon av de i 2 § första stycket 1 angivna grunderna ska föreligga med hänsyn till vad som anges i katalogen a–h. En ytterligare förutsättning för övergång till förhandlat förfarande enligt paragrafens ordalydelse är dessutom att endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. LOU och som uppfyllt de formella kraven vid upphandlingen bjuds in till förfarandet.

I målet har Folkvandvården inte ens påstått att någon eller några av de omständigheter som anges i 4 kap. 2 § första stycket 1 LOU vid det öppna förfarandet har medfört en resultatlös upphandling, än mindre har sådana omständigheter av Folkvandvården visats i målet. Någon tillämpning av bestämmelsen i 4 kap. 6 § LOU kan därför inte komma i fråga.

Domstolen har således konstaterat att Folkandvården inte har lyckats uppfylla sin bevisbörda med att motivera att det i målet har förelegat sådana omständigheter som berättigat den upphandlande enheten att göra avsteg från förfarandet med annonsering. Att förfarandet har skett utan annonsering under i övrigt oförändrade förhållanden medför att Forssbergs har riskerat att lida skada. Förutsättningar föreligger därmed för ett ingripande från domstolens sida. Felaktigheten i upphandlingsförfarandet är av sådan art att upphandlingen måste göras om. Förutsättningar för rättelse – såsom Folkandvården har yrkat – föreligger därmed inte.

Vid denna utgång i målet ska förvaltningsrättens beslut om inhibition inte längre gälla.

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



Szilárd Rado

fiskal

/JP



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, anledningen 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.