



SÖKANDE

Ortivus AB, 556259-1205

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

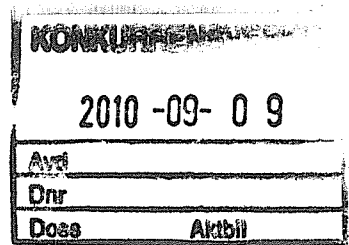
Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten avvisar Ortivus AB:s yrkande att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska fortsätta och att landstinget därvid ska göra om anbudsutvärderingen utan beaktande av Philips AB:s anbud.
2. Förvaltningsrätten avvisar Ortivus AB:s yrkande att förvaltningsrätten ska besluta att landstingets beslut att inleda en ny upphandling av patientövervakningsutrustning, ASU 2009-0010, ska upphävas.
3. Förvaltningsrätten avvisar Ortivus AB:s yrkande att förvaltningsrätten omedelbart ska besluta att landstingets upphandling, ASU 2010-0010, inte får avslutas innan annat har beslutats.
4. Förvaltningsrätten bifaller Ortivus AB:s ansökan om överprövning och upphäver Landstinget i Uppsala läns beslut den 1 juli 2010 att avbryta upphandlingen avseende patientövervakningsutrustning, ASU 2009-0026.



BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län (landstinget) har genomfört en upphandling av patientövervakningsutrustning, ASU 2009-0026. Landstinget meddelade tilldelningsbeslut den 13 april 2010. Av tilldelningsbeslutet framgår Philips AB (Philips) antogs som leverantör och att Ortivus AB (bolaget) anbud rankats som nummer två. Bolaget begärde överprövning och yrkade att upphandlingen skulle rättas på så vis att Philips anbud skulle förkastas. Grunden för yrkandet var att Philips anbud inte uppfyllde de i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska kvalificeringskraven. Förvaltningsrätten biföll i dom den 4 juni 2010, mål 3952-10, bolagets talan och förordnade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering skulle göras varvid Philips anbud inte skulle beaktas. Domen överklagades inte av landstinget.

Den 1 juli 2010 meddelade landstinget att upphandlingen avbrutits och anförde att det inte längre förelåg några giltiga anbud.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att landstinget avbrytandebeslut upphävs och att upphandlingen ska fortsätta, varvid landstinget ska göra om anbudsutvärderingen utan beaktande av Philips anbud, enligt förvaltningsrättens dom den 4 juni 2010 i mål nr 3592-10. Vidare yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att landstingets beslut att inleda en ny upphandling av patientövervakningsutrustning, ASU 2010-0010, ska upphävas. Bolaget yrkar vidare att förvaltningsrätten omedelbart ska besluta att nämnda upphandling inte får avslutas innan annat har beslutats.

Landstinget bestrider bifall till bolagets yrkanden

GRUNDER M.M.

Bolaget anför bl.a. följande. Regeringsrätten har i RÅ 2008 ref 35 konstaterat att beslut om avbrytande ska kunna överprövas av domstol och att den prövningen i Sverige ska göras av allmän förvaltningsdomstol, jfr. även RÅ 2005 ref 62. Även EG-domstolen har i ett flertal mål haft att bedöma beslut om att avbryta upphandlingar och konstaterat att upphandlande myndigheter är skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget och upphandlingsdirektiven vid avbrytande av en upphandling. Av EG-domstolens praxis framgår vidare att den prövning av ett avbrytandebeslut som ska göras inte får begränsas till om beslutet är av godtycklig art, samt att alla beslut som fattas inom ramen för ett upphandlingsförfarande ska kunna överprövas. Av svensk praxis framgår att en upphandling får avbrytas endast om det föreligger sakligt godtagbara skäl härför. Av praxis framgår även att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sakligt godtagbara skäl för avbrytande föreligger.

Anbudens giltighetstid

Som framgår av landstingets avbrytandebeslut motiveras avbrytandet med att samtliga anbuds giltighetstid löpt ut. Landstingets påstående härom är emellertid felaktigt. Landstinget har visserligen föreskrivit att anbudet ska vara giltigt t.o.m. den 30 april 2010. Bolaget har emellertid inte begränsat sitt anbud till den 30 april 2010. Anbudet är fortfarande giltigt. Bolaget konstaterar för övrigt att inte heller de övriga anbudsgivarna i upphandlingen begränsat sina anbuds giltighetstid till den 30 april 2010. Redan av denna anledning har landstinget saknat sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

Landstinget har haft att efterleva förvaltningsrättens dom i mål 3592-10. Även om bolaget i anbudet hade angett att anbudet var giltigt till och med den 30 april 2010, vilket bolaget alltså inte gjort, skulle sakligt godtagbara

skäl att avbryta upphandlingen ha saknats. Bolaget begärde överprövning av upphandlingen redan den 22 april 2010 och yrkade då att upphandlingen skulle rättas och att bolagets anbud skulle antas. Redan vid denna tidpunkt stod det helt klart att förvaltningsrätten inte skulle hinna avgöra målet före den 30 april 2010. Självklart har det varit bolagets avsikt att anbudet skulle kunna antas i enlighet med bolagets yrkande och att anbudet skulle vara giltigt till dess så kunde ske. Detta måste också ha stått helt klart för landstinget. Även det faktum att bolaget efter förvaltningsrättens dom den 4 juni 2010 löpande stött på landstinget rörande när det nya tilldelningsbeslutet skulle fattas och när kontrakt skulle komma att tecknas visar med tydlighet att bolaget var av uppfattningen att anbudet fortfarande var giltigt. Även av denna anledning har det varit uppenbart för landstinget att bolagets anbud fortfarande var giltigt. Huruvida ett anbud är giltigt eller inte styrs av avtalsrättsliga regler.

Det förhållande att anbudens giltighetstid löpt ut utgör inte sakligt godtagbara skäl för avbrytande om anbudens giltighetstid sedermera förlängts. I det nu aktuella fallet har anbudets giltighetstid överhuvudtaget inte löpt ut. Även om så hade varit fallet har bolaget genom sitt agerande klart visat att man ämnar stå fast vid sitt anbud och därigenom förlängt anbudets giltighetstid. Sakligt godtagbara skäl för avbrytande av upphandlingen har således saknats. De slutsatser som domstolarna kommit till enligt ovan förefaller naturliga. Det är ju snarare regel än undantag att överprövningsprocesser drar ut på tiden i sådan omfattning att anbudens giltighetstid löper ut. Om en upphandlande myndighet, mot anbudsgivarnas önskan, skulle ha rätt att avbryta en upphandling varje gång den ursprungliga anbudstiden löpt ut skulle möjligheter öppnas för upphandlande myndigheter att avbryta en upphandling varje gång en upphandling vunnits av annan leverantör än den upphandlande myndigheten önskat. Enligt bolagets uppfattning skulle en sådan ordning medföra att upphandlingsdirektivens genomslagskraft förtas och att Sverige inte införlivat dessa regler på ett effektivt och

korrekt sätt. I detta sammanhang bör även beaktas den skada anbudsgivarna lider genom att upphandlingen görs om. I och med tilldelningsbeslutet har den absoluta anbudssekretessen upphört och huvudregeln är att anbud därefter blir offentliga. Såväl landstinget som konkurrerande leverantörer har nu fått, eller kan i vart fall få, kännedom om bolagets och övriga anbudsgivares priser. Detta innebär stor skada ur konkurrenshänseende om upphandlingen görs om och anbudsgivarna skall inkomma med nya anbud.

Landstinget har inte presenterat något som helst skäl till varför bolagets anbuds giltighetstid skulle ha upphört den 30 april 2010. Att bolaget inte angett någon begränsning av anbudets giltighetstid är ostridigt i målet. Anbudet gällde således vid tidpunkten för avbrytandebeslutet och gäller alltså jämt. Att bolaget uttryckligen förklarat detta i skrift till landstinget efter den 30 april 2010 förändrar givetvis inte detta faktum. Att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget anger ett datum till och med vilket anbuden ovillkorligen ska gälla syftar till att tillse att den upphandlande myndigheten fram till detta datum ska vara säker på att ha giltiga anbud som kan antas. Givetvis kan en anbudsgivare, såsom bolaget och även andra anbudsgivare i upphandlingen gjort, välja att lämna anbud som har en längre giltighetstid. Möjligen menar landstinget att det varit ett ovillkorligt krav, ett s.k. skall-krav, att anbuden skulle gälla just till den 30 april 2010 och att det varit otillåtet inte bara att lämna anbud med kortare giltighetstid utan även att lämna anbud med längre giltighetstid. Bortsett från att ett sådant resonemang rimmar illa med landstingets förfarande att inte förkasta de anbud vars giltighetstid inte begränsats kan även konstateras att ett sådant krav skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Bevisbördan för att de omständigheter som åberopats såsom sakliga skäl för avbrytande verkligen förelåg åvilar den upphandlande myndigheten. Bolaget noterar i detta sammanhang att det av det nya förfrågningsunderlag som ligger till grund för upphandling nummer två inte kan utläsas att

landstinget har något förändrat behov, i vart fall inte av den dignitet att det skulle utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande.

Bolaget kan inte se landstingets agerande som annat än ett försök att i strid med LOU kringgå förvaltningsrättens dom i mål 3592-10. Om landstinget agerat i enlighet med förvaltningsrättens dom istället för att avbryta upphandlingen skulle bolagets anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed det anbud som skulle ha antagits. Landstingets förfarande är uppseendeväckande och gränsar till rent domstolstrots. Bolaget har således lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada av landstingets överträdelse av LOU.

Landstinget anför bl.a. följande. Landstinget anser sig ha meddelat sakligt godtagbart skäl för avbrytande.

Anbudens giltighetstid

Bolaget anför att avtalsrättsliga regler gäller för huruvida dess anbud är giltigt eller inte. Av 9 kap. 11 § LOU framgår att upphandlande myndighet ska ange den tid till vilken en anbudsgivare ska vara bunden. För att upphandlande myndighet ska undvika civilrättslig bundenhet till viss anbudsgivare kan myndigheten tillse att i förfrågningsunderlaget ange att avtal sluts genom upphandlingskontrakt. Såsom bolaget beskrivit har förlängning av anbudet skett först efter det att anbudets giltighetstid löpt ut. Bolagets anbud har inte varit bindande mellan den 1 maj och den 4 juni 2010. Enligt avtalsrättsliga regler torde bolagets ”erbjudande” någon gång efter den 4 juni betraktas såsom nytt anbud. Att inte låta övriga anbudsgivare inkomma med nya anbud riskerar stå i strid med likabehandlingsprincipen såsom den kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom det i det närmaste är praktiskt ogenomförbart att begära in nya anbud i förevarande situation torde den naturliga konsekvensen av ovan angiven rättsverkan i stället vara att avbryta upphandlingen och göra om den i sin helhet.

Det vore ohanterligt för en upphandlande myndighet att på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt utvärdera anbud om dess giltighetstid till följd av ett ensidigt åtagande sträcker sig längre i tiden än annat anbud. Som en konsekvens härav anges i varje upphandling den tid till vilket anbudet ska vara giltigt, varmed upphandlande myndighet, i vart fall landstinget, utgår ifrån att anbudet sträcker sig till i upphandlingen angiven tid och inte längre om inte parterna gemensamt kommer överens om annat.

Vid en sammantagen bedömning utifrån omständigheterna, LOU och dess förarbeten jämte rättstillämpningen drar landstinget slutsatsen att det i fall som det som ligger för handen krävs en gemensam vilja från upphandlande myndighet och anbudsgivaren att ingå upphandlingskontrakt, dvs. i de fall då anbudstiden löpt ut och anbudet inte förlängts före dess att anbudets giltighetstid löpt ut. Uppfattningen om ömsesidighet och gemensam vilja stärks av Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 mars 2009 i mål nummer 3521-08, där rätten anför att det förhållandet att den angivna giltighetstiden löpt ut inte innebär att upphandlingen inte kan avslutas, och att det därmed bör stå den tilldelade anbudsgivaren fritt att ingå ett upphandlingskontrakt trots att giltighetstiden för anbudet gått ut. Dvs. i det fall upphandlande myndighet även efter giltighetstidens utgång önskar ingå upphandlingskontrakt, står det anbudsgivaren fritt att göra så. Som en konsekvens av det anförda kan upphandlande myndighet heller inte tvinga anbudsgivare att stå fast vid anbud då giltighetstiden för detta löpt ut, jfr. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nummer 1701-09. Det står således även anbudsgivaren fritt att avböja i motsvarande situation. En naturlig följd av ömsesidigheten torde vara att inte heller upphandlande myndighet kan tvingas ingå upphandlingskontrakt under givna förutsättningar. Landstinget anser sig således angivit sakligt godtagbart skäl för avbrytande av upphandling. Vidare vill landstinget understryka att rättstillämpningen avseende avbry-

tande upphandling ännu inte uppnått en sådan entydighet att landstinget handlande kan anses utgöra domstolstrots.

Omorganisation

Landstinget har såsom skäl för avbrytandet angett att anbudens giltighetstid löpt ut. Härtill kommer att den del av landstinget för vilken den upphandlade utrustningen så småningom ska tillgodokomma har genomgått en omorganisation med följd att enhetens behov, och det sätt på vilket detta bäst tillgodoses, har kommit att förändras under ärendets gång. Med anledning härav har en ny upphandling inletts. Landstinget ser inget hinder för förvaltningsrätten att pröva det nya skälet för avbrytandet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, anges 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. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, om den upphandlande enheten 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 9 kap. 11 § första stycket LOU anges att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ska ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Vid öppet förfarande ska det anges i annonsen om upphandling.

Förvaltningsrättens bedömning

Vad förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om landstinget har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut den 1 juli 2010 att avbryta den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten kan vid bifall till en talan i ett sådant mål som det förevarande inte besluta annat än att det klandrade beslutet ska upphävas/ogiltigförklaras. Det innebär att förvaltningsrätten inte kan förordna att upphandlingen ska fortsätta och att landstinget därvid ska göra om anbudsutvärderingen utan beaktande av Philips anbud. Bolagets yrkande i denna del ska därför avvisas.

Inte heller kan förvaltningsrätten i detta mål besluta att landstingets beslut att inleda en ny upphandling av patientövervakningsutrustning ska upphävas eller att den upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Yrkandena ska därför avvisas. Det antecknas att bolaget har framställt motsvarande yrkanden i förvaltningsrättens mål 5849-10.

Landstinget har beslutat att avbryta sin upphandling av patientövervakningsutrustning den 1 juli 2010 med motiveringen att anbudens giltighetstid gick ut den 30 april 2010. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling, jfr exempelvis RÅ 2009 ref. 43. Enligt förvaltningsrättens mening kan det vara ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling om det inte längre finns några giltiga anbud eftersom upphandlingen i en sådan situation inte kan avslutas med ett kontrakt.


I målet är ostridigt att det i förfrågningsunderlaget angavs att anbudet skulle vara giltiga t.o.m. den 30 april 2010. Bolaget har påstått i målet att varken det eller de övriga anbudsgivarna i upphandlingen begränsat sina anbuds giltighetstid till den 30 april 2010. Detta påstående har inte motbevisats av landstinget. Förvaltningsrätten finner därför att landstinget inte

visat att det har funnits skäl att avbryta upphandlingen på den grunden att giltighetstiden för anbuden gått ut.

Landstinget har därefter, först i förvaltningsrätten, gjort gällande att landstinget beslutat att genomföra en omorganisation och att detta ändrat förutsättningarna för upphandlingen. Dessa skäl har dock inte angetts i det beslut som nu överprövas. Förvaltningsrätten tar därför inte ställning till om sakliga skäl för avbrytandet har förelegat med hänsyn till vad landstinget nu har anfört.

Mot bakgrund av ovanstående finner förvaltningsrätten att bolagets ansökan om överprövning av landstingets avbrytandebeslut den 1 juli 2010 ska bifallas.

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



Peter Lif
rådman

Målet har föredragits av Andreas Lund.