



<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2014 -11- 1 3	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**KLAGANDE**

Aktiebolaget Nordenta, 556049-4899

Ombud: Advokaterna Mats Hesselrud och Erik Lindtorp  
Skarp Stockholm Advokatbyrå AB  
Box 7467  
103 92 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Region Skåne
2. Malmö högskola

Ombud: Patrik Kastberg  
Region Skåne  
Koncernkontoret, Avdelningen för Juridik  
291 89 Kristianstad

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 16 september 2014 i mål nr 4975-4982-14, se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning av offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

**YRKANDEN M.M.**

*Aktiebolaget Nordenta* yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska ogiltigförklara avbrytandebesluten. Nordenta vidhåller vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande. De upphandlande myndigheterna har efter det att tilldelningsbeslut meddelats vägrat att träffa avtal i överensstämmelse med innehållet i Nordentas anbud och har i stället krävt att Nordenta ska träffa avtal med andra priser än vad som angetts i anbudet. Som motivering till varför Region Skåne och Malmö högskola ändrat de priser som angetts i Nordentas anbud har myndigheterna anfört att de "tolkat" anbudet på det sättet att de priser som angetts inte var de priser som skulle gälla. Det är emellertid inte möjligt att förstå anbudet på annat sätt än att de priser som angetts i anbudet är de priser som gäller. Något hinder för de upphandlande myndigheterna att teckna avtal med Nordenta i enlighet med anbudet föreligger inte. Det förhållandet att något avtal inte har tecknats har således förorsakats av de upphandlande myndigheterna. Det kan därför inte finnas någon rätt att avbryta upphandlingarna av det skälet att något avtal inte kommit till stånd.

Av EU-domstolens avgörande i mål C-27/98 framgår att en upphandlande myndighet inte är skyldig att tilldela något kontrakt om det endast återstår en anbudsgivare. I förevarande fall är det emellertid ostridigt att Region Skåne och Malmö högskola har tilldelat Nordenta avtalen. Genom att så skett samt att de upphandlande myndigheterna även har försökt ingå avtal med Nordenta har Region Skåne och Malmö högskola blivit betagna möjligheten att avbryta upphandlingarna på grund av bristande konkurrens.

Det är ostridigt att anbudstiden har gått ut. Skälet till det är emellertid att Region Skåne och Malmö högskola har vägrat att teckna avtal i enlighet med anbudet innan anbudstiden gått ut. De upphandlande myndigheterna har inte erbjudit anbudsgivarna att förlänga anbudstiden. Mot denna

bakgrund utgör den omständigheten att anbudstiden har gått ut inte något sakligt skäl för att avbryta upphandlingarna.

### SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

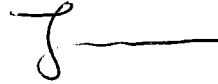
Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

I förfrågningsunderlagen har uppställts tydliga krav på att anbudsgivarna ska lämna totalpris per position. Flera av positionerna har innefattat flera produkter och i sådana fall har i förfrågningsunderlagen/prisbilagorna angetts att ett medelvärde av produktpriserna ska utgöra priset för positionen. Nordenta har inte redovisat pris för positionen på detta sätt, utan i stället redovisat priset för varje produkt. Baserat på dessa uppgifter har de upphandlande myndigheterna räknat fram medelvärdet och därmed priset för positionen. Myndigheternas inställning har varit att avtal ska ingås utifrån dessa priser.

De upphandlande myndigheterna har anfört att de är förhindrade att ingå avtal på de villkor som Nordenta anger med hänvisning till att detta skulle innebära att de ska-krav som uppställs i förfrågningsunderlaget frångås. Denna uppfattning framstår enligt kammarrättens mening som välgrundad. Nordentas vägran att ingå avtal medför under dessa förutsättningar att det finns sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingarna. Överklagandet ska därför avslås.

---

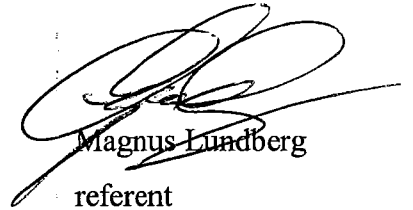
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Johan Sanner



Lennart Berglund



Magnus Lundberg  
referent



/Tore Arvidsson



**SÖKANDE**

Aktiebolaget Nordenta, 556049-4899  
Verkmästaregatan 1  
745 39 Enköping

Ombud: advokaten Lars Engell  
Skarp Stockholm Advokatbyrå AB  
Box 7467  
103 92 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Region Skåne  
291 89 Kristianstad

2. Malmö Högskola  
205 06 Malmö

Ombud för 1-2 : Regionjuristen Patrik Kastberg  
c/o Region Skåne  
Koncernkontoret  
Avdelningen för juridik  
291 89 Kristianstad

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Aktiebolaget Nordentas ansökningar om ingripande enligt LOU.

---

### BAKGRUND

Region Skåne och Malmö Högskola har den 8 maj 2014 beslutat att avbryta följande gemensamma upphandlingar;

- i) Dental Allmän förbrukning 2013 - Dnr 1 202559 - Instrument och tillbehör, Kanyler, Röntgen och Kamera, Borr, Diamanter, Putts och Polering,
- ii) Dental Allmän förbrukning 2013 - Dnr 1 202554 - Fyllnads-material, Profylax, Putspasta och Estetik,
- iii) Dental Allmän förbrukning 2013 - Dnr 1 202557 - Avtrycks-material och Tillbehör, samt
- iv) Dental Allmän förbrukning 2013 - Dnr 1 202564 - Komposit-cement och Blodstillning.

Som skäl för besluten har anförts att leverantören ensidigt har beslutat att inte ingå avtal i enlighet med upphandlingarna och annan anbudsgivare som istället kan tilldelas avtal inte finns, varför upphandlingarna måste göras om.

### YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Aktiebolaget Nordenta (Nordenta) ansöker om överprövning och yrkar att avbrytandebesluten ska ogiltigförklaras. Bolagets ansökningar har av förvaltningsrätten åsatts målnummer som framgår av bilaga 1.

Region Skåne och Malmö Högskola motsätter sig bifall till ansökningarna.

### OMSTÄNDIGHETER TILL STÖD FÖR ANSÖKNINGARNA OCH DE UPPHANDLANDE MYNDIGHETERNAS INSTÄLLNING

*Nordenta* anför i ansökningarna bl.a. följande. Nordenta har tilldelats kontrakt i upphandlingarna. De upphandlande myndigheterna har efter det att tilldelningsbeslut meddelats vägrat att träffa avtal i överensstämmelse med

innehållet i Nordentas anbud utan istället krävt att Nordenta ska träffa avtal med annat innehåll än anbudet. Nordenta har ingen skyldighet att ingå avtal med andra villkor än de som framgår av anbudet. Myndigheternas vägran att träffa avtal i enlighet med innehållet i anbudet är att betrakta som ett de facto avbrytande av upphandlingarna. Myndigheterna har saknat rätt att avbryta upphandlingarna, såväl genom de facto avbrytandet som genom de uttryckliga besluten att avbryta upphandlingarna. Det har inte funnits sakligt godtagbara skäl för myndigheterna att avbryta upphandlingarna och deras agerande har varit godtyckligt och strider mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU.

*Region Skåne och Malmö Högskola* anför bl.a. följande. Avtalsvillkoren är identiska med de avtal som annonserats och utgjort en del av förfrågningsunderlaget. Parterna har endast olika uppfattning om hur Nordentas anbud ska tolkas och förstås. Detta är en fråga som bör besvaras utifrån ett avtalsrättsligt regelverk och bör inte hanteras inom ramen för det upphandlingsrättsliga regelverket. De upphandlande myndigheterna har fattat tilldelningsbeslut baserat på sin uppfattning om hur Nordentas anbud ska förstås. Nordenta borde ha förstått att myndigheterna gjorde denna tolkning i samband med att Nordenta fick del av tilldelningsbesluten. Nordenta har inte väckt talan mot tilldelningsbesluten inom förskrivnen tid. De upphandlande myndigheterna har inte haft anledning att ifrågasätta att den tolkning som gjorts av Nordentas anbud har varit korrekt. Detta inte minst på grund av att en alternativ tolkning hade inneburit att de hade varit tvungna att förkasta Nordentas anbud. Risken för att ett anbud kan komma att missförstås ligger på anbudsgivaren som är den som bäst kan säkerställa att risk för feltolkningar inte föreligger. De upphandlande myndigheterna har vid ett flertal tillfällen och under lång tid gjort försök att förmå Nordenta att underteckna avtal. Det första avtalet som möjliggjort för Nordenta att förstå att anbudet inte tolkats på det sätt som de nu gör gällande skickades till

Nordenta den 25 mars 2013. Att avbryta en upphandling på grund av att en leverantör vägrar skriva avtal får anses vara sakliga och godtagbara skäl. Det kan inte anses vara rimligt att en leverantör i evig tid ska vägra att skriva avtal då de upphandlande myndigheterna då står utan avtal så länge vägran består. Avbrytandet har skett först efter en längre tid av påminnelser och krav om underskrift, vilket gör att avbrytandet har kunnat förutses av Nordenta. Vad gäller upphandling avseende Instrument och Tillbehör, Fyllnadsmaterial mm och Kompositcement och Blodstillning föreligger även sakliga skäl för att avbryta i det att endast Nordenta uppfyllt samtliga skall-krav. Tillräcklig konkurrens har således inte funnits. Såvitt gäller hela upphandlingen föreligger också sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen på grund av att giltigheten för Nordentas anbud har löpt ut.

Enligt förfrågningsunderlaget ska pris lämnas per position, men Nordenta har lämnat pris per produkt. Nordenta har lämnat alla de uppgifter som krävs för att uppfylla aktuella skall-krav men har angett dessa på ett felaktigt sätt i föreskrivet formulär. Om de upphandlande myndigheterna skulle ingå avtal på de villkor som Nordenta föreslår skulle det innebära att de frånträtt de skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. De upphandlande myndigheterna är enligt LOU förhindrade att ingå avtal som innebär en väsentlig avtalsförändring. Då Regionen inte kan ingå avtal utan att bryta mot LOU och Nordenta vägrar ingå avtal som överensstämmer med vad som annonseras måste det finnas möjlighet att bryta detta dödläge genom att avbryta upphandlingen. Någon skyldighet att i ett beslut om avbrytande ange samtliga skäl för avbrytandet finns inte. Även om sådan skyldighet skulle finnas har Nordenta inte lidit skada av att dessa skäl inte angetts i beslutet då Nordenta har möjlighet att få dessa skäl prövade inom ramen för detta mål. Det spelar ingen roll i vilket skede en myndighet insett att det saknas tillräcklig konkurrens för att fullgöra upphandlingen. Att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling om det inte finns några giltiga anbud kvar får anses vara en självklarhet.



*Nordenta* genmäler bl.a. följande. *Nordenta* har i sina anbud lämnat uppgift om vilka priser man offererat. Detta har skett genom att man fyllt i priserna i kolumnerna i respektive anbuds prisbilaga. Det är således dessa priser som utgjort innehållet i *Nordenta*s anbud. Anbudet är inte oklart. Det saknas anledning att tro att *Nordenta* skulle ha avsett andra priser än dessa. I de kontrakt som de upphandlande myndigheterna tillsände *Nordenta* återfanns såsom en bilaga en handling benämnd ”Upphandlingscirkulär” vari angavs priser för de varor som *Nordenta* offererat. Dessa priser avviker från priserna i *Nordenta*s anbud. *Nordenta* har därför korrigerat handlingen så att priserna överensstämmer med anbudet och återsänt kontraktet till de upphandlande myndigheterna. De upphandlande myndigheterna har krävt att *Nordenta* ska underteckna kontraktet med de priser som de upphandlande myndigheterna på egen hand hade infört i Upphandlingscirkuläret. *Nordenta* har inte beslutat att inte ingå avtal i enlighet med upphandlingarna. Tvärtom har *Nordenta* önskat att avtal ska tecknas i överensstämmelse med *Nordenta*s anbud. *Nordenta* har inte haft möjlighet att begära överprövning av tilldelningsbesluten då dessa inte har gått *Nordenta* emot. *Nordenta* är inte berett att ingå avtal i enlighet med de av myndigheterna egenhändigt ändrade priserna i förhållande till anbudet.

De upphandlande myndigheterna har först i förvaltningsrätten angivit att myndigheterna har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingarna med hänsyn dels till att det beträffande tre upphandlingar saknats tillräcklig konkurrens, dels till att anbudens giltighet har löpt ut. Prövningen i förevarande mål avser de beslut om avbrytande som fattades den 8 maj 2014 med i besluten angivna skäl. Först i förvaltningsrätten anförda skäl kan inte prövas i förevarande mål. För det fall att domstolen trots detta skulle finna att de först i förvaltningsrätten anförda skälen kan prövas gör *Nordenta* gällande följande. De upphandlande myndigheterna har på intet sätt påtalat att man ansåg att tillräcklig konkurrens saknades utan har agerat i syfte att ingå avtal med *Nordenta*. Myndigheterna är därmed betagna

möjligheten att nu återropa detta som sakligt skäl för att avbryta upphandlingarna. Även om anbudens giltighet löpt ut den 1 november 2013 har detta inte utgjort hinder mot att avsluta upphandlingarna eftersom anbuderna var giltiga vid tidpunkten för tilldelningsbesluten. Myndigheterna har i andra parallella upphandlingar inom ramen för Dental Allmän förbrukning 2013 träffat avtal med andra anbudsgivare efter anbudstidens utgång. Nordenta har förklarat sig berett att ingå avtal enligt sina anbud även efter den 1 november 2013. Nordenta har uppfattat att prisuppgifterna i Nordentas anbud har varit ifyllda på sätt som överensstämmer med förfrågningsunderlaget. Att ingå avtal med Nordenta på villkor i enlighet med anbuderna innebär ingen avtalsförändring. Myndigheterna är således inte förhindrade att ingå avtal. Det är såvitt gäller upphandlingarna Kompositcement och blodstillning och Instrument och tillbehör mm myndigheternas dröjsmål som gjort att anbudens giltighet gått ut.

#### SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att avbryta en pågående upphandling krävs att myndigheten kan presentera sakliga skäl för avbrytandebeslutet och att myndigheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl för avbrytandet (jfr t.ex. RÅ 2009 ref. 43).

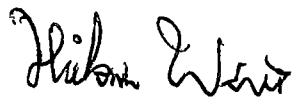
Enligt praxis har ett avbrytande av en upphandling godtagits t.ex. då fel/brister i förfrågningsunderlaget gör att man inte har kunnat bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, då anbuderna har varit högre än vad den upphandlande myndighetens budget tillät och vid bristande konkurrens då endast en lämplig anbudsgivare återstod i förfarandet. Även det förhållandet att anbudens giltighet har gått ut har utgjort sakliga skäl för avbrytande (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 29 augusti 2008 i mål nr 4696-08).

I detta fall har de upphandlande myndigheterna motiverat sina beslut att avbryta upphandlingarna med att leverantören ensidigt har vägrat ingå avtal i enlighet med upphandlingarna och att det inte finns någon annan anbudsgivare som istället kan tilldelas avtal. Myndigheterna har vidare i förvaltningsrätten anfört att sakliga skäl för att avbryta upphandlingarna även föreligger på den grunden att anbudens giltighet har gått ut samt, vad avser upphandlingarna av Instrument och Tillbehör, Fyllnadsmaterial samt Kompositcement och Blodstillning, att bristande konkurrens föreligger eftersom endast Nordenta har uppfyllt samtliga skall-krav. Enligt förvaltningsrättens mening saknas det anledning att i detta mål bortse från något av de skäl som myndigheterna har åberopat för att avbryta upphandlingarna.

Region Skåne och Malmö Högskola har anfört att besluten att tilldela Nordenta de aktuella avtalen har fattats på grundval av hur de har tolkat Nordentas anbud. De hade också vid tidpunkten för avbrytandet av upphandlingarna under lång tid försökt förmå Nordenta att teckna avtal i enlighet med denna tolkning. Nordenta å sin sida är av uppfattningen att de upphandlande myndigheternas tolkning av bolagets anbud är felaktig och därför förklarat sig inte vara berett att ingå avtal i enlighet med av myndigheterna föreslagna villkor. Härtill kommer att de upphandlande myndigheterna anser sig förhindrade att ingå avtal på de villkor som Nordenta föreslår då detta skulle det innebära att de skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget frångås. Situationen är således sådan att några avtal i upphandlingarna inte synes kunna komma till stånd. Att under dessa förhållanden avbryta upphandlingarna får anses sakligt godtagbart. Även de omständigheterna att anbudens giltighet har löpt ut samt, vad avser upphandlingarna av Instrument och Tillbehör, Fyllnadsmaterial samt Kompositcement och Blodstillning, att bristande konkurrens har förelegat då endast Nordenta uppfyllt samtliga skall-krav, utgör sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingarna.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att Region Skåne och Malmö Högskola har visat att deras beslut att avbryta de i målet aktuella upphandlingarna har varit sakligt grundande och förenliga med LOU. Nordentas ansökningar om överprövning ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 2 (DV 3109/1B LOU)



Håkan Wirén

Lena Palmér har föredragit målen.

**BILAGA 1**

- i) **Upphandling av instrument och tillbehör m.m (dnr 1202559)**  
Nordenta . /. Region Skåne mål nr 4975-14  
Nordenta . /. Malmö Högskola mål nr 4976-14
- ii) **Upphandling av fyllnadsmaterial m.m. (dnr 1202554)**  
Nordenta . /. Region Skåne mål nr 4977-14  
Nordenta . /. Malmö Högskola mål nr 4978-14
- iii) **Upphandling av avtrycksmaterial och tillbehör (dnr 1202557)**  
Nordenta . /. Region Skåne mål nr 4979-14  
Nordenta . /. Malmö Högskola mål nr 4980-14
- iv) **Upphandling av kompositcement och blodstillning (dnr 1202564)**  
Nordenta . /. Region Skåne mål nr 4981-14  
Nordenta . /. Malmö Högskola mål nr 4982-14

## 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.