



KLAGANDE

Nacka Express AB, 556471-0019

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

MOTPART

Nacka kommun

Ombud: Advokat Torbjörn Borg
Öberg & Heijne Advokatbyrå
Fristadstorget 4
632 20 Eskilstuna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

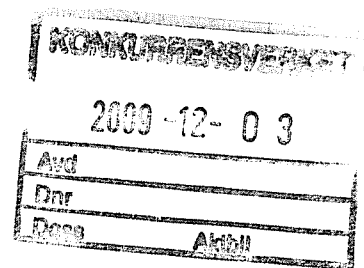
Länsrätten i Stockholms läns dom den 25 augusti 2009 i mål nr
13459-09, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet från vidare handläggning. Kammarrätten
erinrar om att det interimistiska beslutet den 2 september 2009 i och med
detta upphör att gälla.



YRKANDEN M.M.

Nacka Express AB (Nacka Express) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Nacka Express anbud kvalificeras till utvärdering, varvid Nacka Express anbud antas, samt i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Nacka Express bland annat följande. Anbudens giltighetstid har löpt ut. Upphandlingskontrakt har inte tecknats och kommunen har inte heller avbrutit upphandlingen. Kammarrätten måste därför förordna att upphandlingen ska göras om.

Nacka kommun (kommunen) bestrider bifall till överklagandet och anför bland annat följande. Anbudens giltighetstid löpte ut den 22 september 2009 och kommunen har inte begärt leverantörernas godkännande av att anbudstiden ska förlängas. Dessutom har tiden för kontraktets verkställighet passerats, eftersom kontraktstiden är den 1 juli 2009 till den 30 juni 2012. En förändring av den avtalstid som angetts i förfrågningsunderlaget innebär en mot LOU stridande ändring av förfrågningsunderlaget. Det finns inte några giltiga offerter att värdera och ett förnyat upphandlingsförfarande måste därför initieras. Nacka Express yrkanden i målet kan inte lagligen bifallas.

Nacka Express gemälar bl.a. följande. Av de uppgifter som kommunen har lämnat framgår inte att kommunen beslutat att göra om upphandlingen utan endast att kommunen har för avsikt att göra det. En upphandling kan avslutas endast på två sätt, antingen genom att upphandlingskontrakt tecknas mellan den upphandlande enheten och vinnande leverantör eller genom att den upphandlande enheten beslutar att avbryta upphandlingen. Upphandlingskontrakt har inte tecknats och kommunen har inte heller avbrutit upphandlingen. Upphandlingen är alltså inte avslutad.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Kommunen har invänt i målet att anbudens giltighetstid har löpt ut. Det är ostridigt att enligt förfrågningsunderlaget skulle anbudet vara bindande t.o.m. den 22 september 2009 och att kommunen inte har begärt att anbudens giltighetstid ska förlängas. Med hänsyn härtill finner kammarrätten att fråga uppkommer om förutsättningarna för sakprövning av målen.

Enligt 9 kap. 11 § LOU ska en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Vid öppet förfarande ska det anges i annonsen om upphandling. En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått underrättelse enligt 9 § första stycket eller upplysningar enligt 10 §.

Av förarbetena till 9 kap. 11 § LOU (prop. 2006/07:128 s. 381 f.) framgår att lagstiftaren ansåg det lämpligt att införa en bestämmelse som stadgar att den upphandlande myndigheten ska ange hur länge en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. En sådan ordning ansågs nödvändig för att upphandlingen ska fungera på ett rationellt sätt. Det är viktigt att den upphandlande enheten vid varje enskild upphandling överväger vilken anbudstid som är rimlig. Även om upphandlingen är föremål för överprövning löper anbudstiden ut i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Att en förlorande anbudsgivare är bunden av sitt anbud trots att anbudsgivarna fått del av upplysningar om beslut om tilldelning av kontrakt innebär ett avsteg från den avtalsrättsliga principen att ett anbud förfaller när det avslås.

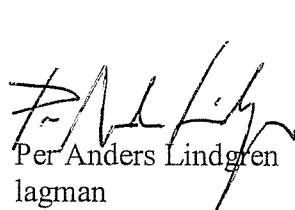
I en kommentar till den aktuella bestämmelsen anges att det är lämpligt att den upphandlande myndigheten vid sitt övervägande om krav på anbudens giltighetstid tar med i beräkningen att en upphandling kan komma att överprövas (se Karnov, kommentar till LOU, fotnot 93).

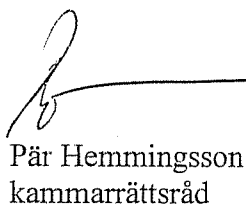
Av rättspraxis kan utläsas att anbudens giltighetstid kan förlängas under förutsättning att principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU iakttas samt att huruvida en förlängning ska ske eller inte främst är en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna (jfr RÅ 2008 not. 26).

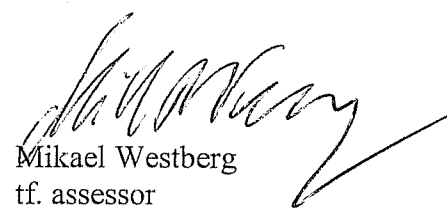
Kammarrätten gör följande bedömning.

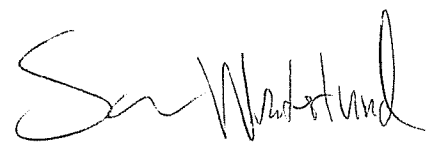
Kammarrätten kan konstatera att anbudens giltighetstid löpt ut och att någon förlängning av giltighetstiden inte har skett. Enligt kammarrättens mening föreligger därför inte några giltiga anbud i upphandlingen. Den får därmed inte avslutas genom tecknande av upphandlingskontrakt och får därigenom anses ha förfallit. Det saknas med hänsyn härtill grund för kammarrätten att beträffande den aktuella upphandlingen meddela förordnande enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU. Ändamålet med klagandens talan har således förfallit varför målet ska avskrivas från vidare handläggning.

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


Per Anders Lindgren
lagman
ordförande


Pär Hemmingsson
kammarrättsråd
referent


Mikael Westberg
tf. assessor


Sara Westerlund
föredragande

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-08-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
13459-09
Rote1 552

KLAGANDE

Nacka Express AB, 556471-0019

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

MOTPART

Nacka kommun

Ombud: Torbjörn Borg
c/o Öberg & Heijne Advokatbyrå
Fristadstorget 4
632 20 Eskilstuna

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 26 juni 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 443579

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

BAKGRUND

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av sand-gruskrossmaterial (dnr TN 2009/202).

Kommunen har i tilldelningsbeslut meddelat att man antagit ett annat anbud än anbudet från Nacka Express AB (Nacka Express).

YRKANDEN M.M.

Nacka Express ansöker om överprövning och yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att Nacka Express anbud kvalificeras till utvärdering varvid Nacka Express anbud antas samt i andra hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anger Nacka Express i huvudsak följande. Kommunen har förkastat Nacka Express anbud trots att anbudet uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav. För det fall länsrätten skulle finna att Nacka Express anbud inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav menar Nacka Express att de krav som inte uppfyllts helt saknar betydelse för upphandlingen, varför det strider mot den grundläggande principen om proportionalitet att förkasta anbudet på grund av att anbudet inte uppfyller kraven. Nacka Express menar dessutom att dessa krav varit så otydligt utformade att anbudsgivarna inte kunnat förutse vilka uppgifter som skulle presenteras i anbudet och därför inte haft möjlighet att utforma sina anbud på ett korrekt sätt. Det strider därför mot principerna om förutsebarhet och transparens att förkasta anbud som brister i dessa avseenden.

När Nacka Express fick del av tilldelningsbeslutet konstaterade man till sin förvåning att kommunen förkastat Nacka Express anbud. I tilldelningsbeslutet har angetts att orsaken härtill är att Nacka Express i sitt anbud "...ej

besvarat två i förfrågningsunderlaget begärda uppgifter (skall-krav)...”. De uppgifter som kommunen menar saknades i Nacka Express anbud var

- Uppgift om avhämtningsplats och
- Angivande av alternativt material för det fall grus skulle ta slut

Kommunens påståenden om brister i Nacka Express anbud är emellertid felaktiga. Något skall-krav avseende angivande av avhämtningsplats finns inte i förfrågningsunderlaget. I kravspecifikationen till förfrågningsunderlaget anges under rubriken *omfattning* följande.

”Pris

Priser skall anges i form av nettopris kronor/ton exkl. moms. På angiven plats i respektive bilaga:

- Leverans/avhämtat. Utvärderas.
- Ange var avhämtning av material kan ske. Utvärderas ej.
- Ej frekventa produkter. Utvärderas ej.”

Det aktuella skall-kravet avser angivandet av priser och inget annat. I vart fall är det så Nacka Express uppfattat kravet. Dessutom kan konstateras att det i de bilagor kravet hänvisar till inte finns någon ”angiven plats” att ange var avhämtning kan ske. Även detta förhållande talar emot att det ska anses vara ett skall-krav att ange avhämtningsplats. Slutligen kan konstateras att avhämtningsplats inte heller ska utvärderas. Varför kommunen skulle uppställa ett skall-krav avseende uppgifter som inte får beaktas varken vid kvalificeringen eller utvärderingen kan Nacka Express svårligen förstå. Anledning saknas att förkasta Nacka Express anbud på denna grund.

Kommunen verkar vidare mena att det är ett ovillkorligt krav att i anbudet ange vilken annan produkt som kan erhållas för det fall grus tar slut. Inte heller detta kan emellertid utläsas av förfrågningsunderlaget och det är heller inte på detta sätt som Nacka Express har uppfattat kommunens för-

frågan. Under rubriken *omfattning* i kravspecifikationen till förfrågningsunderlaget anges följande. ”Annan produkt skall kunna erhållas om grus tar slut. Anges i anbud”.

Nacka Express har uppfattat denna skrivelse som att det i anbudet ska anges att annan produkt ska kunna erhållas om grus tar slut. Inte att produkten ska namnges. Detta särskilt som att kommunen inte uppställt några krav avseende denna eventuella ersättningsprodukts egenskaper etc.

För att täcka in samtliga krav, inklusive ovanstående krav på ersättningsprodukt, har Nacka Express i sitt anbud angett följande. ”Vi har tagit del av samtliga bilagor i Er anbudsfrågan. Administrativa föreskrifter, kommersiella villkor, kravspecifikation, krav gällande arbetsmiljö och klimat, samtliga ”skall-krav” m.m. Vi godkänner och accepterar dessa i sin helhet” Genom denna skrivning har Nacka Express således accepterat att annan produkt ska kunna erhållas om grus tar slut och detta har angetts i anbudet i enighet med förfrågningsunderlagets krav. Anledning att förkasta Nacka Express anbud saknas således även på denna grund.

Som framgår av förfrågningsunderlaget ska endast pris utvärderas. Vilka avhämtningsplatser som offererats saknar således helt betydelse. Uppgift om avhämtningsplats anknyter varken till något kommersiellt krav eller till något utvärderingskriterium. Att förkasta ett anbud på grund av en sådan, för upphandlingen betydelselös uppgift, strider mot principen om proportionalitet. Detsamma gäller om länsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget innehåller ett krav på att anbudsgivarna i anbudet ska ange vilken ersättningsprodukt som kan levereras om grus tar slut. Förfrågningsunderlaget lämnar inget utrymme att premiera en bättre eller sämre ersättningsprodukt. Inte heller finns några krav uppställda avseende denna ersättningsprodukt, annat än att det ska vara just en ersättningsprodukt och därmed kunna ersätta grus. Att förkasta ett anbud på grund av avsaknad av en

uppgift som den upphandlande enheten inte kan beakta vare sig i kvalificeringsfasen eller i utvärderingsfasen strider mot den grundläggande principen om proportionalitet.

Länsrätten har den 26 juni 2009 interimistiskt förordnat att kommunen inte får avsluta upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Samtliga omständigheter som kommunen valt att redovisa i kravspecifikationen utgör absoluta villkor, skall-krav, som måste vara uppfyllda för att en leverantör ska kunna vinna upphandlingskontraktet. Skall-krav varken kan eller får utvärderas, det vill säga lämpligheten kan inte prövas mot kontraktsföremålet. Detta innebär att antingen uppfylls kravet eller så är det inte uppfyllt. I kravspecifikationen anges det dessutom i klartext att skall-kraven inte utvärderas utan det är tillfyllest om dessa är uppfyllda.

De anbud som uppfyller samtliga skall-krav prövas därefter i en värdering som innebär att den leverantör som erbjuder det lägsta priset vinner anbudstävlingen. Det är således endast priset som värderas i denna upphandling. Skall-kraven måste samtliga vara uppfyllda om en leverantör ska kunna vinna anbudstävlingen.

Nacka Express uppfyllde inte två av de ställda skall-kraven, vilket ledde till att anbudet heller inte värderades mot erbjudna priser. Kommunen skulle ha brutit mot LOU om Nacka Express anbud prövats och antagits.

Kommunen finner anledning att understryka att definitionen av kontraktsföremålet och dess egenskaper uteslutande bestäms av den upphandlande myndigheten. Kvaliteten på kontraktsföremålet kan aldrig bli föremål för förhandlingar eller ifrågasättanden från leverantörernas sida. Kommunens

behov av sand, grus och krossmaterial har utformats efter genomförd behovsanalys och med denna utgångspunkt har förfrågningsunderlaget utformats.

Nacka Express anför att skall-kraven skulle vara otydligt utformade. Kommunen har tydligt angett att "Annan produkt skall kunna erhållas om grus tar slut. Anges i anbud." Någon otydlighet vidlåder inte detta kriterium. Inte heller kravet "Uppgift om avhåmtningsplats" är otydligt utan uppfyller den transparens och förutsebarhet som LOU förutsätter.

Nacka Express gör gällande att inga andra omständigheter än priset skulle fälla avgörandet vid valet av anbud och leverantör. Detta är en missuppfattning. I *Kommunens definition av kontrakt föremålet och metoden för utvärdering* redovisas samtliga omständigheter som prövades i utvärderingsfasen, dels alla skall-krav, dels de offererade priserna. Att Nacka Express anser att kommunens uppställda villkor för kontrakt föremålet är betydelselösa är anmärkningsvärt eftersom det är kommunen som ensam definierar kontrakt föremålet och detta inte görs av leverantörerna.

Nacka Express gör gällande att bolaget accepterat samtliga skall-krav genom formuleringen "Vi godkänner och accepterar dessa i sin helhet". Kommunen konstaterar att denna formulering inte innebär att skall-kraven därmed är uppfyllda. De begärda uppgifterna har aldrig lämnats i anbudet. Nacka Express anför att "...de kvalificeringskrav som uppställs..." skall vara transparenta. Kommunen vill betona att de uppställda skall-kraven är beskrivningar av de egenskaper kontrakt föremålet ska besitta och att dessa inte är kvalificeringskriterier utan utvärderingskriterier. Nacka Express har klarat de kriterier som uppställts i kvalificeringsfasen och därmed godkänts för deltagande i utvärderingsfasen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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 skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Kommunen har anfört att Nacka Express i sitt anbud inte lämnat uppgift om avhämtningsplats eller namngett alternativ produkt för det fall grus skulle ta slut. Anbudet har härigenom inte uppfyllt samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav. Nacka Express har i första hand hävdad att samtliga skall-krav är uppfyllda och i andra hand att kraven är otydliga och att det strider mot proportionalitetsprincipen att förkasta ett anbud som inte uppfyller kraven då kraven saknar betydelse för upphandlingen.

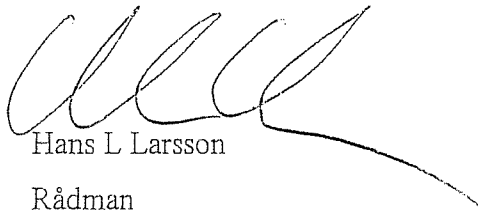
I förfrågningsunderlagets kravspecifikation anges under rubriken Omfattning att "Annan produkt skall kunna erhållas om grus tar slut. Anges i anbud". Under rubriken Pris anges bland annat följande. "Priser skall anges i form av nettopris kronor/ton exkl. moms. På angiven plats i respektive bilaga:

- Leverans/avhämtat. Utvärderas.
- Ange var avhämtning av material kan ske. Utvärderas ej.
- Ej frekventa produkter. Utvärderas ej."

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att anbudsgivare ska ange var avhämtning av material kan ske. Nacka Express har inte gjort detta och uppfyller således inte det angivna kravet. Då kravet i sig inte innebär någon konkurrensbegränsning finner länsrätten vidare att kommunen inte har åsidosatt proportionalitetsprincipen genom att förkasta Nacka Express anbud med hänvisning till att kravet inte uppfyllts. Vad Nacka Express anfört föranleder inte någon annan bedömning. Länsrätten finner således att det inte har framkommit att kommunen skulle ha agerat i strid mot LOU genom att förkasta Nacka Express anbud på angiven grund.

Vid en sådan bedömning finner länsrätten inte skäl att pröva Nacka Express övriga invändningar mot upphandlingen.

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



Hans L Larsson
Rådman

Föredragande har varit Mathias L. Jansson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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

