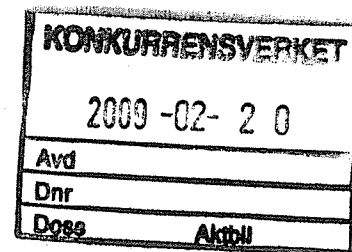


LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-02-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26095-08
Rotel 222



SÖKANDE

AGE Kontor & Data AB, 556142-0836
Box 7064
192 07 Sollentuna

Ombud:

Advokaten Catharina Baerselman och jur.kand. Carl Norén
Advokatfirman Södermark HB
Box 14055
104 40 Stockholm

MOTPART

VHS Upphandling
Box 24070
104 50 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller AGE Kontor & Data AB:s ansökan om åtgärder med stöd av LOU och förordnar att VHS upphandling av statligt ramavtal för kontorsmateriel skall göras om.

Länsrättens interimistiska beslut den 2 januari 2009 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Verket för Högskoleservice ("VHS") genomför en upphandling av statligt ramavtal för kontorsmateriel, dnr 55-0152-2004. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU.

Av tilldelningsbeslut den 12 maj 2008 framgår att VHS i upphandlingen antagit anbud lämnade av bl.a. Corporate Express AB ("Corporate Express"). Länsrätten har i domar den 30 juni 2008 i mål nr 10694-08 och 10696-08 avslagit ansökningar om överprövning enligt LOU av Frans Svanström & Co AB respektive AGE Kontor & Data AB ("AGE").

Vidare har länsrätten i dom den 28 oktober 2008 i mål nr 14650-08 bifallit en ansökan av Ritma AB ("Ritma") om överprövning enligt LOU och förordnat att upphandlingen vad gäller område A får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Corporate Express anbud förkastas och en ny utvärdering m.m. skall ske.

Av nytt tilldelningsbeslut den 27 november 2008 framgår att VHS med anledning av länsrättens dom i mål nr 14650-08 i upphandlingen antagit bl.a. Ritma som leverantör. Därefter har länsrätten i dom den 12 december 2008 i mål nr 24318-08 delvis bifallit Corporate Express ansökan om överprövning enligt LOU och förordnat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering m.m. ska ske där Corporate Express anbud ska delta i utvärderingen. Länsrättens dom överklagades av Ritma till Kammarrätten i Stockholm, som i beslut den 22 januari 2009 i mål nr 9610-08 fann att Ritma inte varit att anse som part i länsrätten och därmed saknade rätt att överklaga länsrättens dom.

I nu aktuellt tilldelningsbeslut den 16 december 2008 har VHS med anledning av länsrättens dom i mål nr 24318-08 rättat sitt tidigare tilldelningsbeslut och i upphandlingen återigen antagit bl.a. Corporate Express som leverantör.

YRKANDE M.M.

AGE ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten förordnar att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför AGE i huvudsak följande.

Hinder för prövning

Samtliga beslut under en upphandling kan bli föremål för överprövning. En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot LOU har rätt att ansöka om överprövning. Det nu aktuella tilldelningsbeslutet innebär att AGE:s anbud förkastats. AGE lider skada genom att bolagets anbud felaktigt har förkastats och har därmed rätt att få sin sak prövad. AGE har inte tidigare begärt överprövning av samma tilldelningsbeslut. Eftersom samtliga beslut i en upphandling kan bli föremål för överprövning föreligger inte res judicata när AGE begär överprövning av VHS beslut i ett senare led än det länsrätten tidigare prövat (jfr. Kammarrättens i Göteborg beslut den 4 juli 2003 i mål nr 4258-03). VHS påstående att AGE inte skulle ha "något av rättsordningen skyddat intresse att få ansöka om överprövning" bestrids och saknar relevans. LOU utpekar uttryckligen vem som har talerätt vid överprövningsmål. AGE uppfyller dessa kriterier. Därutöver utgör AGE:s talan i detta mål en annan sak än AGE:s talan i AGE:s tidigare överprövningsmål av den anledningen att det efter AGE:s första ansökan om överprövning tillkommit en rad omständigheter som åberopas i detta mål. Det har numera meddelats flera domar rörande samma upphandling som sammantaget tydligt visar på att det begrepp som varit föremål för prövning i samtliga mål inte tolkas lika av länsrätten. I två av domarna har länsrätten dessutom kommit till helt motsatta slutsatser i frågan om Corporate Express har uppfyllt kravet. Inte ens länsrätten har således entydigt kunnat tolka begreppets innebörd. Därutöver har VHS uttalat sig i målet på sådant sätt att det är tydligt att inte heller VHS har haft begreppets innebörd klart för sig.

Särskilt framtagen prislista

Samtliga tidigare mål om överprövning som gällt upphandlingen har rört tolkningen av begreppet en för upphandlingen särskilt framtagen prislista. Detta begrepp, som haft en avgörande betydelse i upphandlingen, har inte varit transparent. VHS har förkastat AGE:s anbud med hänvisning till att AGE har justerat sina priser före och efter sista anbudsdagen. Det har i upphandlingen inte framgått att det skulle ha varit förbjudet att agera på sätt som AGE gjort. VHS har accepterat att Corporate Express sänkt sina priser inför den aktuella upphandlingen bara för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Enligt länsrättens dom i mål nr 24318-08 tillmäter såväl VHS som länsrätten det betydelse att Corporate Express hållit sina priser än i dag. Att en sådan omständighet skulle kunna få betydelse har inte framgått i upphandlingen. Därutöver är hänsyn till en sådan omständighet inte något som kan tillmätas betydelse i upphandlingen, eftersom den är hänförlig till tiden efter utvärderingen sker. – VHS tolkning av begreppet en “särskilt framtagen prislista” stämmer inte överens varken med vad som kunnat utläsas av förfrågningsunderlaget eller vad som annars angavs av VHS i upphandlingen inför sista anbudsdag. Den tolkning länsrätten gjort av begreppet i de meddelade domarna överensstämmer inte heller med de förutsättningar leverantörerna kunde utläsa inför lämnandet av anbud. Länsrätten har heller inte varit konsekvent i sin tolkning av begreppet. Det är under dessa omständigheter uppenbart att förutsättningarna för upphandlingen inte har varit transparenta på sådant sätt att leverantörerna kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen. AGE har lidit skada av förutsättningarnas oklarhet. Att under dessa ovan angivna omständigheter några anbudsgivare enligt VHS har lyckats gissa sig till vad VHS idag tycks mena med begreppet är givetvis inte något som förändrar detta. Eftersom talan rör ett fel som påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede, saknas möjlighet för länsrätten att besluta om rättelse. Länsrätten ska rätteligen besluta att upphandlingen ska göras

om. – AGE bifogar och åberopar därutöver bl.a. de yttranden som bolaget gett in i länsrättens mål nr 10696-08.

Anbudens giltighetstid

Anbudet i upphandlingen har varit bindande till och med den 30 augusti 2008, vilket skriftligen har bekräftats av anbudsgivarna. VHS har inte infordrat nya bindande skriftliga anbud från samtliga kvalificerade leverantörer inför det nu fattade tilldelningsbeslutet. Upphandlingen skall därmed under alla omständigheter betraktas som en otillåten direktupphandling som ska göras om (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 juni 2006 i mål nr 3491-06). – Det nuvarande målet skiljer sig från RÅ 2008 not. 26 bland annat på det sättet att förhållandet att anbudens giltighet gått ut inte var en omständighet som åberopades i det målet. VHS vitsordar för övrigt att någon förlängning av anbudet inte har skett.

VHS bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Hinder för prövning

De nu aktuella frågorna har redan prövats och avgjorts av länsrätten i mål nr 10696-08. Domen har vunnit laga kraft. AGE åberopar i sin ansökan om överprövning i det nu aktuella målet i allt väsentligt samma grunder och omständigheter till stöd för sin ansökan som i det tidigare målet. VHS anser att en anbudsgivare som redan utnyttjat sin lagliga möjlighet att ansöka om överprövning därefter inte har något av rättsordningen skyddat intresse att få ansöka om överprövning ytterligare en gång. En sådan ansökan skall avvisas och detta i synnerhet då den nya ansökan avser samma sak som den sökandes tidigare ansökan om överprövning. AGE kan inte anses berört av det nya tilldelningsbeslutet eftersom detta inte på något sätt påverkar AGE:s situation. Beslutet angår inte AGE och har inte gått AGE emot. AGE kan inte heller lida skada av det nya tilldelningsbeslutet. Detta beslut har överhuvudtaget inga rättsverkningar för AGE och bolaget

kan därför inte heller anses berättigat att ansöka om överprövning av beslutet (jfr. EG-domstolens avgörande i Stadt Halle, C-26/03). Att nu tillåta AGE att ånyo få samma sak prövad skulle därför gå för långt utöver den rätt till domstolsprövning som rättsordningen tillerkänner anbudsgivarna och skulle, från såväl process- som samhällsekonomisk synpunkt, vara fullständigt orimligt.

Särskilt framtagen prislista

VHS har konstruerat ett tydligt förfrågningsunderlag som uppfyller de krav som följer av LOU. VHS bestrider således att förfrågningsunderlaget inte har varit transparent. Detta har slagits fast av länsrätten i två lagakraftvunna domar. VHS vill också framhålla att majoriteten, fem av sju, av anbudsgivarna hade förstått samtliga krav i förfrågningsunderlaget. VHS har i samband med prövningen av anbudet tillämpat de krav som ställts och har därmed även behandlat samtliga anbudsgivare lika. – VHS bifogar och åberopar därutöver de yttranden som VHS gett in i länsrättens mål nr 10696-08.

Anbudens giltighetstid

Enbart den omständigheten att anbudens giltighetstid löper ut i en upphandling innebär vare sig att det föreligger någon överträdelse av LOU eller att en leverantör kan lida skada. Det bör därvid framhållas att AGE, som inte uppfyllt skall-kraven i upphandlingen och således under inga omständigheter skulle kunna tilldelas ramavtal, inte påverkas av frågan om anbudens giltighetstid. Att anbudens giltighetstid löper ut kan därför aldrig i sig utgöra grund för åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU. Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 juni 2006 i mål nr 3491-06 får, med hänsyn till senare praxis från Regeringsrätten, numera helt anses sakna prejudikatvärde. Detta eftersom Regeringsrätten i RÅ 2008 not 26 funnit att kammarrätten agerat korrekt när den funnit att den omständigheten att anbudens giltighetstid gått ut inte medfört att den aktuella upphandlingen inte efter rättelse kunde fullföljas. Frågan om anbudens giltighetstid skall förlängas eller inte är dessutom inte en upphandlingsrättslig fråga utan i

huvudsak en fråga mellan den upphandlande enheten och anbudsgivarna. – LOU innehåller ingen bestämmelse som anger hur en upphandlande enhet skall agera när anbudens giltighetstid löper ut innan upphandlingen avslutas. Frågan har däremot bedömts i praxis, se Regeringsrättens beslut av den 11 februari 2008 i mål nr 2386-06. Regeringsrättens beslut innebär dock endast att det är möjligt för domstolen att förordna om att en upphandling får avslutas först efter rättelse trots att anbudens giltighetstid har löpt ut och att när också hela avtalstiden, som skulle gälla för det ramavtal som upphandlas inklusive förlängningsår, har löpt ut – kan en domstol varken förordna om rättelse eller att upphandlingen skall göras om. I en sådan situation skall domstolen skriva av målet. VHS vill således uppmärksamma länsrätten på att det ovan angivna är det enda som kan utläsas av Regeringsrättens beslut. I det tilldelningsbeslut som nu är föremål för tre ansökningar om överprövning, bland annat Ritmas, beslutade VHS att anta anbudet från fyra andra anbudsgivare. Detta tredje tilldelningsbeslut är till sin innebörd identiskt med det första tilldelningsbeslutet VHS fattade i upphandlingen. När VHS har fattat ett tilldelningsbeslut – och i samband med att VHS skickar upplysningar om detta till anbudsgivare – brukar VHS samtidigt skicka ut upphandlingskontraktet för undertecknande till de antagna anbudsgivarna. De antagna anbudsgivarna ombeds underteckna kontrakten och sända tillbaka dem till VHS. När tiodagarsfristen har löpt ut och inget interimistiskt beslut har fattats i domstol undertecknar VHS upphandlingskontraktet. Även efter det att VHS fattat det tredje tilldelningsbeslutet har upphandlingskontraktet skickats ut för undertecknande till de fyra antagna anbudsgivarna. Anbudsgivarna har undertecknat kontrakten och skickat tillbaka dem till VHS. Anbudet är en del av upphandlingskontrakten och genom att underteckna kontrakten har samtliga fyra anbudsgivare visat att deras anbud alljämt är giltiga. Ingen av dessa fyra har invänt att deras anbud inte längre skulle vara bindande eller giltiga. De antagna anbuden är således fortfarande giltiga. För det fall länsrätten inte skulle anse att anbuden som har antagits är giltiga får VHS anföra följande. I och med att det

tilldelningsbeslut som nu gäller är identiskt med det första, det som fattades i maj 2008, är det i och för sig så att redan detta faktum borde innebära att det nya beslutet är detsamma som det tidigare beslutet. Under dessa förutsättningar har även det nya beslutet fattats inom den ursprungliga giltighetstiden. Även för det fall identitet mellan de olika besluten inte skulle anses föreligga är anbudena dock fortfarande giltiga. Det är riktigt att VHS inte har formellt begärt någon förlängning av anbudens giltighetstid. Däremot är de antagna anbudena fortfarande giltiga. Frågan om anbudens giltighetstid är en sak mellan de parter som skall ingå avtal, inte en sak mellan AGE och VHS. Eftersom AGE:s anbud enligt lagakraftvunnen dom inte uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav får detta inte ens antas. I det åberopade målet från Regeringsrätten var det den upphandlande enheten och inte den klagande leverantören som förde fram argument relaterade till anbudens giltighetstid. Detta betyder att det var en av de tilltänkta parterna i kontraktet som framförde argumentet, inte en av de andra anbudsgivarna som inte kunde komma i fråga för kontrakt. VHS, liksom de anbudsgivare vars anbud antas i det tredje tilldelningsbeslutet, anser att de antagna anbudena är giltiga. Sett ur lagens perspektiv torde det dessutom förhålla sig så att den anbudsgivare som inte blivit antagen inte lider någon skada på grund av att anbudens giltighetstid gått ut. Han har ju blivit bortvald på den ena eller andra grunden, dvs. antingen genom att han inte uppfyllt samtliga ställda krav, eller att han inte varit konkurrenskraftig i förhållande till övriga anbud. Att då argumentera för att upphandlingen skall göras om, med hänsyn till en omständighet som inte påverkar bedömningen av om anbudet skall antas eller inte, kan inte utgöra en omständighet som kan betecknas som skada enligt 7 kap. 2 §. Även om VHS skulle anses ha brutit mot LOU kan AGE således inte lidit skada varför grund för ingripande från länsrätten saknas. AGE:s anbud skall ändå inte antas. – VHS har inte, och har heller inte haft anledning att utgå från annat än att anbudena från de fyra antagna anbudsgivarna var giltiga även vid tidpunkten för det tredje tilldelningsbeslutet.

Länsrätten har den 2 januari 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall en upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 7 kap. 2 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, skall länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

I aktuellt förfrågningsunderlag anges i punkten 1.7.1 bl.a. att anbud skall vara bindande till och med den 30 augusti 2008, vilket skriftligen ska bekräftas i anbudet.

Länsrättens bedömning

Den första frågan som länsrätten har att ta ställning till är om de omständigheter som AGE anför till stöd för sin ansökan om överprövning redan har prövats av länsrätten och om hinder därmed föreligger för att sakpröva AGE:s talan i förevarande mål. Länsrätten konstaterar att det i målen varit fråga om yrkanden som framställts vid olika tidpunkter under upphandlingsförfarandet med mellankommande tilldelningsbeslut. Varje tilldelningsbeslut under en upphandling innebär ett nytt sådant ställningstagande som kan bli föremål för överprövning enligt LOU, och detta även om de omständigheter som anføres till stöd för ett yrkande om åtgärder enligt LOU tidigare har varit föremål för förvaltningsdomstols prövning

enligt lagen (Kammarrätten i Stockholms dom den 2 februari 2009 i mål nr 9607-08). Hinder mot att pröva AGE:s ansökan i sak föreligger därför inte.

Vad sedan gäller frågan om den omständighet att anbudens giltighetstid löpt ut innebär att hinder föreligger för upphandlande enheten att anta anbud i upphandlingen gör länsrätten följande bedömning. Hur länge en anbudsgivare enligt förfrågningsunderlaget skall vara bunden av sitt anbud är en omständighet som kan inverka på hur anbudsgivaren väljer att utforma sitt anbud. Flertalet av de domar där förvaltningsdomstolarna har övervägt konsekvenserna av att giltighetstiden för anbuden i en upphandling har gått ut har rört frågan om det i en sådan situation föreligger sakliga skäl att avbryta upphandlingen (se t.ex. Kammarrättens i Stockholm domar den 21 december 2005 i mål nr 7263-05, den 2 maj 2006 i mål nr 1062-06, samt den 14 juli 2006 i mål nr 4508-06). I samtliga fall synes kammarrätten ha förutsatt att det inte är möjligt att anta anbud som inte längre är bindande för anbudsgivarna. Kammarrätten i Stockholm – i vars bedömning härvidlag Regeringsrätten sedermera instämde – fann i dom den 20 mars 2006 i mål nr 6589-05 att rättelse på så sätt att ett anbud skulle tas med i utvärderingen var möjlig, trots att anbudets giltighetstid vid tidpunkten för kammarrättens dom hade löpt ut. I det målet hade dock denna omständighet – till skillnad från i nu aktuellt mål – inte åberopats av anbudsgivaren till stöd för sin talan. Vidare fäste kammarrätten i sin bedömning vikt vid att tilldelningsbeslutet torde ha kommit de antagna leverantörerna tillhanda långt före det att anbudens giltighetstid löpte ut. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 16 maj 2005 i mål nr 1031-05 funnit att den omständighet att giltighetstiden för det i upphandlingen antagna anbudet löpt ut inte inneburit att upphandlingen genomförts i strid med LOU. I det målet hade emellertid giltighetstiden löpt ut först *efter* att tilldelningsbeslutet hade meddelats, och kammarrätten har dessutom fäst vikt vid att bindande avtal i det fallet hade kommit till stånd redan genom själva tilldelningsbeslutet. Att den omständighet att giltighetstiden för anbuden i en pågående upphandling löpt ut i sig kan innebära att

upphandlingen måste göras om synes också förutsättas i förarbetena till den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (se prop. 2006/07:128 s. 381). Enligt länsrättens mening följer av ovanstående att det strider mot LOU att anta anbud vars giltighetstid löpt ut.


Den omständigheten att giltighetstiden för anbuden enligt förfrågningsunderlaget löpt ut innebär emellertid inte att upphandlingen ovillkorligen måste avbrytas. Den upphandlande enheten har i en sådan situation enligt rättspraxis en möjlighet att vända sig till anbudsgivarna med en förfrågan om förlängning av giltighetstiden. Under vilka omständigheter en sådan förlängning kan godtas är emellertid inte klarlagt, t.ex. om förfrågan måste ske till samtliga anbudsgivare i upphandlingen, till samtliga kvalificerade anbudsgivare, eller om det räcker att vända sig till den eller de som kommer i fråga för kontrakt. Det får dock anses klarlagt att det inte är fråga om ett sådant civilrättsligt förhållande som faller utanför länsrättens prövning av en ansökan om överprövning enligt LOU. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 26 januari 2005 i mål nr 6802-04 funnit att de omständigheter att giltighetstiden för anbuden gått ut före tilldelningsbeslutet och att *samtliga anbudsgivarna* inte gått med på förlängning av giltighetstiden medför att den upphandlande myndigheten inte ägt åberopa upphandlingsförfarandet för beslut om leverantör. Upphandlingen skulle därför göras om. I en kommentar till domen uttalade NOU att en grundförutsättning för förlängning av anbudens giltighetstid är att samtliga anbudsgivare går med på samma förlängning, annars måste upphandlingen göras om (NOU Info, mars 2005, s. 10). Att endast vända sig till den eller de anbudsgivare som den upphandlande myndigheten enligt sitt tilldelningsbeslut avser anta som leverantörer i upphandlingen – eller av annan anledning utgå ifrån att dessa godtagit en förlängning av respektive anbuds giltighetstid – innebär enligt länsrättens mening i vart fall inte att en sådan förlängning av anbudens giltighetstid skall anses ha kommit till stånd.

Länsrätten konstaterar sammanfattningsvis att det föreligger hinder att i den förevarande upphandlingen överhuvudtaget anta anbud eftersom dessa inte längre är giltiga. Då så ändå skett genom det tilldelningsbeslut som nu är föremål för överprövning genomförs upphandlingen inte i enlighet med LOU. Att den omständighet att anbudens giltighetstid löpt ut inte är att hänföra till agerande av VHS föranleder ingen annan bedömning.

Då AGE kan antas lida skada av den ovan konstaterade bristen i upphandlingen föreligger grund för åtgärder enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU. Någon annan åtgärd än att förordna att upphandlingen skall göras om kan i denna situation inte komma i fråga.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva AGE:s övriga invändningar i målet.

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


Allan Johansson
rådman

Föredragande har varit Henrik Grönberg.