

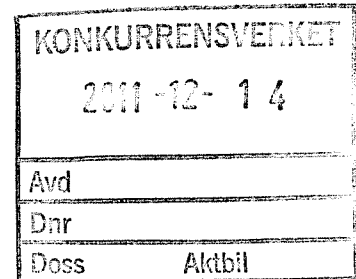


KLAGANDE

Örebro kommun
Box 300 00
701 35 Örebro

MOTPART

Dahl Sverige AB, 556287-0229
Box 1036
721 26 Västerås



Ombud: Advokaten Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 15 augusti 2011 i mål nr 2853-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller Örebro kommuns överklagande och upphäver förvaltningsrättens dom.

YRKANDEN M.M.

Örebro kommun (kommunen) yrkar att förvaltningsrättens dom upphävs. Kommunen anför bl.a. följande. Under tiden för den pågående processen har giltighetstiden för anbuderna gått ut. Dahl Sverige AB (bolaget) har genom e-postmeddelande den 23 maj 2011 ensidigt meddelat att deras anbud

förlängs till dess att prövningen är avslutad och två veckor därefter. Kommunen har inte begärt förlängd anbudstid och övriga anbudsgivare har därför inte beretts denna möjlighet. Det föreligger inte någon lagstadgad skyldighet att begära förlängd anbudstid i de fall denna går ut under pågående rättsprocess. Bolagets ensidiga meddelande om förlängd anbudstid får inte beaktas av kommunen och bolagets påstående att det finns ett giltigt anbud att anta är därför felaktigt. Det kan inte anses förenligt med LOU att en anbudsgivare ensidigt förlänger giltighetstiden av lämnat anbud och därmed binder den upphandlande myndigheten till anbudet utöver den i förfrågningsunderlaget angivna tiden.

Kommunen har inte avvaktat med att fatta tilldelningsbeslut med avsikt att anbudens giltighet skulle löpa ut. Kommunen fattade ett nytt tilldelningsbeslut i enlighet med förvaltningsrättens dom efter det att kammarrätten inte meddelat prövningstillstånd till kommunens överklagande. Att detta beslut sedermera överklagades av Ahlsell AB (Ahlsell) är en omständighet som kommunen inte kan påverka.

Ett tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § LOU kan överprövas och en domstol kan förordna om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Själva tilldelningsbeslutet i sig kan därmed inte tillmätas någon rättsverkan. En upphandling kan slutföras först efter att tiden för avtalsspärr löpt ut och då genom att avtal tecknas. Syftet med avtalsspärren och tiodagarsfristen är att rättsligt bindande avtal inte ska kunna träffas förrän denna tid löpt ut.

Bolaget anser att överklagandet ska avslås. Bolaget anför bl.a. följande. Det är kommunen som har orsakat tidsutdräkten i upphandlingen. När Förvaltningsrätten i Karlstad meddelade dom den 14 februari 2011 i mål nr 6482-10, som innebar att Ahlsells anbud skulle förkastas, kvarstod inte mindre än två och en halv månad av anbudens giltighetstid, som då löpte ut den 30 april 2011. När Kammarrätten i Göteborg meddelade sitt beslut den 4 april 2011 i mål nr 1859-11, att inte meddela prövningstillstånd, kvarstod nästan

en månad av denna giltighetstid. Den 26 april 2011, när kammarrättens avgörande vunnit laga kraft, fanns fortfarande tid för kommunen att meddela tilldelningsbeslut innan anbudens giltighetstid skulle löpa ut. Först den 3 maj 2011, nästan en månad efter kammarrättens beslut, meddelade kommunen sitt tilldelningsbeslut där bolaget tilldelades kontraktet.

Det vore stötande för den allmänna rättskänslan om en upphandlande myndighet kunde undvika att följa ett domstolsutslag om att vidta en viss rättelse genom att helt enkelt vänta ut utgången av anbudens giltighetstid. Detta kan inte heller vara förenligt med lagens syfte.

Vad som nu redovisats avser dock bara den i förfrågningsunderlaget angivna tiden för anbudens giltighet. Bolaget har därutöver i ett tidigare skede av överprövningsprocessen meddelat att giltighetstiden av bolagets anbud förlängdes under den tid prövningen av upphandlingen pågick, och två veckor därefter. Bolagets anbud var därmed giltigt i två veckor efter det att prövningen i målet slutligt avgjorts genom att kammarrättens beslut den 4 april 2011 vunnit laga kraft den 26 april 2011. Bolagets anbud var med andra ord giltigt till och med den 10 maj 2011. När tilldelningsbeslutet meddelades den 3 maj 2011 hade giltighetstiden för bolagets anbud därmed inte löpt ut. Enligt gällande rättspraxis hade det faktum att anbudens giltighetstid gått ut inte utgjort något hinder för kommunen att ingå avtal med Ahlsell för det fall bolaget hade förlorat överprövningen. Det är därmed inte rimligt att denna omständighet ska utgöra hinder för kommunen att ingå avtal med bolaget, när det vann överprövningen.

När bolaget fick kännedom om att Ahlsell överklagat tilldelningsbeslutet förlängde bolaget återigen giltighetstiden för sitt anbud genom e-postmeddelande den 23 maj 2011. Denna förlängning saknar dock egentligen betydelse. Tilldelningsbeslutet som översändes den 3 maj 2011 innehöll ingen som helst reservation, varför det redan genom tilldelningsbeslutet hade uppkommit ett civilrättsligt bindande avtal mellan bolaget och kom-

munen. Några sakliga skäl för kommunen att därefter avbryta upphandlingen har därmed inte funnits.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det förelegat sakligt godtagbara skäl för kommunen att avbryta upphandlingen.

Kommunen har som grund för att avbryta upphandlingen anfört att det inte förelegat några giltiga anbud. Kammarrätten har därför först att pröva om det förelåg några giltiga anbud när kommunen avbröt upphandlingen.

Enligt kammarrättens mening kan den i förfrågningsunderlaget angivna giltighetstiden för anbuden förlängas under förutsättning att principerna för offentlig upphandling iaktas och om så ska ske eller inte är främst en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna (jfr justitierådet Eskil Nords utveckling av sin mening i RÅ 2008 not 26). Kammarrätten anser att frågan om förlängning av ett anbuds giltighet i själva upphandlingsprocessen inte bara reglerar anbudsgivarens bundenhet av anbudet, utan det har också effekt på upphandlande myndighet, bl.a. vad gäller upphandlande myndighets bundenhet till villkoren i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund härav finner kammarrätten att en förlängning av den i förfrågningsunderlaget angivna anbudstiden kräver ett ömsesidigt medgivande av upphandlande myndighet och anbudsgivare.

Vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet den 3 maj 2011 hade tiden för anbudens giltighet enligt förfrågningsunderlaget gått ut. Bolaget har oemotsagt angett att innan den i förfrågningsunderlaget angivna giltighetstiden för anbuden gått ut hade bolaget meddelat upphandlande myndighet att det förlängt anbudets giltighetstid till och med den 10 maj 2011. Kammarrätten anser att kommunen genom sitt agerande, dvs. genom att meddela tilldelningsbeslutet har accepterat att anbudstiden förlängdes till och med i vart

fall den 3 maj 2011. Det har inte framgått, eller ens gjorts gällande, att detta agerande skulle ha gjorts i strid mot de grundläggande EU-rättsliga principerna.

Kammarrätten finner att det vid tilldelningsbeslutet den 3 maj 2011 förelåg ett giltigt anbud eftersom ett ömsesidigt medgivande av en förlängning av anbudens giltighetstid fanns. För att ett giltigt anbud utifrån ett upphandlingsrättsligt perspektiv ska anses föreligga efter denna tidpunkt krävs enligt kammarrättens mening att ett nytt ömsesidigt samtycke till förlängning av anbudets giltighetstid skett. Något nytt ömsesidigt samtycke till förlängning av anbudets giltighetstid finns inte. Enligt kammarrätten fanns det således inte något giltigt anbud utifrån ett upphandlingsrättsligt perspektiv när kommunen avbröt upphandlingen.

Frågan är då om det faktum att det inte förelåg något giltigt anbud längre utgör sakligt godtagbara skäl för kommunen att avbryta upphandlingen. Kammarrätten anser att så är fallet.


Bolaget har vidare anfört att oavsett om en förlängning av anbudstiden skett eller inte har det redan genom tilldelningsbeslutet uppkommit ett civilrättsligt bindande avtal mellan bolaget och kommunen och några sakliga skäl för kommunen att därefter avbryta upphandlingen finns inte. I förfrågningsunderlaget, avsnitt 1.2.17 Upphandlingskontrakt, anges emellertid att upphandlingen avslutas med ett skriftligt avtal med antagen leverantör, som undertecknas av parterna. Detta innebär enligt kammarrättens mening att inte heller vad bolaget anfört i denna del kan medföra att kommunen inte hade rätt att avbryta upphandlingen.

Sammanfattningsvis saknas således förutsättningar för ingripande enligt LOU. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas.

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




Birgitta Pettersson



Birgitta Henriksson
referent



Lennart Berglund



/Marie Andersson



Bilaga A

SÖKANDE

Dahl Sverige AB, 556287-0229, Box 1036, 721 26 Västerås
Ombud: Advokaten Peter Thors, Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053, 104 50 Stockholm

MOTPARTER

1. Askersunds kommun, Box 7, 696 21 Askersund
2. Bergslagens Kommunalteknik, Box 144, 713 23 Nora
3. Degerfors kommun, 693 80 Degerfors
4. Hallsbergs kommun, 694 80 Hallsberg
5. Karlskoga kommun, 691 83 Karlskoga
6. Kumla kommun, 692 80 Kumla
7. Lekebergs kommun, 716 81 Fjugesta
8. Örebro kommun, Box 300 00, 701 35 Örebro

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att kommunerna som anges ovan under "MOTPARTER" 1 – 8 ska återuppta upphandlingen avseende VA- och VVS-material och slutföra den.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Dahl Sverige AB, hädanefter benämnt Dahl, yrkar att förvaltningsrätten – med ändring av den upphandlande myndighetens beslut att avbryta upphandlingen – förordnar att upphandlingen ska återupptas och slutföras.

Degerfors kommun har förklarat att Dahls talan medges och att kommunen vill teckna avtal med Dahl.

Övriga kommuner har anfört att de inte ser någon möjlighet att ha ytterligare synpunkter och att de överlämnar till förvaltningsrätten i Karlstad att döma i målet. De hänvisar till tidigare ingivna svar i de olika målen samt anför att ifrågavarande upphandling inte har avbrutits i formell mening men att det samtidigt inte existerar några giltiga anbud.

Med "kommunerna" avses fortsättningsvis samtliga kommuner upptagna under "MOTPARTER" i domslutet.

Som grund för sin talan anför Dahl i allt väsentligt följande.

Bakgrund

Den i målet aktuella upphandlingen har redan varit föremål för två överprövningar. I tilldelningsbeslut den 20 september 2010 tilldelades Ahlsell Sverige AB (fortsättningsvis Ahlsell) kontraktet. Därefter ansökte Dahl den 30 september 2010 om överprövningar vid förvaltningsrätterna i Uppsala respektive Karlstad. Förvaltningsrätten i Uppsala överlämnade därefter sitt mål till Karlstad för gemensam handläggning. Den 14 februari 2011 meddelade förvaltningsrätten i Karlstad dom i mål 6482-10 med innebörden att upphandlingen skulle rättas på så sätt att utvärderingen skulle göras om varvid Ahlsells anbud inte skulle beaktas. Kommunerna överklagade domen. Den 4 april 2011 meddelade kammarrätten i Göteborg att prövningstillstånd inte skulle meddelas (mål 1859-11). Beslutet vann laga kraft den 25 april 2011. Den 3 maj 2011 meddelade kommunerna ett nytt tilldelningsbeslut där Dahl tilldelades kontraktet.

Det nya tilldelningsbeslutet överklagades av Ahlsell till förvaltningsrätten i Karlstad. Den 11 maj 2011 meddelade förvaltningsrätten i Karlstad intermistiskt beslut. I skrivelse till förvaltningsrätten den 20 maj 2011 angav kommunerna att giltighetstiden för anbuden hade gått ut, varför avsikten var att göra om upphandlingen. När Dahl – vid sina kontakter med en av de ingående kommunerna – fick kännedom om Ahlsells överklagande meddelade Dahl kommunerna den 24 maj 2011 att bolaget förlängde giltigheten av sitt anbud under den tid överprövning av upphandlingen pågick. Med anledning av kommunernas skrivelse avskrev förvaltningsrätten den 16 juni 2011 målet. I de delar där målet avsåg Kungsör och Köping beslutades dock att målet skulle överlämnas till förvaltningsrätten i Uppsala (Målet, 3449-11, avskrevs den 14 juli efter återkallelse; rättens anm.).

Av vad kommunerna redovisat i målet vid förvaltningsrätten i Karlstad har kommunerna för avsikt att göra om upphandlingen. Dahl kan dock konstatera att kommunerna ännu inte har meddelat något formellt beslut att avbryta upphandlingen. I vart fall har något sådant beslut inte meddelats Dahl. Att något formellt beslut att avbryta upphandlingen ännu inte har *meddelats* utgör dock inget hinder för förvaltningsrätten att pröva Dahls talan. Synbarligen har kommunerna *fattat* beslut om att avbryta upphandlingen, och eftersom alla beslut i ett upphandlingsärende är möjliga att överpröva kan också ett ännu inte meddelat beslut överprövas.

Anbudens giltighetstid

Enligt punkten 1.2.13 i förfrågningsunderlaget ska anbudet vara bindande till och med den 31 december 2010. Om upphandlingen blev föremål för rättslig prövning skulle dock anbudens giltighetstid förlängas till dess ramavtal kunde tecknas, dock längst med fyra månader, det vill säga till den 30 april 2011. Vid den första överprövningen av upphandlingen meddelade också Dahl att bolaget stod fast vid sitt anbud till dess överprövningen var avgjord och två veckor därefter (för det fall anbudets giltighetstid skulle löpa ut under denna tid). När förvaltningsrätten i Karlstad meddelade dom i målet kvarstod med andra ord i vart fall två och en halv månader av de inkomna anbudens giltighetstid.

Kommunerna utnyttjade dock inte möjligheten att genast rätta upphandlingen i enlighet med förvaltningsrättens dom av den 14 februari 2011. Inte heller agerade kommunerna för att få upp målet till nästa instans så fort som möjligt. I stället väntade kommunerna ut nästan hela överklagandefristen om tre veckor innan målet slutligen överklagades den 4 mars 2011. Inte heller efter kammarrättens beslut den 4 april 2011 agerade kommunerna med någon vidare skyndsamhet. Nästan en månad gick innan ett nytt tilldelningsbeslut meddelades den 3 maj 2011.

I och med att Dahl hade förlängt giltighetstiden för bolagets anbud gällde dock anbudet när tilldelningsbeslut meddelades den 3 maj 2011. Redan av den anledningen är det Dahls uppfattning att kommunerna saknar giltiga skäl att avbryta upphandlingen. Det kan noteras att tilldelningsbeslutet inte är villkorat av att upphandlingskontrakt ska tecknas. Även om tilldelningsbeslutet hade varit villkorat hade detta dock inte inneburit att upphandlingen skulle behöva avbrytas på grund av att anbudens giltighetstid hade gått ut efter det att tilldelningsbeslut meddelats.

Dahl förlängde giltighetstiden av sitt anbud när bolaget fick kännedom om att Ahlsell hade begärt överprövning. Innan kommunerna

meddelat något beslut att avbryta upphandlingen, vilket fortfarande inte skett, fanns det med andra ord ett giltigt anbud. Det skulle därvid sakna betydelse att anbudet under en period inte hade varit bindande.

DOMSKÄL

I 16 kap. 5 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta upphandlingen ska, enligt 16 kap. 12 § LOU, ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för detta.

I målet 2020-11 vid denna domstol, som gällde överprövning av tilldelningsbeslutet meddelat den 3 maj i år, upplyste kommunerna den 20 maj – trots att interimistiskt beslut meddelats i målet – att avsikten var att göra om upphandlingen eftersom anbudens giltighetstid gått ut. Den 16 juni valde domstolen att skriva av det målet. Såvitt framkommit upprättade kommunerna inte då något formellt beslut att avbryta upphandlingen och finns inte heller idag något sådant beslut.

En utgångspunkt för rättens prövning av ett avskrivningsbeslut ska givetvis vara ett uppsatt och daterat beslut som innehåller skäl och som inleder den nämnda tiodagarsfristen. Med beaktande av den avsikt och de skäl kommunerna redovisat i målet 2020-11 och då något avtal ännu inte slutits med Dahl i enlighet med tilldelningsbeslutet, finner rätten att kommunerna ska anses ha fattat ett beslut med innebörden att upphandlingen avbryts. Den omständigheten att det saknas ett formellt och daterat beslut ska ges den rättsliga innebörden att Dahl ska anses ha överklagat beslutet i rätt tid.

Rätten väljer att pröva beslutet från saklig utgångspunkt, dvs. om det funnits godtagbara skäl att avbryta upphandlingen, i stället för att pröva om kommunerna över huvud taget kunde avsluta upphandlingen sedan rätten meddelat ett interimistiskt beslut.

Skälet för att avbryta upphandlingen har, enligt kommunerna, varit att anbudens giltighetstid gått ut.

Enligt 9 kap. 11 § LOU ska i förfrågningsunderlaget anges den tid en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Med tanke på att en upphandling kan bli föremål för överprövning i flera instanser i olika omgångar och därigenom dra ut på tiden – även om mål av detta slag ska handläggas skyndsamt – så kan det finnas skäl att ange en väl tilltagen tid. Detta kan emellertid av affärsmässiga skäl vara mindre lämpligt, bland annat beroende på olika anbudsgivares ekonomiska förmåga att under längre tid vara bunden av ett anbud. Det kan därför bedömas som ett oproportionerligt villkor i upphandlingen.

I detta fall har kommunerna i förfrågningsunderlaget beaktat den tidsutdräkt en rättslig prövning kan komma att medföra och förklarat att tidsfristen i sådant fall kan förlängas från den 31 december 2010 till den 30 april i år. Tre dagar därefter, tisdagen den 3 maj, meddelade kommunerna nytt tilldelningsbeslut.

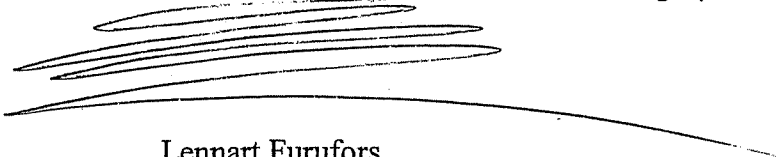
Väl förhåller det sig så att giltigt anbud och giltig accept ska föreligga innan avtal kan ingås. Emellertid råder i rättspraxis delade meningar i frågan om ett anbud måste beaktas även efter det att anbudens giltighetstid enligt förfrågningsunderlaget gått ut.

Sett från kommunernas synpunkt måste rimligen giltigt anbud och giltigt accept ha förelegat när tilldelningsbeslutet meddelades den 3 maj. Annat har inte visats än att Dahl under den tid upphandlingen pågått och än idag är angeläget om att teckna avtal och således står fast vid sitt anbud. Dahl har, såvitt framkommit, inte orsakat den tidsutdräkt som uppkommit efter det att tilldelningsbeslutet meddelades den 3 maj. Det kan inte vara förenligt med lagens syften att parter – detta berör således inte endast den upphandlande parten – ska kunna agera så att en upphandling på detta sätt måste avbrytas. Detta gäller i all synnerhet i tiden efter det att ett tilldelningsbeslut meddelats och – likaledes i all synnerhet – då en prövning pågår i domstol. En sådan ordning skulle rymma ett icke ringa inslag av godtycke, något som, såsom nämnts nyss, strider mot flera av LOU: s bärande principer, främst den om förutsebarhet.

Enligt rättens uppfattning förelåg och föreligger sålunda alltjämt ett giltigt anbud från Dahl. Sakliga skäl att avbryta upphandlingen har alltså inte förelegat.

Det bör därför förordnas att kommunerna ska återuppta den ifrågavarande upphandlingen och slutföra den. Att denna domstol avskrivit en begäran om överprövning från Ahlsell – som uppenbart i rätt tid begärt överprövning av den upphandling som nu ska återupptas och som haft och alltjämt har ett berättigat intresse av att få sin sak prövad – på den grunden att upphandlingen avbrutits, föranleder inte till annan bedömning i detta mål.

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



Lennart Furufors

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 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.