



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2010-11-17
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
40148-10
Enhet 14

Sida 1 (10)

SÖKANDE

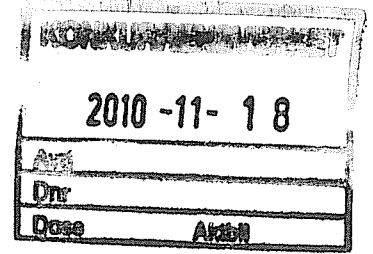
Prime Professional AB, 556596-3302
Box 10119
121 28 Stockholm-Globen

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 17 september 2010 upphör härigenom att gälla.

Dok.Id 69167

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

BAKGRUND M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av personaluthyrningstjänster 2010, diarienummer KFKS 2010/214-050. Enligt tilldelningsbeslut den 7 september 2010 har kommunen beslutat att teckna avtal med andra anbudsgivare än Prime Professional AB.

Förvaltningsrätten har den 17 september 2010 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Prime Professional AB (Prime) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan om överprövning.

Prime anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Kommunen har beslutat att med tillämpning av ett öppet förfarande enligt 4 kap. LOU upphandla personaluthyrningstjänster. Sista anbudsdag var den 14 juni 2010. Vid anbudstidens utgång hade 22 stycken anbud inkommit. Då ett av anbuden inte bedömdes uppfylla samtliga i upphandlingen uppställda kvalificeringskrav, uteslöts detta från upphandlingens utvärderingsfas.

I förfrågningsunderlaget, punkten 4.1, anges att anbud i upphandlingen ska vara giltiga t.o.m. den 1 september 2010. Då tilldelningsbeslutet meddelades den 7 september 2010 hade således anbudens giltighetstid löpt ut. Länsrätten i Stockholms län, vars bedömning Kammarrätten i Stockholm instämde i (se mål nr 1701-09), fann i mål 26095-08 att det är en förutsätt-

ning att samtliga anbudsgivare har godtagit en förlängning av anbudens giltighetstid för att tilldelningsbeslut ska kunna meddelas om anbudens giltighetstid gått ut dessförinnan. Sådant godkännande måste ske uttryckligen från anbudsgivarens sida, varför den upphandlande myndigheten inte kan utgå ifrån att en anbudsgivare godtar en förlängning av anbudets giltighetstid. Länsrätten gjorde sin bedömning bl.a. med stöd av uttalande från NOU om att en grundläggande förutsättning för förlängning av anbudens giltighetstid är att samtliga anbudsgivare går med på samma förlängning. I annat fall måste upphandlingen göras om (se NOU Info, mars 2005, s. 10).

Av bifogad sammanställning framgår att kommunen inte har förlängt anbudens giltighetstid med samtliga anbudsgivare före det att giltighetstiden löpt ut. Förlängning av Jurek Bemannings samt Bravuras anbud skedde först den 14 september 2010. Det är inte möjligt att i efterhand "läka" ett anbud vars giltighetstid löpt ut. Således fanns inte giltiga anbud att anta vid tidpunkten för kommunens meddelande av tilldelningsbeslut.

Ett uttryckligt samtycke måste inhämtas från samtliga anbudsgivare innan tiden för anbudens giltighet löper ut. Att tillåta en förlängning av anbud som en gång blivit ogiltiga, p.g.a. att dess giltighet löpt ut, är att jämställa med att anbudsgivarna lämnar in nya anbud. Detta är inte tillåtet efter det att tiden för att lämna anbud löpt ut. Prime har genom ombud, både per telefon och e-mail, den 13 september 2010 ställt frågan huruvida samtliga anbudsgivare samtyckt till en förlängning av anbudens giltighetstid samt begärt ut dokumentation om detta från kommunen. Kommunens företrädare ville inte besvara den ställda frågan och skickade dagen därpå dokumentation av vilken det framgår att två anbudsgivare lämnat sitt godkännande dagen efter Primes begäran, dvs. den 14 september. I den efterfrågade dokumentationen finns inga noteringar om att samtycke i vissa fall ska ha lämnats per telefon. I e-postmeddelandet från Jurek Bemanning, daterat

den 14 september 2010 anges istället följande ”Vi bekräftar härmed att vi förlänger vårt anbuds giltighetstid enligt önskemål till 2010-10-15”. Härav kan inte andra slutsatser dras än att anbudsgivaren lämnade sitt samtycke först den 14 september 2010. Då samtliga anbudsgivare inte hade förlängt sina anbud före det ursprungliga giltighetsdatumet, den 1 september 2010, fanns det således inga giltiga anbud att anta då tilldelningsbeslutet meddelades. Att samtycke till förlängning skulle ha lämnats per telefon framstår med beaktande av omständigheterna som en ren efterhandskonstruktion och bör särskilt som dokumentation saknas, lämnas utan avseende av förvaltningsrätten. Genom att kommunen antagit ogiltiga anbud, har Prime lidit eller i vart fall riskerat att lida skada, då upphandlingen rätteligen skulle ha gjorts om. Vid en ny upphandling i enlighet med LOU hade Prime haft möjlighet att tilldelas kontrakt. Förvaltningsrätten ska därför förordna om att upphandlingen ska göras om.

Prime har vidare anfört följande grunder för att upphandlingen ska göras om: Förfrågningsunderlaget är inte klart och tydligt utformat vilket strider mot 1 kap. 9 § LOU i synnerhet mot principen om transparens. Utformningen av avropsordningen i upphandlingsunderlaget medför en risk för gynnande av vissa anbudsgivare på övriga anbudsgivares bekostnad, vilket strider mot 1 kap. 9 § LOU, i synnerhet mot likabehandlingsprincipen. Utvärderingsmodellen som kommunen tillämpar är inte transparent. Kommunen har vidare sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen och därigenom agerat i strid med de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunen anför bl.a. följande.

Kommunen har prövat och värderat ingivna anbud enlighet med förutsättningarna i anbudsinvitan. Kommunen har inte gjort några avsteg från principerna i LOU och gemenskapsrätten så att det finns skäl för ett ingripande med stöd av 16 kap. 2 LOU. Det ska härvid påpekas att den upphandlande myndigheten vid prövning av anbuderna måste ges en viss margi-

nal för bedömning. Enligt rättspraxis är det endast uppenbara och allvarliga felbedömningar som kan föranleda ingripande från domstol.

Anbudens giltighetstid i rubricerade upphandlingen löpte ut den 1 september 2010. För att tilldelningsbeslut ska kunna meddelas efter det att anbudens giltighetstid gått ut har kommunen inhämtat samtliga anbudsgivares godtagande av en förlängning av anbudens giltighetstid före det att tilldelningsbeslutet meddelats. Av 22 inkomna anbud har 20 anbudsgivare godtagit förlängning av anbudens giltighetstid före tilldelningsbeslutet meddelats därav två anbudsgivares godtagande kom i efterhand pga. uppstådda tekniska fel, men godtagandet har blivit bekräftat av anbudsgivarna per telefon dessförinnan.

Kommunen bestrider att förfrågningsunderlaget skulle vara behäftat med brister. Vidare anför kommunen att upphandlingens utvärderingsmodell är transparent och att anbudsutvärderingen inte har genomförts med en fri prövningsrätt av anbuderna. Kommunen har inte blandat samman utvärdering och kvalificering.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 2 § LOU i tillämplig lydelse framgår bl.a. att 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 ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 9 kap. 11 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska 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 §.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Administrativa föreskrifter, Personaluthyrningstjänster 2010

4.1 Anbudets giltighetstid

Anbud ska vara bindande t.o.m. 2010-09-01.

Prime har bl.a. gett in två e-postmeddelanden skickade till kommunen från Bravura och från Jurek Bemanning, bägge daterade den 14 september 2010, av vilka framgår att dessa bolag bekräftar förlängning av anbudens giltighet. Meddelandena har skickats som svar på ett e-postmeddelande från kommunen, daterat den 18 augusti 2010.

Förvaltningsrättens bedömning

Prime har bl.a. anfört att upphandlingen ska göras om eftersom anbudens giltighetstid hade löpt ut innan kommunen fattade sitt tilldelningsbeslut. Prime har härvid anfört att den förlängning av anbudens giltighetstid som kommunen hävdar har skett är ogiltig, eftersom anbudsgivarna inte gått med på förlängning *innan* den giltighetstid som angavs i förfrågningsunderlaget löpte ut. Enligt Prime innebär detta att kommunen varit förhindrad enligt LOU att fatta tilldelningsbeslut i upphandlingen.

För att styrka sakomständigheterna i denna del har Prime åberopat dokumentation från kommunen rörande vilka anbudsgivare som godkänt en förlängning av anbudens giltighetstid. Prime har bl.a. gett in två e-postmeddelanden skickade till kommunen från Bravura och från Jurek Bemanning, bägge daterade den 14 september 2010, av vilka framgår att dessa bolag bekräftar förlängning av anbudens giltighet. Meddelandena har

skickats som svar på ett e-postmeddelande från kommunen, daterat den 18 augusti 2010.

Kommunen har genmält att de skriftliga bekräftelserna visserligen inkommit den 14 september, men att de aktuella bolagen dessförinnan har bekräftat förlängningen muntligen. Någon dokumentation, t.ex. tjänsteanteckningar, som bekräftar detta har dock inte uppvisats av kommunen. Kommunen har således inte visat att anbudets giltighetstid har förlängts före den 1 september 2010.

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 myndigheten vid varje enskild upphandling överväger vilken anbudstid som är rimlig.

Enligt förvaltningsrättens mening är det lämpligt att den upphandlande myndigheten vid sitt övervägande om krav på anbudens giltighetstid tar med i beräkningen att en upphandling kan komma att överprövas.

Hur länge en anbudsgivare enligt förfrågningsunderlaget ska 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. I dom den 19 februari 2009 fann dåvarande Länsrätten i Stockholms län (mål nr 26095-08) att ett uttryckligt godkännande från samtliga anbudsgivare måste inhämtas för att anbudens giltighetstid ska kunna förlängas. Kammarrätten i Stockholm gjorde i dom den 24 mars 2009 (mål nr 1701-09) samma bedömning som länsrätten.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 16 maj 2005 i mål nr 1031-05 funnit att den omständigheten 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.

Enligt förvaltningsrättens mening följer av ovanstående att det strider mot LOU att anta anbud vars giltighetstid löpt ut.

Den omständigheten att giltighetstiden för anbudet 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 den omständigheten att giltighetstiden för anbudet gått ut före

tilldelningsbeslutet och att *samtliga anbudsgivare* 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).

I det nu aktuella målet är frågan om upphandlande myndighet måste inhämta medgivande från anbudsgivarna *innan* den i förfrågningsunderlaget utsatta giltighetstiden för anbudet har löpt ut. Praxis är oklar i denna fråga. Förvaltningsrätten anser dock att det bäst överensstämmer med syftet med lagstiftningen att anbudens giltighetstid måste förlängas innan tiden löpt ut. Kommunen har påstått att medgivande erhållits från samtliga anbudsgivare innan giltighetstiden för anbudet löpt ut men har inte kunnat styrka dessa förhållanden. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att en förlängning av anbudets giltighetstid innan den tid som anges i förfrågningsunderlaget inte kan anses föreligga.

Frågan i målet är då om en förlängning av giltighetstiden i efterhand kan accepteras. En sådan förlängning är närmast att betrakta som att anbudsgivarna ger in ett nytt anbud, vilket inte är tillåtet enligt LOU. Kommunens förlängning av anbudens giltighetstid är därmed inte förenligt med principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten finner att kommunen varit förhindrad att fatta tilldelningsbeslut i upphandlingen eftersom anbudet inte längre var giltigt. Då Prime kan antas lida skada av den ovan konstaterade bristen i upphandlingen föreligger grund för ingripande enligt LOU. Bristen är sådan att det finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva Primes övriga invändningar i målet.

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



Ulrika Melin

rådman

Föredragande har varit Erica Nyström.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppges sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU