

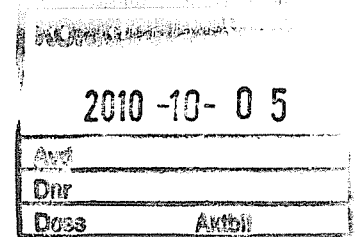


KLAGANDE

Kieback & Peter AB, 556666-1913

Ombud:

Jur. kand. Markus Mårline
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö



MOTPART

Uppsala kommuns Fastighetsaktiebolag, 556099-5077

Ombud:

Advokat Jan Andersson
Jur. kand. Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Uppsala läns dom den 10 februari 2010 i mål nr 2858-09,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten beslutar, med ändring av länsrättens dom, att Uppsala kommuns fastighetsaktiebolags upphandling avseende styrentreprenad för Gottsunda centrum-09, med diarenummer 125-102213-2009, ska göras om.

Kammarrätten upphäver det interimistiska beslutet den 18 februari 2009.

YRKANDEN M.M.

Kieback & Peter AB (bolaget) yrkar i första hand att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, beslutar att Uppsala kommuns Fastighetsaktiebolags (UKFAB) upphandling avseende styrentreprenad för Gottsunda centrum ska göras om. I andra hand yrkar bolaget att kammarrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på det sätt att utvärderingen av inkomna anbud gjorts om med beaktande av bolagets anbud. Till stöd för sin talan anför bolaget, utöver vad som tidigare anförts, bl.a. följande.

Av AFB.33 i PM 5 framgår att anbuden är giltiga 90 dagar efter anbudstidens utgång. Anbuden var således giltiga till den 16 mars 2010. Någon förfrågan om förlängning av anbudens giltighet har inte skickats ut, varför dessa inte längre är giltiga och förutsättningar att anta något anbud saknas. Även om den enligt tilldelningsbeslutet vinnande anbudsgivaren fått tillfälle att förlänga sitt anbud, eller om ett kontrakt som innehåller ett förbehåll för utgången i detta mål har ingåtts, framgår det av praxis att samtliga anbudsgivare måste gå med på en förlängning av anbudstiden för att likabehandlingsprincipen inte ska trädas för när. UKFAB skulle därför ha fattat ett beslut att avbryta och göra om upphandlingen när den i förfrågningsunderlaget stadgade giltighetstiden gick ut. Genom att inte göra detta har bolaget lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada.

UKFAB har i förfrågningsunderlaget angivit fel postadress då UKFAB, istället för att endast ange postbox, även angivit besöksadress. Genom att ange både besöksadress och postbox är risken stor att bolagets anbud har sorterats efter besöksadressen och därför blivit försenat med en dag. Enligt länsrätten har det ”inte visats att anbudet enligt 10 § förvaltningslagen var avskilt för UKFAB den 16 december kl. 16.00”. Genom att länsrätten ställer krav på att det är upp till den som postat brevet att visa att förutsättningarna i denna kompletterande bevisregel är för handen frångår länsrätten det be-

viskrav som återfinns i lagtexten, dvs. om det "kan antas" att brevet var avskilt. Av doktrin följer att det inte krävs någon vidlyftig utredning för att komma fram till detta. Istället är det tillräckligt att det inte framstår som osannolikt att handlingen fanns på postkontoret den aktuella dagen. Eftersom det måste beaktas som högst trolig att brevet faktiskt var avskilt för UKFABs räkning i rätt tid är det bolagets uppfattning att anbudet inte ska ses som försent inkommet. Att inte öppna och utvärdera bolagets anbud trots att det inkommit i rätt tid innebär ett brott mot likabehandlingsprincipen.

För det fall kammarrätten skulle komma fram till att anbudet i och för sig är för sent inkommet är detta inte tillräckligt skäl för att utesluta bolagets anbud, eftersom anledningen till att anbudet kommit för sent bl.a. är att UKFAB angett fel postadress i förfrågningsunderlaget. Länsrätten anser att detta förhållande inte ska föranleda någon annan åtgärd, eftersom "samtliga anbudsgivare har haft samma adressuppgift". Länsrättens bedömning i denna del är förvånande och direkt felaktig rättstillämpning och skulle leda till att ett förfrågningsunderlag aldrig skulle kunna angripas, så länge samtliga anbudsgivare har fått samma information. Beslutet att utesluta bolagets anbud strider mot såväl likabehandlingsprincipen som principen om transparens. Genom uteslutandet har UKFAB dessutom givit företag med lokal representation i Uppsala en fördel gentemot sådana anbudsgivare som saknar möjlighet att överlämna anbudet personligen i UKFABs lokaler.

Som beskrivits i länsrätten användes vid upphandlingen, med vissa smärre justeringar, det förfrågningsunderlag som gällde vid den upphandling som UKFAB avbröt. Någon ändring av den adress som anbudet skulle skickas till gjordes dock inte. UKFABs uppgift om att det i de administrativa föreskrifterna anges att besöksadressen är Valthornsvägen 11 och att postadressen är box 25044, 750 25 Uppsala stämmer således inte. Den omständigheten att UKFABs ombud har skickat tio brev samt en faktura till UKFAB, vilka kommit fram dagen efter att de poststämpel styrker inte på något sätt

att den felaktiga adressen inte påverkat tidpunkten för när bolagets anbud kommit UKFAB tillhanda. Bolaget bestrider vidare att den eventuella avsaknaden av stämpel på bolagets anbud styrker något om hur bolagets anbud sorterats. Bolaget kan inte heller vitsorda de uppgifter som UKFAB uppgett att utvärderingsgruppen erhållit från postdepån som ett "objektivt faktum". Inte heller är omständigheterna i det av UKFAB åberopade avgörandet från Kammarrätten i Stockholm den 31 juli 2007 i mål nr 5314-07 jämförbara med omständigheterna i förevarande fall.

Vidare har UKFAB gjort två väldigt sena kompletteringar till förfrågningsunderlaget den 11 och 14 december 2009, dvs. fem respektive två dagar innan anbudstidens utgång. Bolaget delar länsrättens uppfattning att 15 kap. 9 § LOU även ska tillämpas när den upphandlande myndigheten gör tillägg eller förändringar i förfrågningsunderlaget. Länsrätten kommer dock fram till att "de aktuella kompletteringarna inte är av sådan art att bestämmelserna i 15 kap. 9 § LOU har trätts förnär". I vart fall den komplettering av förfrågningsunderlaget som gjordes den 14 december 2009 föranledde justeringar i bolagets anbud vad avser anbudspriset. Oavsett arten och omfattningen av justeringarna är det inte att ge anbudsgivarna skälig tid att inkomma med sina anbud om en upphandlande myndighet skickar ut kompletteringar till ett förfrågningsunderlag två dagar innan anbudstiden går ut. Den sena justeringen av förfrågningsunderlaget har, tillsammans med den felaktiga adressuppgiften, lett till att bolagets anbud inkommit för sent. Inga av dessa omständigheter är hänförliga till bolagets agerande och bolaget har inte heller haft möjlighet att agera på annat sätt. För det fall att justeringarna, i likhet med vad UKFAB uppgett, inte var nödvändiga kan det ifrågasättas varför de över huvud taget skickades ut. När en anbudsgivare mottar en justering i ett förfrågningsunderlag får det antas att justeringen kommer att medföra en ändring av anbudet.

UKFAB har anfört att bolagets anbud, vad gäller referensobjekten, ändå hade förkastats eftersom det inte framgått att den ledande montören deltagit

vid arbete hos ICA MAXI i Enköping. Bolaget bestrider att UKFAB hade kunnat förkasta bolagets anbud på denna grund då den ledande montören, som angivits som ledande montör i denna upphandling, var ledande montör även vid arbete på ICA MAXI i Enköping. Att ange att referensobjekten ska väljas så att ledande montör ska ha deltagit i dessa kan inte likställas med ett krav på att anbudsgivarna ska inkomma med viss beskrivning avseende denna omständighet. Ett förkastande av bolagets anbud på denna grund hade således inte haft stöd i förfrågningsunderlagets bestämmelser och därför varit i strid med likabehandlingsprincipen. För det fall kammarrätten tolkar kravet annorlunda är det bolagets uppfattning att skrivningen varit så otydlig att förfrågningsunderlaget brister i förutsägbarhet och transparens.

Vad gäller bolagets anbudssumma ska det framhållas att priset inte ensamt är avgörande vid tilldelning och att det därför inte generellt går att säga att ett anbud inte kommer att antas för att priset är högre. Bolaget har dessutom lämnat pris i enlighet med föreskrifterna i PM 5 och PM 6. Bolaget har således i anbudssumman även inkluderat optionspriserna för option 5. För att få fram ett pris som är jämförbart med bolagets anbudspris måste därför ett påslag göras på den vinnande anbudsgivarens anbudspris med ett belopp motsvarande vad denne angivit som option 5. För det fall kammarrätten kommer fram till att bolagets pris hade blivit högre än den vinnande anbudsgivarens anbudspris och att bolagets anbud till följd av detta aldrig hade antagits är det bolagets uppfattning att skrivningen avseende hur prisuppgifterna ska lämnas är så otydliga att förfrågningsunderlaget brister i förutsägbarhet. Det ska även framhållas att den utvärderingsmodell som UKFAB använt sig av vare sig är utformad eller ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Det har heller inte varit möjligt att använda kriteriet "Kompetens på organisation" som utvärderingskriterium.

Bolaget åberopar Kammarrätten i Stockholms dom den 24 mars 2009 i mål nr 1701-09 samt EU-domstolens avgörande i mål nr C-532/06, Lianakis.

UKFAB bestrider bifall till bolagets överklagande och anför, utöver vad som tidigare anförts, bl.a. följande.

Det vitsordas att anbudets giltighetstid var 90 dagar från anbudstidens utgång samt att någon förlängning av anbudens giltighetstid inte har begärts. Det bestrids dock att det saknas förutsättningar, eller att det skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen, att anta något av anbuden och därigenom avsluta upphandlingen. Avtal har ingåtts med den vinnande anbudsgivaren innan anbudstiden löpt ut. Avtalet ersätter anbudet i det fall kammarrätten skulle finna att upphandlingen skett i enlighet med LOU och får därmed avslutas. Enligt avtalet upphör detsamma om förvaltningsdomstol finner att upphandlingen ska rättas eller göras om. För det fall kammarrätten skulle komma till en annan slutsats är detta avtal inget hinder för UKFAB att vidta den ändring som kammarrätten förordnar. Härutöver kan konstateras att det enligt praxis inte föreligger skäl för kammarrätten att förordna att upphandlingen ska göras om enbart på den grunden att anbudstiden löpt ut. Det görs även gällande att såväl ett tilldelningsbeslut som ett kontrakt får anses ersätta ett anbud civilrättsligt. Omständigheterna i den av bolaget åberopade domen från Kammarrättens i Stockholm den 24 mars 2009 i mål nr 1701-09 är inte desamma som i nu aktuell upphandling, eftersom UKFAB meddelat tilldelningsbeslut innan anbudstiden gått ut.

I de administrativa föreskrifterna daterade den 1 december 2008 anges tydligt att besöksadressen är Valthornsvägen 11 och att postadressen är box 25044, 750 25 Uppsala. Vare sig vid tidigare eller nuvarande upphandling har adressen varit något problem för någon annan anbudsgivare. Adressen används även för UKFABs dagliga posthantering utan några som helst problem. Advokatfirman Pedersen har även skickat tio kuvert samt en faktura till UKFAB med samma adress som bolaget använde för sitt anbud, vilka samtliga ankommit till UKFAB dagen därpå. Det är härigenom visat att anledningen till att bolagets anbud inkom för sent inte beror på angiven postadress. Bolaget har inte heller visat på några objektiva omständigheter

som tyder på att deras anbud faktiskt försenats pga. UKFAB eller förebringat annan bevisning för sina påståenden än den angivna adressen. Endast det faktum att vissa anbudsgivare inte har sitt säte i samma stad som den upphandlande myndigheten och andra anbudsgivare innebär inte att likabehandlingsprincipen trätts för när.

Bolaget har fört ett resonemang kring bevisreglerna enligt 10 § förvaltningslagen. I 10 § uppställt krav avser att brevet ska ha varit avskilt för någons räkning, dvs. anbudet ska vara sorterat för utdelning till den upphandlande myndigheten innan anbudstidens utgång. Enligt uppgift från chefen för postdepån i Gottsunda så delas all post som finns sorterad i depån ut samma dag. Eftersom bolagets anbud saknar poststämpel finns det inget som ens tyder på att anbudet skulle ha varit sorterat för utdelning innan anbudstidens utgång. Då det inte kan antas att anbudet varit sorterat för UKFABs räkning på postdepån och då bolaget inte ens gjort sannolikt att så varit fallet, är anbudet inte att se som sorterat för utdelning enligt 10 § förvaltningslagen. Ytterligare en omständighet som talar för att bolagets anbud inte funnits avskilt för UKFABs räkning är att UKFABs utvärderingsgrupp vid anbudsöppningen gått till postdepån för att fråga om ett brev, dvs. bolagets anbud, som ankommit till UKFAB först den 17 december 2009. På postdepån uppgavs att ett brev ankommit till depån den 17 december 2009 i en låda tillsammans med diverse annan post efter den ordinarie posten delats ut. Detta objektiva faktum visar klart att bolagets anbud inte funnits avskilt för UKFABs räkning innan anbudstidens utgång.

Den justering som gjordes den 11 december 2009 avser enbart en förteckning över förfrågningsunderlaget och är mer att anse som en information och borde därför inte föranleda någon justering av bolagets anbud. Avseende den justering som gjordes den 14 december 2009, och vilken avser pris på option 5, anges att även ett anbud som inte har uppmärksammat ovanstående kommer att godkännas vid kvalificeringen och utvärderas. Av detta följer att någon ändring av bolagets anbud inte var nödvändig för att anbu-

det skulle kunna utvärderas. Bolaget hade därför kunnat skicka in sitt anbud omedelbart efter att PM 6:1 kommit dem tillhanda. Inte heller förelåg något hinder för bolaget att skicka sitt anbud vid ett ännu tidigare datum. De marginellt små justeringar som gjorts i förfrågningsunderlaget kan, med hänsyn till justeringarnas art och omfattning, inte medföra att anbudsgivarna inte getts skälig tid att inkomma med anbud.

Det kan vidare konstateras att bolagets för sent inkomna anbud är bristfälligt och inte uppfyller ställda skall-krav enligt förfrågningsunderlagets punkt AFB.51. Bolaget har i sitt anbud angett referensprojekten Salberga KVA och ICA MAXI i Enköping. I den ledande montörens CV anges ett antal genomförda styrentreprenader, men ICA MAXI i Enköping saknas. Således framgår det inte av bolagets anbud att deras ledande montör deltagit i ICA MAXI i Enköping. För det fall bolagets anbud hade kommit UKFAB tillhanda innan anbudstidens utgång hade UKFAB inte haft något annat val än att förkasta bolagets anbud med hänvisning till att det inte uppfyllde samtliga ställda skall-krav. Det kan även konstateras att bolagets anbudssumma har varit avsevärt högre än det vinnande anbudet och att bolaget, med beaktande av att 80 procent av viktningen avsåg pris, aldrig hade kunnat vinna upphandlingen. Det är inte heller möjligt för en upphandlande myndighet att utvärdera något annat än det som anbudsgivarna har offererat. Att göra påslag på andra anbudsgivares anbudssummor med optionspriser skulle avvika från den utvärderingsmodell som angetts i förfrågningsunderlaget. Det bestrids att den valda utvärderingsmodellen inte skulle vara ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas, eftersom det med all önskvärd tydlighet framgår vad som kommer att tillmätas betydelse i utvärdering och vilken vikt vardera kriterium innefattar. Emedan det i utvärderingen inte heller uppställts några kvalitativa kriterier är inte EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 tillämpligt.

UKFAB åberopar Kammarrätten i Stockholms dom den 31 juli 2007 i mål nr 5314-07 samt Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 mars 2009 i mål nr 3521-08.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 15 kap. 9 § första meningen LOU ska anbudssökande och anbudsgivare ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud.

Övriga tillämpliga bestämmelser framgår av länsrättens dom.

Av RÅ 2009 ref. 69 framgår att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Ramen för kammarrättens prövning

I förevarande upphandling har UKFAB uteslutit bolaget från upphandlingen med hänvisning till att bolagets anbud, enligt UKFAB, inkommit efter anbudstidens utgång. Någon kvalificering eller anbudsprövning av bolagets anbud har således inte skett.

Länsrättens (numera förvaltningsrätten) prövning har utifrån de av parterna åberopade omständigheterna i målet kommit att avse huruvida bolagets anbud har varit att anse som inkommit i rätt tid, och för det fall så ej bedömts, om bolaget getts skälig tid att inkomma med sitt anbud.

I kammarrätten har UKFAB, efter det att prövningstillstånd meddelats, såsom kompletterande grund anfört följande. För det fall bolagets anbud skul-

le anses ha inkommit i rätt tid har bolaget aldrig kunnat tilldelas kontrakt eftersom anbudet dels inte uppfyllt samtliga skall-krav, dels haft en betydligt högre anbudssumma än den vinnande anbudsgivaren. Bolaget har å sin sida kompletteringsvis åberopat bl.a. att den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen varken är utformad eller ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas samt att det inte varit möjligt att använda kriteriet "Kompetens på organisation" som utvärderingskriterium.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att någon kvalificering eller anbudsprövning av bolagets anbud inte skett, varför en prövning av de av UKFAB numera anförda kompletterande grunderna svårligen låter sig göras. Det kan vidare konstateras att ingendera av respektive parts ovan angivna kompletterande grunder har åberopats i länsrätten och följaktligen inte heller varit föremål för prövning i den nu överklagade domen. Mot denna bakgrund finner kammarrätten att vad UKFAB och bolaget anført i dessa delar i aktuellt mål ligger utanför den prövning som kammarrätten kan göra med anledning av överklagandet.

Fråga om avbrytande av upphandlingen pga. anbudens giltighetstid

Bolaget har i målet gjort gällande att anbudens giltighetstid numera löpt ut och att UKFAB till följd av detta har haft att fatta ett beslut om att avbryta upphandlingen.

Det är i målet ostridigt att anbudet enligt förfrågningsunderlaget skulle vara bindande 90 dagar från anbudstidens utgång, dvs. den 16 december 2009, samt att någon förlängning av anbudens giltighetstid inte har begärts. Kammarrätten har dock den 18 februari 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas innan något annat har beslutats. Någon möjlighet för UKFAB att avbryta upphandlingen på det sätt bolaget gjort gällande har därför inte funnits. Emedan upphandlingen inte är avslutad, och således inte

heller kan anses ha förfallit, föreligger förutsättning för att pröva målet i sak.

Fråga om bolagets anbud inkommit i rätt tid samt huruvida anbudsgivarna har givits skälig tid att inkomma med anbud

Vad gäller bolagets anbud delar kammarrätten länsrättens bedömning att anbudet inte kan anses ha varit UKFAB tillhanda den 16 december 2009. Med beaktande av vad som framkommit av utredningen i målet finner kammarrätten inte heller att det enligt 10 § andra stycket förvaltningslagen (1986:223) kan antas att bolagets anbud var avskilt för UKFAB på så sätt att anbudet likväl ska anses som inkommet den 16 december 2009. UKFAB har således inte brutit mot principen om likabehandling när bolagets anbud förkastades som för sent inkommet.

Bolaget har härutöver gjort gällande att anbudsgivarna med hänsyn till två sena kompletteringar av förfrågningsunderlaget den 11 respektive 14 december 2009, promemoria 6 och 6:1, inte gett anbudsgivarna skälig tid att inkomma med anbud.

Kammarrätten instämmer inledningsvis i länsrättens bedömning att 15 kap. 9 § LOU, i vilken stadgas att anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med anbud, även ska ses som tillämplig för det fall en upphandlande myndighet gör sådana tillägg och ändringar av förfrågningsunderlaget som kräver ytterligare arbetsinsatser för anbudsgivare för att färdigställa sina anbud.

Kammarrätten konstaterar att UKFAB genom promemoria 6 och 6:1 dels ändrat/kompletterat förteckningen över förfrågningsunderlaget vad gäller rangordning, dels gett information om vad option 5 omfattar samt hur optionspriserna ska lämnas.

Vad först gäller den komplettering av förfrågningsunderlaget som skett den 11 december 2009 genom promemoria 6 anser kammarrätten att denna är av en sådan karaktär att den inte kan medföra att anbudsgivarna inte getts skälig tid att inkomma med anbud.

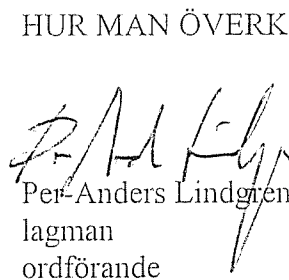
Vad därefter gäller den information om option 5 som skett den 14 december 2009 genom promemoria 6:1 är kammarrätten av uppfattningen att denna komplettering är sådan att den kan påverka anbudens utformning och färdigställande, eftersom ytterligare insatser krävts från anbudsgivarna vad gäller bl.a. lämnandet av priser för option 5. I detta sammanhang kan även noteras att det i promemoria 5 under ABF.23 ”Kompletterande förfrågningsunderlag” uppges att sista dag för frågor med anledning av förfrågningsunderlaget är fem arbetsdagar före anbudstidens utgång. Med beaktande av kompletteringens karaktär och att den skett endast två dagar innan anbudstidens utgång, finner kammarrätten att bolaget i denna del inte kan anses ha getts en skälig tid att inkomma med anbud. Vad UKFAB anfört om att det i promemoria 6:1 även anges att ett anbud som inte uppmärksammat informationen om option 5 kommer att kvalificeras och utvärderas, medför ingen annan bedömning.

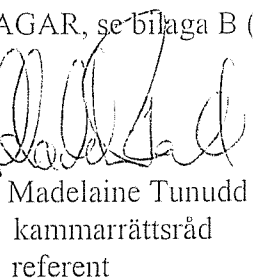
Sammantaget finner kammarrätten att den information om option 5 som genom promemoria 6:1 har givits först den 14 december 2009 medfört att bolaget inte getts skälig tid att inkomma med anbud, och att UKFAB därmed brutit mot bestämmelsen i 15 kap. 9 § LOU.

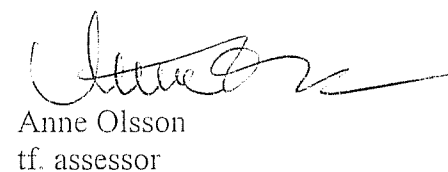
Kammarrätten finner vidare att bolaget får anses ha visat att det sätt på vilket upphandlingsprocessen genomförts har medfört att bolaget, genom att det fräntagits möjligheten att lämna anbud inom skälig tid, lidit eller kunnat komma att lida skada. Mot bakgrund av att bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan bristerna inte rättas, utan upphandlingen ska göras om.

Bolagets överklagande ska därför bifallas i enlighet med det ovan angivna.

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


Per-Anders Lindgren
lagman
ordförande


Madelaine Tunudd
kammarrättsråd
referent


Anne Olsson
tf. assessor


Henrik Sollenborn
föredragande



SÖKANDE

Kieback & Peter AB, 556666-1913

Ombud:

Jur. kand. Markus Mårline
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

MOTPART

Uppsala kommuns fastighetsaktiebolag, 556099-5077

Ombud:

Advokaten Jan Andersson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala kommuns upphandling avseende styrentreprenad för Gottsunda centrum -09, dnr 125-102213-2009

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår överklagandet.

Länsrättens interimistiska beslut av den 23 december 2009 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Uppsala kommuns fastighetsaktiebolag (kommunen) har genomfört en förenklad upphandling avseende styrentreprenad för Gottsunda centrum -09, dnr 125-102213-2009. I upphandlingen har använts samma förfrågningsunderlag som vid kommunens tidigare upphandling av styrentreprenad, vilken avbröts, men med ett par tillägg till underlaget. Kieback & Peter AB:s (bolaget) anbud har inte utvärderats då det har inkommit för sent.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker den 23 december 2009 om överprövning av kommunens upphandling och yrkar att den ska få avslutas först sedan rättelse gjorts på det sättet att utvärderingen av inkomna anbud gjorts om med beaktande av bolagets anbud i utvärderingen.

Kommunen bestrider bolagets talan och yrkar att länsrätten ska avslå ansökan om överprövning. Kommunen anför som grund härför att kommunen har agerat helt i enlighet med LOU och dess bakomliggande gemenskapsrättsliga principer.

Länsrätten har den 23 december 2009 förordnat att den ifrågavarande upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Bolagets talan

Bolaget anför bl.a. följande. Efter att bolaget hade begärt omprövning av den tidigare upphandlingen förordnade länsrätten i dom den 21 oktober 2009 att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts på det sättet att utvärderingen skulle göras om. I strid med länsrättens förordnande valde kommunen istället att avbryta upphandlingen den 5 november 2009. En ny upphandling avseende styrentreprenad har därefter inletts. Kommunen

har hänvisat anbudsgivarna till det förfrågningsunderlag som gällde vid den tidigare upphandlingen men har gjort ett par tillägg.

Entreprenaden utannonserades den 26 november 2009 och anbud skulle vara kommunen tillhanda redan den 16 december 2009 kl. 16.00. Det är väldigt kort tid då anbudet skulle innehålla material som shuntgrupper. Bolaget skickade sitt anbud den 15 december 2009 till den adress som har angetts i förfrågningsunderlaget. Trots detta har anbudet enligt kommunen inte kommit kommunen tillhanda förrän den 17 december 2009. Anledningen till att bolaget inte skickade sitt anbud förrän den 15 december 2009 var att kommunen så sent som den 11 och den 14 december 2009 skickade ut tilläggspromemoriorna 6 och 6:1 till förfrågningsunderlaget.

Den 16 december 2009 skickade bolaget ett e-postmeddelande till beställarens kontaktperson för att kontrollera om bolagets anbud hade kommit in. Något svar erhöles inte förrän kl. 17.26 och då med innebörden att kontaktpersonen hade varit upptagen hela dagen. Dagen efter fick bolaget ett e-postmeddelande från beställarens kontaktperson med information om att anbudet inte hade kommit in i rätt tid. Eftersom posten hämtades kl. 09.00 ringde bolaget upp kommunen vid denna tid och anbudet fanns då i postboxen. Med anledning av att posten hämtas först kl. 09.00 kan bolagets anbud ha kommit till postboxen efter denna tid och således ha varit framme vid rätt datum och tidpunkt.

Posten i Uppsala har uppgett för bolaget att av kommunen angiven adress inte finns som postadress och att detta sannolikt är anledningen till att det hade tagit ytterligare en dag för anbudet att komma fram. Detta meddelade bolaget kommunen innan tilldelningsbeslutet fattades. Kommunen valde likväl att förkasta bolagets anbud. Posten har vidare gett bolaget information om att den postadress som kommunen har angett i förfrågningsunderlaget inte är en korrekt postadress eftersom gatuadressen och boxnumret

inte ska anges samtidigt. Om dessa anges samtidigt är det stor risk att brevet grovsorteras efter gatuadressen och kommer ut till fel brevbärare som sedan får skicka tillbaka brevet till sortering efter boxnumret. På så sätt uppstår en dags försening.

Bolaget kan inte vitsorda att det framgår av kuvertet att anbudet har kommit in för sent. Det enda som framgår av kuvertet är att kommunen har stämplat bolagets kuvert som inkommet den 17 december 2009. Det framgår dock inte på något sätt av kuvertet vilken tid anbudet avskildes för kommunens räkning hos Posten eller vilket datum anbudet de facto anlände till kommunen. Kommunen har lämnat oförenliga uppgifter då den har uppgett dels att post delades ut vid två tillfällen den 17 december 2009, dels att post endast delas ut vid ett tillfälle per dag.

Det är sannolikt att bolagets brev som innehöll anbudet var avskilt för kommunens räkning på posten i rätt tid. Vid sådant förhållande ska anbudet i enlighet med 10 § förvaltningslagen (1986:223), FL, anses ha kommit in i rätt tid. Även om bestämmelsen skulle visa sig inte tillämplig i aktuellt fall måste det, med hänsyn till att kommunen har angett fel postadress i förfrågningsunderlaget och det därför är kommunens förskyllan att bolagets anbud har inkommit för sent, anses strida mot de principer som ligger till grund för regleringen i LOU att förkasta bolagets anbud på denna grund.

För det fall länsrätten anser att bolagets anbud inkommit för sent är det bolagets uppfattning att anbudsgivarna, med hänsyn till kommunens sena justeringar i förfrågningsunderlaget, i strid med 15 kap. 9 § LOU inte har getts skälig tid att komma in med sina anbud. Genom den omotiverat korta tiden mellan justeringen av förfrågningsunderlaget (den 14 december 2009) och sista dagen för inkommande av anbud (den 16 december 2009) har företag med lokal representation i Uppsala getts en fördel framför före-

tag som inte har möjlighet att personligen lämna över anbudshandlingen till den upphandlande myndigheten. Genom att felaktigt förkasta bolagets anbud innan anbudet ens hade öppnats har bolaget lidit eller i vart fall kunnat komma att lida skada.

Till överklagandet har bolaget bifogat bl.a. tilldelningsbeslutet daterat den 22 december 2009, promemoriorna 5, 6 och 6:1 till upphandlingen, administrativa föreskrifter för projektet Gottsunda Centrum -09 samt e-postmeddelanden från Christoffer Höglund vid NCM Development, från Anders Hassel vid bolaget och från Posten Gottsunda.

Kommunens talan

Kommunen anför bl.a. följande. Av anbudsoppningsprotokoll framgår att tre anbud har inkommit till kommunen, dock har bolagets anbud inkommit efter anbudstidens utgång. I de administrativa föreskrifterna framgår att anbud ska vara beställaren tillhanda senast den 16 december 2009 kl. 16.00. Bolagets anbud inkom till kommunen den 17 december 2009 varför kommunen är förhindrad att beakta bolagets anbud i upphandlingen. Bolagets påstående att dess anbud kan ha kommit i rätt tid är felaktigt. Inte heller den 17 december 2009 kl. 08.00 hade bolagets anbud inkommit till kommunen. Det framgår av bolagets kuvert att anbudet har inkommit för sent. Bolaget har självt genom telefonsamtal med kommunen erhållit information att anbudet inte har inkommit till kommunen. Det står helt klart att bolagets anbud har inkommit efter anbudstidens utgång.

Kommunen kan inte råda över omständigheter som är hänförliga till den enskilda arbetsgivaren och postgången. Kommunen hämtade posten den 17 december ca kl. 09.30 varvid posten stämplades. Kommunen har vidtagit åtgärder för att säkerställa tidpunkten för när bolagets anbud inkom. Innan anbuderna öppnades gick samtliga personer som skulle närvara vid anbudsöppningen till brevbärardepån i Gottsunda varvid chefen för depån tillfrå-

gades hur ofta post delas ut till postboxarna samt om post delas ut flera gånger på en dag i boxarna. Enligt uppgift delas posten ut i postboxarna i Gottsunda centrum en gång varje dag, det delas aldrig ut post mer än en gång per dag i boxarna och posten delas ut kring kl. 08.30. Fråga ställdes också om detta betyder att om det finns post i boxen när den töms kommer ingen mer post den dagen och svaret var entydigt att så är fallet. Personalen vid postdepån berättade också att den 17 december 2009 kom ett brev adresserat till kommunen i en låda senare än den vanliga leveransen. Personalen delade själva ut dessa försenade leveranser och ringde till de adressater som hämtat posten och meddelade att ännu en leverans av post hade kommit. Posten hämtades den 17 december 2009 av kommunen från postboxen. Posten stämplas alltid vid ankomsten med dagens datum på kuvertet. Bolagets kuvert är stämplat den 17 december 2009.

Adressen till kommunen i förfrågningsunderlaget är den vanliga adress som kommunen använder för post. I förfrågningsunderlaget anges tydligt att besöksadressen är Valthornsvägen 11 och att postadressen är box 25044 i Uppsala. Vare sig vid tidigare eller nuvarande upphandling har adressen varit något problem för någon annan anbudsgivare.

Kommunen har varit förhindrad att svara och har heller ingen skyldighet att svara på det e-postmeddelande som bolaget skickade avseende huruvida anbudet hade kommit fram. Då angiven adress är korrekt saknar det betydelse vilken korrespondens som har förekommit innan tilldelningsbeslutet fattades. För att reglerna om att ett brev har funnits avskilt för kommunens räkning på posten i rätt tid enligt 10 § FL ska vara tillämpliga måste en anbudsgivare visa att anbudet har sorterats för utdelning till den upphandlande myndigheten innan anbudstidens utgång. Eftersom anbudet från bolaget saknar poststämpel finns det inget som tyder på att anbudet skulle ha varit sorterat för utdelning innan anbudstidens utgång. Enligt postens rutiner och grundläggande hantering stämplas all post. Av någon anledning

saknas stämpel på bolagets anbud. Inte heller finns det någon stämpel eller etikett på anbudet som anger att brevet har hamnat hos fel brevbärare. Det finns inte något stöd för att bolaget skickade sitt anbud den 15 december 2009. Oavsett detta sker försändelser på avsändarens risk.

Ett anbud som kommer in för sent får inte tas upp till prövning av den upphandlande myndigheten utan ska förkastas. Från denna regel finns inga undantag. Att pröva ett för sent inkommet anbud strider mot likabehandlingsprincipen bl.a. eftersom den anbudsgivare som tillåts lämna sitt anbud efter anbudstidens utgång ges mer tid att förbereda sitt anbud. Eftersom bolagets anbud inkom den 17 december 2009, det vill säga efter anbudstidens utgång, och då postförsändelser sker på avsändarens risk har kommunen varit förhindrad att pröva bolagets anbud. Bolaget kan därmed inte under några omständigheter anses ha riskerat eller lidit skada.

Den justering av förfrågningsunderlaget som gjordes den 11 december 2009 avser enbart en förteckning över förfrågningsunderlaget och är mer att anse som en information och borde inte föranleda någon justering av bolagets anbud. Den justering som gjordes den 14 december 2009 avser pris på option 5 och det anges i sista stycket att ett anbud som inte har uppmärksammat detta kommer att godkännas vid kvalificeringen och utvärderas om resterande krav uppfylls. Någon ändring av bolagets anbud var därför inte nödvändig för att anbudet skulle kunna utvärderas. Bolaget hade därför kunnat skicka sitt anbud omedelbart efter att promemoria 6:1 kom bolaget tillhanda och fått sitt anbud utvärderat. Inte heller förelåg något hinder för bolaget att skicka sitt anbud vid ett ännu tidigare datum. Anbudsgivarna har haft en väl tilltagen tid om en månad att inkomma med anbud. De marginellt små justeringarna som har gjorts i förfrågningsunderlaget kan, med hänsyn till justeringarnas art och omfattning, inte medföra att anbudsgivarna inte har getts skälig tid att inkomma med anbud. Det har även varit fullt möjligt för bolaget att, för det fall det har haft synpunkter på

promemoriorna 6 och 6:1, kontakta kommunen med anledning härav. Bolaget har inte vid något tillfälle kontaktat kommunen.

Till bestridandet har kommunen bifogat bl.a. anbudsöppningsprotokollet daterat den 18 december 2009 och en kopia av bolagets anbudskuvert.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU stadgas 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.

I 10 § första stycket FL stadgas bl.a. att en handling anses komma in till en myndighet den dag då handlingen, eller en avi om en betald postförsändelse som innehåller handlingen, anländer till myndigheten eller kommer en behörig tjänsteman till handa.

I andra stycket stadgas att kan det antas att handlingen eller en avi om denna en viss dag har lämnats i myndighetens lokal eller avskilts för myndigheten på en postanstalt, anses den ha kommit in den dagen, om den kommer en behörig tjänsteman till handa närmast följande arbetsdag.

Länsrättens bedömning

En förutsättning för att länsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i eller någon av de principer som bär upp lagstiftningen. För att en upphandling enligt LOU ska uppfylla gemenskapsrättens krav på likabehandling ska leverantörer och de produkter som erbjuds behandlas lika. De förfaranden som används av den upphandlande myndigheten ska tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer som deltar i en upphandling.

I förevarande fall har kommunen uteslutit bolaget ur upphandlingen då bolagets anbud enligt kommunen har inkommit för sent. Enligt förfrågningsunderlaget, punkt AFB.32, ska anbud vara beställaren tillhanda senast den 16 december 2009 kl. 16.00. Bolaget har gjort gällande dels att anbudet har kommit fram i rätt tid på grund av förhållandena kring kommunens postbox, dels att anbudet har varit avskilt för kommunens räkning den 16 december 2009.

Länsrätten konstaterar att en handling anses inkommen till en myndighet den dag då handlingen anländer till myndigheten eller kommer en behörig tjänsteman tillhanda, och att det är avsändaren som står risken för att försändelsen inkommer i rätt tid. Det saknar därför betydelse att, som bolaget har gjort gällande, försändelsen skickades den 15 december 2009. Enligt vad kommunen har anfört fanns bolagets anbud inte i kommunens postbox när denna tömdes på morgonen den 17 december 2009, det vill säga dagen efter anbudstidens utgång. Anbudet kom inte förrän med en senare leverans samma dag. Det har inte framkommit skäl att ifrågasätta dessa uppgifter. Bolagets anbud var således inte kommunen tillhanda den 16 december 2009 kl. 16.00 då anbudstiden i upphandlingen gick ut. I målet har inte visats att anbudet enligt 10 § FL var avskilt för kommunen den 16 december kl. 16.00. Enligt länsrättens bedömning var bolagets anbud således inte kommunen tillhanda vid anbudstidens utgång. Med stöd av likabehand-

lingsprincipen har kommunen därför varit förhindrad att pröva bolagets anbud.

Enligt de administrativa föreskrifterna för upphandlingen ska anbud ställas till kommunen, Valthornsvägen 11, Box 25044 i Uppsala. Bolaget har gjort gällande att det faktum att både gatuadress och boxnummer ska anges innebär risk för förseningar och har härvid hänvisat till uppgifter från Posten. Det är olyckligt för det fall att den angivna postadressen ger risk för förseningar men då det inte har framkommit annat än att samtliga anbudsgivare har haft samma adressuppgift föranleder detta ingen åtgärd från länsrätten.

Bolaget har vidare anfört att för det fall anbudet bedöms ha inkommit för sent ska detta anses bero på kommunens agerande då kommunen fem respektive två dagar innan anbudstidens utgång kompletterade förfrågningsunderlaget med två promemorior.

Enligt 15 kap. 9 § LOU ska anbudsgivare ges skälig tid att komma in med anbud. Tiden från att upphandlingen utannonseras till dess anbudstiden går ut får därmed inte vara för kort. Enligt länsrättens bedömning gäller detta också när den upphandlande enheten gör sådana tillägg eller ändringar av förfrågningsunderlaget som kräver ytterligare arbetsinsatser för anbudsgivare att färdigställa sitt anbud. Sådan hänsyn ska tas att både erfarna och oerfarna leverantörer kan ges möjlighet att inkomma med ett komplett anbud.

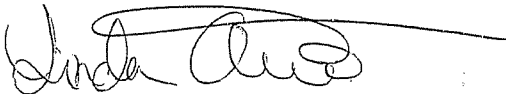
I förevarande fall har kommunen gjort tillägg till förfrågningsunderlaget genom promemoriorna 6 och 6:1, daterade den 11 respektive den 14 december 2009. Tilläggen avser ändring av punkt AFB.22 i förfrågningsunderlaget respektive information om option 5. Punkt AFB.22 avser förteckning över förfrågningsunderlag och upptar promemoriorna 2 – 4. Promemoria 6 gäller ändring/komplettering av rangordning i AFB.22, förteckning över förfrågningsunderlag, och upptar promemoriorna 6 – 2 samt

handlingar enligt AFB.22 i de administrativa föreskrifterna. Promemoria 6:1 avser information om option 5 ifråga om hur anbudsgivarna ska lämna pris på option 5. Vidare anges att om ett anbud saknar pris på option 5 kommer anbudet att godkännas vid kvalificeringen och utvärderas om resterande krav uppfylls.

Enligt länsrättens mening är det inte eftersträvansvärt att den upphandlande myndigheten endast ett fåtal dagar innan anbudstidens utgång kommer med kompletteringar och ny information till förfrågningsunderlaget. I aktuellt mål finner länsrätten emellertid att de aktuella kompletteringarna inte är av sådan art att bestämmelserna i 15 kap. 9 § LOU har trätts förnär av kommunen. Kommunens promemorior 6 och 6:1 föranleder därför ingen åtgärd enligt LOU.

Sammanfattningsvis bedömer länsrätten att det i målet inte har framkommit att kommunen har brutit mot någon bestämmelse i LOU eller någon av de principer som bär upp lagstiftningen. Överklagandet ska därför avslås.

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



Linda Åslin
länsrättsfiskal
LIÅ

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.

