

KLAGANDE

SBE Trädgårdsservice AB, 556409-2012

Ombud: Advokaten Robert Nilsson
Kungsgatan 29
111 56 Stockholm

MOTPARTER

1. Stadsbyggnads- och miljönämnden i Sundbybergs stad
172 92 Sundbyberg

2. Entreprenad Leo Söderberg AB, 556812-9307

Ombud: Jur. kand. Dan-Louis Schneider
Företagsjuristerna
Sankt Eriksgatan 117
113 43 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 oktober 2012 i
mål nr 20868-12

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
2. Kammarrätten upphäver det överklagade avgörandet och återförvisar målet till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sundbybergs stad genomför en upphandling av vintervägsunderhåll (dnr SMN 1004/2012) enligt lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU. Staden beslutade den 2 oktober 2012 att tilldela kontraktet till SBE Trädgårdsservice AB. Entreprenad Leo Söderberg AB ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten biföll ansökan och förklarade att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från SBE Trädgårdsservice inte beaktas i anbudsutvärderingen.

SBE Trädgårdsservice yrkar att kammarrätten, med undanröjande av förvaltningsrättens dom, ska förordna att upphandlingen görs om alternativt rättas på så sätt att tilldelningsbeslutet den 2 oktober 2012 ska bestå varmed det vinnande bolagets anbud ska beaktas och antas. Alternativt yrkar SBE Trädgårdsservice att kammarrätten återförvisar målet till förvaltningsrätten.

Till stöd för sin talan anför SBE Trädgårdsservice bl.a. följande. Förvaltningsrätten har ansett att det är av vikt att inhämta SBE Trädgårdsservices inställning över sökandens ansökan om överprövning. Enligt vad som framkommit vid kontakter med tjänstemän vid förvaltningsrätten har domstolen enbart översänt underrättelsen via fax. SBE Trädgårdsservices faxnummer har förvaltningsrätten inhämtat från Sundbybergs stad. Förvaltningsrätten saknar kvittenskvitto som styrker att faxet har nått mottagaren. SBE Trädgårdsservice har tagit del av underrättelsen först efter att dom meddelats vilket beror på att bolagets internet och fax var ur funktion under perioden när underrättelsen faxades. Då SBE Trädgårdsservice inte har delgivits underrättelsen har man betagits möjligheten att avge yttrande. Det är sannolikt att yttrandet skulle haft stor betydelse för utgången i målet och domen har därmed meddelats på bristfälligt underlag. Dessa omständigheter innebär att förvaltningsrätten handlagt målet i strid med grundläggande principer. Till styrkande av att

internet och fax var ur funktion under perioden den 21 till den 23 oktober 2012 åberopas ett ingivet e-postmeddelande från Bredbandsbolaget.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och företar målet till omedelbart avgörande.

I målet uppkommer fråga om förvaltningsrätten förfarit felaktigt genom att avgöra målet utan att förvissa sig om att SBE Trädgårdsservice fått tillfälle att yttra sig innan målet avgjordes.

Enligt 10 § första stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, ska ansöknings- eller besvärshandling eller annan handling, varigenom mål anhängiggörs, och det som hör till den tillställas motpart eller annan mot vilken åtgärd ifrågasätts. Mottagaren ska föreläggas att svara inom viss tid vid påföljd att målet ändå kan komma att avgöras. I 47 § FPL föreskrivs att när rätten underrättar någon om innehållet i en handling eller om något annat, får det ske genom delgivning. Delgivning ska användas om det är särskilt föreskrivet eller om det med hänsyn till syftet med bestämmelsen om underrättelse framgår att delgivning bör ske, men i övrigt bör delgivning tillgripas endast om det är påkallat med hänsyn till omständigheterna.

Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, anförde i rättsfallet RÅ 1992 ref. 35 att innebörden av 47 § FPL är att domstolen i varje enskilt fall ska pröva om en formell delgivning bör ske eller om det räcker t.ex. med att en handling eller ett meddelande skickas med posten på vanligt sätt eller att kontakt tas per telefon. Det avgörande är hur viktig handlingen eller meddelandet är för mottagaren.

Kammarrätten konstaterar att det inte finns någon uttrycklig föreskrift om att ett avgörande som innebär att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på visst sätt ska föregås av kommunikering. I rättsfallet HFD 2011 ref. 29 uttalade HFD emellertid att förvaltningsrätten enligt 10 § FPL borde ha berett en leverantör tillfälle att yttra sig över uppgifterna i en ansökan, om domstolen övervägde att lägga de i en ansökan uppgivna bristerna i leverantörens anbud till grund för att förordna att anbudet inte skulle få beaktas vid en ny utvärdering.

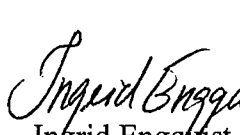
I den nu överklagade domen har förvaltningsrätten förklarat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från SBE Trädgårdsservice inte ska beaktas i anbudsutvärderingen. Förvaltningsrätten bestämde att SBE Trädgårdsservice dessförinnan skulle få yttra sig över ansökan. På dagboksbladet anges att en underrättelse skickats tillsammans med bl.a. kopia av ansökan. Det framgår inte hur handlingarna har skickats och det framgår inte heller av någon uppgift i akten att SBE Trädgårdsservice har nåtts av underrättelsen och bifogade handlingar.


Med hänsyn till vad HDF uttalade i HFD 2011 ref. 29 om kommunikering i ett fall som det nu aktuella och till att det får anses ha varit av väsentlig betydelse för SBE Trädgårdsservice att beredas tillfälle att yttra sig över ansökan om överprövning hade förvaltningsrätten bort försäkra sig om att SBE Trädgårdsservice fått del av ansökningen innan målet avgjordes. Enligt kammarrättens mening borde detta ha skett genom sedvanlig delgivning, kontakt per telefon eller e-post, varefter SBE Trädgårdsservices mottagande av handlingarna skulle ha dokumenterats skriftligt i målet genom t.ex. delgivningskvitto, bekräftelse i ett e-postmeddelande från SBE Trädgårdsservice eller en tjänsteanteckning efter att kontakt tagits per telefon.


Mot denna bakgrund finner kammarrätten att förvaltningsrätten i förevarande mål inte har uppfyllt kommuniseringskyldigheten i 10 § FPL. Vidare anser kammarrätten att handläggningsfelet innebär att det överklagade avgörandet ska upphävas och målet visas åter till förvaltningsrätten för ny handläggning.


Upplyningsvis meddelas att kammarrättens interimistiska beslut den 7 november 2012 upphör att gälla genom detta avgörande. Förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § första stycket LOU gäller under handläggningen i förvaltningsrätten.

Beslutet att meddela prövningstillstånd får enligt 33 § tredje stycket FPL inte överklagas. Av 34 § andra stycket FPL följer att beslutet att återförvisa målet till förvaltningsrätten inte heller får överklagas.


Ingrid Engqvist
kammarrättsråd
ordförande


Maria Ringvall
kammarrättsråd
referent


Eva Westerlund
adjungerad ledamot


Emma Millberg
föredragande



SÖKANDE

Entreprenad Leo Söderberg AB, 556812-9307
Grana 51
186 92 Vallentuna

Ombud: Dan-Louis Schneider
Företagsjuristerna-Juristfirman Dan-Louis Schneider AB
S:t Eriksgatan 117
113 43 Stockholm

MOTPART

Stadsbyggnads- och miljönämnden i Sundbybergs stad
172 92 Sundbyberg

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förklarar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från SBE Trädgårdsservice AB inte beaktas i anbudsutvärderingen.

Dok.Id 286981

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 OCH YRKANDEN M.M.

Sundbybergs stad genomför en upphandling av vintervägsunderhåll (dnr SMN 1004/2012). Av tilldelningsbeslutet som fattades den 2 oktober 2012 framgår att SBE Trädgårdsservice AB (SBE) är den leverantör som har lägst anbudssumma och som föreslås ska antas.

Entreprenad Leo Söderberg AB (bolaget) yrkar i första hand att rättelse ska ske på så vis att bolagets anbud ska antas och att bolaget tilldelas det aktuella avropsavtalet för insatser för vintervägsunderhåll samt att anbudet från SBE inte ska anses kvalificerat för utvärdering eftersom det inte inkommit i tid. Bolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget huvudsakligen följande. Av upphandlingsföreskrifterna i förfrågningsunderlaget framgår att anbud ska vara Sundbybergs stad tillhanda senast 2012-09-24 kl. 15.00. Det framgår av utvärderingsprotokollet/tilldelningsbeslutet att det vid anbudsöppningen noterades att en person i kommunens reception i en tjänsteanteckning antecknat att anbudet från SBE inkommit kl. 15.06. I tilldelningsbeslutet hänvisar staden sedan till ett samtal med SBE:s ombud som uppgett att en arbetsledare infunnit sig i receptionen med anbudet före kl. 15.00. Denna uppgift från SBE:s ombud styrker inte att det aktuella anbudet från SBE skulle ha inkommit någon annan tid än den tid som antecknats på anbudet av kommunens receptionspersonal och som angetts till kl. 15.06. Bedömningen att det inte kan uteslutas att det aktuella anbudet skulle ha inlämnats före kl. 15.00 på grund av de uppgifter som lämnats från SBE och efter samtal med kommunens receptionspersonal ändrar inte det faktum att klockslaget 15.06 antecknats för anbudets ingivande. Det ska påpekas att 15.06 är en mycket exakt tidsangivelse. Det kan därför konstateras att anbudet från SBE inte har inkommit i rätt tid. Stadens bedömning beror antagligen på att staden i detta fall velat anta det för sent inkomna anbudet

från SBE som var lägre än bolagets, och därför det mest ekonomiskt fördelaktiga för staden. Genom att beakta och pröva det för sent inkomna anbudet bryter staden mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, principen om likabehandling och icke-diskriminering. Om staden följt gällande lagstiftning hade anbudet från bolaget varit det enda giltiga anbudet och rätteligen den anbudsgivare som skulle tilldelas det aktuella avropsavtalet.

Sundbybergs stad bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Frågan om vid vilket klockslag ett anbud ska anses ha kommit staden tillhanda regleras inte i LOU. Däremot finns bestämmelser för fastställande av ankomstdag i 10 § förvaltningslagen (1986:223). Andemeningen i den hjälpregel som återfinns i paragrafens andra stycke är enligt stadens mening att den enskilde ges en alternativ väg till personligt överlämnande. I förevarande fall har staden vid anbudsöppning noterat att en person på kommunens reception antecknat att "... anbudet från SBE Trädgårdsservice AB inkommit kl. 15.06. Den person som tog emot kuvertet med anbudet signerade inte det antecknade klockslaget. Vid samtal med ombudet Meeri Nurmi uppgav hon att en arbetsledare på SBE infunnit sig i receptionen med anbudet före kl. 15.00. Arbetsledaren fick vänta en stund eftersom personalen befann sig bakom disken. Han är säker på att anbudet lämnades före kl. 15.00. Vid samtal med kommunens receptionspersonal, framgår att det inte kan uteslutas att kuvertet med anbud från SBE lämnats före kl. 15.00." Enligt stadens bedömning är uppgifterna från SBE trovärdiga och i analogi med vad som anges i ovan nämnd bestämmelse måste anbudet därför anses ha kommit in i rätt tid.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. 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. 5 § LOU anges 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 har 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 10 § förvaltningslagen gäller följande. 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. Underrättas en myndighet särskilt om att ett telegram till myndigheten finns hos ett företag som driver televerksamhet, anses telegrammet komma in redan när underrättelsen når en behörig tjänsteman.

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.

Ett telegram eller annat meddelande som inte är underskrivet skall bekräftas av avsändaren genom en egenhändigt undertecknad handling, om myndigheten begär det.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Detta innebär bl.a. att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget. Alla krav som myndigheten uppställer måste vara förenliga med de unionsrättsliga principerna. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas, eftersom detta skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare, jfr. t.ex. mål C-243/89, kommissionen mot Danmark. Det är den som ansöker om en åtgärd som har bevisbördan för att upphandlingen inte har genomförts i enlighet med LOU, se RÅ 2007 ref. 28.

Av förfrågningsunderlagets punkt AFB.32 framgår att anbud ska vara Sundbybergs stad tillhanda senast 2012-09-24 kl.15.00 samt att anbud via telefax eller e-post inte accepteras.

I tilldelningsbeslutet uppges att det vid anbudsöppningen noterats att en person på kommunens reception antecknat att anbudet från SBE inkommit kl. 15.06. Den person som tog emot kuvertet med anbudet signerade inte det antecknade klockslaget. Vid samtal med ombudet Meeri Nurmi uppgav hon att en arbetsledare på SBE infunnit sig i receptionen med anbudet före kl. 15.00. Arbetsledaren fick vänta en stund eftersom personalen befann sig bakom disken. Han säker på att anbudet lämnades före kl. 15.00. Vid samtal med kommunens receptionspersonal framgår att det inte kan uteslutas att kuvertet med anbud från SBE lämnats före kl. 15.00.

Frågan i målet är om SBE lämnat in sitt anbud före kl. 15.00 den 24 september 2012. Att godta ett för sent inkommet anbud är inte förenligt med principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Det finns däremot ingen specialreglering i LOU angående bedömning av när ett anbud ska anses vara inlämnat. Frågan regleras därför av nationell rätt, jfr RÅ 2009 ref. 69. I 10 § förvaltningslagen ges endast ledning för bedömningar av vilken dag en handling ska anses inlämnad till en myndighet.

Av utredningen framgår att personal i stadens reception antecknat att SBE:s anbud inkom först kl. 15.06 den aktuella dagen. Staden har härfter kommit fram till att det inte kan uteslutas att anbudet ändå inkommit i tid. Den tidsuppgift som antecknats av receptionen i samband med att SBE:s anbud lämnades in måste dock ges ett sådant bevisvärde att det inte kan anses klarlagt att anbudet inkommit i tid. Upphandlingen har således inte genomförts i enlighet med LOU. Anbudet från SBE har ändå antagits vilket medfört att bolaget lidit skada. Överklagandet ska därför bifallas och

upphandlingen får inte avslutas förrän rättelse skett på så sätt att anbudet från SBE inte beaktas i anbudsutvärderingen.

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



Kaisa Söderberg

Rådman

Föredragande har varit Cecilia Östergren.