


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
DOM
2016-06-13
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1847-16

SÖKANDE

AhlSELL Sverige AB, 556012-9206
Rosterigränd 12
117 98 Stockholm

Ombud: Ida-Maria Andersson
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

Upphandlingsavdelningen i Jönköpings kommun
551 89 Jönköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-06-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Jönköpings kommun (kommunen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande gällande VA-materiel (kommunens dnr 15/25). Kommunen fattade ett tilldelningsbeslut den 17 november 2015, men avbröt sedan upphandlingen den 30 november 2015. Detta avbrytandebeslut upphävdes av förvaltningsrätten genom dom den 24 mars 2016 (mål nr 5828-15). Kommunen fattade ett nytt tilldelningsbeslut den 7 april 2016 och antog en annan leverantör än AhlSELL Sverige AB (AhlSELL).

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Tilldelningsbeslutet utgör inte en avtalsrättslig accept av anbudet. Bindande avtal kommer till stånd först när upphandlingskontraktet undertecknats av båda parter (1.3.7). An-

Dok.Id 196290

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

budet ska vara giltigt till två månader efter sista anbudsdag (Frågor och svar, fråga nr 3 daterad 2015-09-16). Om upphandlingen blir föremål för rättslig prövning förlängs anbudets giltighetstid fram till dess att upphandlingskontrakt kan tecknas, dock högst tre månader efter angiven giltighetstid (1.4.3).

YRKANDEN

Ahlsell ansöker nu om överprövning av kommunens tilldelningsbeslut daterat 2016-04-07 och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att vinnande anbud förkastas och Ahlsells anbud antas.

Kommunen bestrider Ahlsells yrkande och yrkar att upphandlingen ska göras om.

VAD PARTERNA ANFÖR

Ahlsell anför i huvudsak följande. Kommunen har genom att anta ett anbud vars giltighetstid har löpt ut agerat i strid med principerna om likabehandling och transparens. Ahlsell har på eget initiativ vid två tillfällen förlängt giltighetstiden på sitt anbud och det är alltjämt giltigt, se Kammarätten i Göteborgs mål nr 4963-09. Anbudsgivaren måste anses förfoga över bundenheten till sitt anbud. I annat fall skulle myndigheten själv genom passivitet kunna framtvinga frånvaron av giltiga anbud och detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Det finns ingen skyldighet för kommunen att begära att anbudsgivarna förlänger anbudens giltighetstid, men anbudsgivarna har möjlighet att själva bevaka sin rätt och skicka ensidiga förlängningar av anbudens giltighetstid. Ahlsell har lidit skada eftersom anbudet rätteligen skulle ha antagits då det är det enda kvarvarande giltiga anbudet i upphandlingen. I andra hand anføres att rättelse ska vidtas på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av det nu vinnande anbudet. Det uppfyller inte samtliga obligatoriska krav eftersom vinnande anbudsgivare på flertalet

positioner i sin prisbilaga har offererat artiklar som inte är att betrakta som likvärdiga de som efterfrågas av kommunen. Att kommunen låtit anbudet gå vidare till utvärderingen strider mot såväl likabehandlingsprincipen som transparensprincipen. Ahlsell har lidit skada eftersom de skulle tilldelats kontraktet om vinnande anbud rätteligen hade förkastats.

Kommunen anför i huvudsak följande. Det kan konstateras att kommunen inte har hanterat upphandlingen på ett optimalt sätt. Giltighetstiden för samtliga anbud gick ut den 12 mars 2016 och någon förlängning av anbuden har inte kommit till stånd. Det krävs ett ömsesidigt medgivande för att en anbudstid ska kunna förlängas. Den praxis som åberopas av Ahlsell är överspelad bl.a. genom samma kammarrätts avgöranden i mål nr 6132-11 och 7006-12. Kommunen meddelade dock inte att tilldelningsbeslutet från den 17 november 2015 hade återkallats av kommunen den 26 november. Ett faktum som kommunen av misstag själv uppmärksammat först i samband med det aktuella målet. Det innebär att kommunen för att inte bryta mot transparens- och likabehandlingsprincipen genom domen egentligen har varit tvungen att tillfråga alla anbudsgivare om en förlängning av giltighetstiden för anbuden. Förvaltningsrättens dom tvingade således kommunen i praktiken till att ingå avtal med villkor som kommunen själv inte ansåg skulle vara gällande efter den 12 mars. Kommunen synes ha gjort ett formellt fel genom att fatta ett nytt tilldelningsbeslut utan att tillfråga samtliga anbudsgivare om förlängning och att tilldelningen då skedde trots att det saknades giltiga anbud i upphandlingen. Eftersom det fortfarande saknas giltiga anbud anser kommunen att förvaltningsrätten torde vara förhindrad att förordna om rättelse och att domstolen därmed ska förordna om att upphandlingen ska göras om. Kommunen bestrider Ahlsells påståenden om att Dahls anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Av 9 kap. 11 § LOU följer att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ska 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 under rättelse enligt 9 § första stycket eller upplysningar enligt 10 §.

I 16 kap. 4 § LOU anges att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU följer 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 har gjorts. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Förvaltningsrättens bedömning

Ahlsell anför att det saknas förutsättning att avsluta upphandlingen i enlighet med tilldelningsbeslutet eftersom giltighetstiden för det antagna anbudet har löpt ut. I målet är ostridigt att giltighetstiden enligt förfrågningsunderla-

get gick ut den 12 mars. Ahlsell menar att deras anbud alltjämt är giltigt till följd av de två förlängningar Ahlsell har meddelat kommunen.

Giltighetstiden för anbud får förlängas utöver den tid som anges i förfrågningsunderlaget när en sådan förlängning kan ske utan att de EU-rättsliga principerna som anges i 1 kap 9 § LOU träds för när (se justitieråd Nord's utveckling av sin mening i RÅ 2008 not 26). Om en förlängning ska ske eller inte är främst en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna.

Rättsläget när det gäller en ensidig förlängning av anbudstiden på initiativ av en anbudsgivare är oklart. Ahlsell hänvisar till Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2009 i mål 4963-09. I senare praxis konstaterar dock samma kammarrätt att en förlängning av den i förfrågningsunderlaget angivna anbudstiden kräver ett ömsesidigt medgivande från upphandlande myndighet och anbudsgivare (se dom från den 9 december 2011 i mål nr 6132-11 och dom från den 10 oktober 2012 mål nr 7006-12). Här har rätten kommit fram till att när anbudsgivaren på eget initiativ förlängt sitt anbud och upphandlande myndighet har tilldelat kontraktet till den anbudsgivaren så får det anses som att den upphandlande myndigheten har accepterat förlängningen i vart fall till den dag när tilldelningsbeslut har fattats.

Anbudsgivaren bör förfoga över bundenheten till sitt anbud, vilket framgår bl.a. av att en anbudsgivare inte är tvingad att acceptera en förlängning av anbudstiden på förfrågan från upphandlande myndighet (se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 oktober 2010 i mål nr 1798-10). Det innebär dock inte att den upphandlande myndigheten kan tvingas att godta en förlängning på initiativ av en anbudsgivare, även om syftet med att påbörja en upphandling självklart är att kunna få till stånd ett avtal.

I detta fall har Ahlsell på eget initiativ förlängt sitt anbud men kommunen har inte accepterat förlängningen. Enligt avtalsrätten krävs både anbud och accept för att ett bindande avtal ska föreligga. I förfrågningsunderlaget anges att bindande avtal kommer till stånd först när upphandlingskontraktet undertecknats av båda parter. Det saknas både lagstöd och vägledande avgöranden till stöd för att kommunen skulle vara tvingad att acceptera Ahlsells förlängning av anbudstiden. Likabehandlingsprincipen talar dessutom för att om kommunen hade velat acceptera Ahlsells förlängning så borde övriga anbudsgivare ha getts samma möjlighet att förlänga sina anbud. Under sådana omständigheter skulle måhända övriga anbudsgivare ha förlängt giltighetstiden på sina anbud. Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten att eftersom kommunen inte har godtagit Ahlsells förlängningar, och eftersom kommunen inte kan anses tvingad att göra det, kan det inte anses ha förelagat några giltiga anbud vid tiden för tilldelningsbeslutet.

En upphandling avslutas först genom att ett kontrakt tecknas med en eller flera leverantörer eller att upphandlande myndigheten beslutar att avbryta upphandlingen. Så länge en upphandling inte är avslutad har domstolen att ta ställning till om det finns skäl för ingripande enligt LOU (jfr. RÅ 2008 not 26). Enligt Konkurrensverkets yttrande dnr 336/2010 från den 30 juni 2010 i Kammarrätten i Jönköpings mål nr 942-10 innebär förhållandet att det inte föreligger några giltiga anbud inte att ett mål inte ska prövas i sak, utan det får betydelse först när rätten i sak funnit att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU och därmed ska bedöma om upphandlingen ska rättas eller göras om. Förvaltningsrätten kommer härefter att pröva målet i sak.

Frågan i målet är om kommunen vid genomförandet av upphandlingen har brustit i sitt förfarande på ett sätt som strider mot någon av bestämmelserna i LOU och om Ahlsell i så fall har lidit skada till följd av bristen.

När kommunen fattade tilldelningsbeslutet förelåg inga giltiga anbud. Kommunens tilldelningsbeslut har därmed inte fattats i enlighet med de förutsättningar de satt upp i förfrågningsunderlaget, utan har brutit bl.a. mot principerna om likabehandling och transparens. Genom att kommunen tilldelat kontraktet i strid med LOU har Ahlsell lidit skada. Ansökan om överprövning ska därmed bifallas.

Med hänsyn till att inga giltiga anbud finns kan någon rättelse inte ske i det här fallet. Upphandlingen ska därför göras om.

Vid denna utgång saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva vad Ahlsell har anfört i övrigt.

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



Jan Källman

Föredragande har varit Sara Hanberger.

