



KLAGANDE

Sofiaängen AB, 556598-0942

Ombud:

Måns Ivarsson
Torsten Alms gata 17
126 51 Hägersten

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

KONKURRENSVERKET	
2012-05-05	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 15 mars 2012
i mål nr 2244-12, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om avskrivning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet från vidare handläggning.

YRKANDEN M.M.

Sofiaängen AB (bolaget) yrkar i överklagande som kom in till kammarrätten den 18 maj 2012 att kammarrätten ska ändra förvaltningsrättens dom på så sätt att Nacka kommuns beslut att utesluta bolaget vid upphandlingens kvalificering för utvärdering upphävs och att en ny utvärdering av kvalificerade anbud i upphandlingen sker. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om.

Nacka kommun har den 22 maj 2012 till kammarrätten uppgett att avtal slutits med andra leverantörer än bolaget på samtliga delområden i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

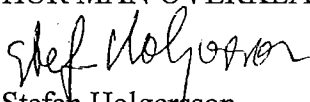
Av 16 kap. 10 § första stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), i dess lydelse fr.o.m. den 1 januari 2011, framgår att när en förlängd avtalsspärr gäller enligt 9 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet.

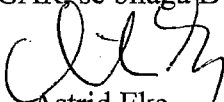
Enligt 16 kap. 13 § LOU, i dess lydelse fr.o.m. den 15 juli 2010, får överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.


Av handlingarna i målet framgår att avtal numera har slutits i den aktuella upphandlingen. Kammarrätten får därför inte överpröva upphandlingen.

Målet ska således avskrivas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Stefan Holgersson
lagman
ordförande


Astrid Eke
kammarrättsråd


Gabriella Loman
kammarrättsråd
referent


Erik Cernjul
kammarrättsfiskal



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-03-15
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2244-12
Enhet 15

SÖKANDE

Sofiaängen AB, 556598-0942
Bergsunds Strand 43 A
117 38 Stockholm

Ombud: Måns Ivarsson
Torsten Alms gata 17
126 51 Hägersten

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Sofiaängen AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 213711

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

BAKGRUND

Nacka kommun har genomfört en offentlig upphandling benämnd strukturerad öppenvård för ungdomar och familjepedagogiska insatser för barn och ungdomar samt deras föräldrar, dnr SÄN 2011/203.

Upphandlingen har genomförts genom förenklat förfarande med avsikt att ingå ramavtal inom fem kategorier. Nacka kommun har i tilldelningsbeslut den 23 januari 2012 funnit att Sofiaängen AB:s anbud inte är kvalificerade för att gå vidare i upphandlingen då USB-minne kom in för sent.

YRKANDEN

Sofiaängen AB (hädanefter bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand, att rättelse sker genom att upphandlingens kvalificering görs om och att den för sent inlämnade anbudskopian på USB-minne då får inräknas i anbudsunderlaget samt att en ny anbudsutvärdering därefter sker utifrån det nya resultatet av en kvalificering, i andra hand yrkas att upphandlingen görs om.

Nacka kommun har bestritt bolagets ansökan om överprövning och yrkat avslag på densamma.

GRUNDER OCH PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har utvecklat grunderna för sin ansökan genom att anföra i huvudsak följande. Av tilldelningsbeslut från Nacka kommun per den 23 januari 2012 framgår att bolagets fyra anbud har förkastats på grund av att en digital kopia på USB-minne lämnats in för sent trots att fullständigt original i pappersform lämnats in i rätt tid. Någon skillnad mellan det inlämnade originalet och den senare inlämnade digitala kopian på USB-

minne finns inte i enlighet med föreskrifterna. Bolagets anbud uppfyller samtliga skall-krav på leverantören och på den offererade tjänsten.

Kravet på digital kopia av anbudet är endast ett administrativt krav som syftar till att underlätta Nacka kommuns hantering av anbudet och har inte haft någon betydelse för bedömningen av om anbudsgivaren är en lämplig leverantör. Kravet är motstridigt framställt i förfrågningsunderlaget och inte proportionellt. Ingen information utöver den som lämnats på pappersoriginalet fick finnas på den digitala kopian på USB-minne, så USB-minnet kunde därför inte tillföra någon information som inte redan fanns på papper.

Att ca 35 procent av anbudsgivarna inte lämnat någon digital kopia på USB-minne tyder på att kravet inte uppmärksammats eller uppfattats som ett skall-krav genom att det inte blivit tillräckligt tydligt formulerat. Nacka kommun har i en särskild ruta, i form av en checklista, i anbudsformulären angivit vilka handlingar och underlag som skulle bifogas anbudet för att undvika uteslutning i kvalificeringen. Denna del av underlaget kan inte uppfattas på annat sätt än att det skulle vara just dessa handlingar och underlag som kvalificeringen skulle baseras på. I rutan, utformad som en tabell där anbudsgivaren själv på varje rad skulle ange med ett kryss för varje särskilt krav på bifogat underlag, gavs ingen information om att digital kopia på USB-minne var ett skall-krav som kunde resultera i uteslutning om det inte uppfylldes.

Bolaget uppfattar kravet i anbudsföreskrifterna och i tabellen/checklistan över underlag för uteslutning och kvalificering som motstridiga. Kravet är framställt på ett sådant sätt att anbudsgivarna kunnat vilseledas tro att anbudskopia i digital form på USB-minne inte var ett oeffergivligt krav. Man hade kunnat undvika hela den praktiska hanteringen att hålla reda på papper och USB-minnen, med åtföljande risker, genom att använda

upphandlingsverktygets internetbaserade filhanteringssystem, som används av ett stort antal kommuner i Sverige för upphandlingar.

Åtminstone fem anbud som hade kunnat bibringa Nacka kommun ekonomiska och kvalitativa fördelar av värde för kommunmedborgarna har i upphandlingen inte prövats av Nacka kommun enbart på grund av en formaliafråga utan betydelse för anbudens innehåll. Det negativa samhällsekonomiska värdet av att Nacka kommun inte begärde en enligt lagen helt möjlig komplettering kan ha varit betydande.

Skälet för bolagets ansökan är den uppenbara bristen på proportionalitet mellan åtgärden att diskvalificera ett anbud på grund av att en exakt överensstämmande kopia på det originalanbud som inlämnats i pappersformat inkommer för sent och de ekonomiska och kvalitetsmässiga konsekvenserna för berörda parter. Bristen på proportionalitet är uppenbar och kan uppgå till betydande ekonomiska och kvalitativa värden. Under en lång följd av år har bolaget erhållit miljonbelopp i intäkter varje år till följd av placeringar från Nacka kommun på föregående avtal. Beslutet från Nacka kommun att exkludera bolaget från kvalificering kan medföra avsevärt negativa effekter för verksamhetens fortsatta drift.

Bolagets anbud ligger i tre kategorier 490 kr per dygn lägre i pris än det dyraste godkända anbudet i dessa kategorier. Utslaget på en fyraårig avtalsperiod skulle den bristande proportionaliteten i kommunens förkastande av enbart bolagets anbud kunna innebära merkostnader i miljonstorlek för kommunen.

Enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU finns möjlighet för en upphandlande myndighet att begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Såväl förtydligande som komplettering får endast

innebära att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras, inte att anbudet tillförs nya uppgifter. Så länge ett förtydligande eller en komplettering inte innebär att anbudet tillförs nya uppgifter är det dock tillåtet att förtydliga respektive komplettera anbudet.

I det aktuella fallet, dvs. om bolaget hade fått komplettera sitt anbud med den i efterhand inkomna digitala kopian på USB-minne, skulle det inte ha varit fråga om att tillföra någon ny uppgift till anbudet. En digital kopia skulle innehålla exakt samma information som bolaget redan i sitt anbud, i original, lämnat i upphandlingen. Att tillåta en komplettering med en digital kopia av ett redan ingivet anbud skulle inte heller ha riskerat att medföra särbehandling eller konkurrensbegränsning, eftersom innehållet i den digitala kopian, som är identiskt med originalanbudet, inte kunde ha medfört något annat utfall i upphandlingen än genom originalanbudet.

Kommunen hade således möjlighet att låta bolaget komplettera sitt anbud med den digitala kopian av det redan ingivna originalanbudet, utan att på något sätt riskera att agera i strid med bestämmelserna i 15 kap. 12 § andra stycket LOU. Att Nacka kommun inte tillåtit en komplettering vid kvalificeringen har medfört en sammantagen betydande brist på proportionalitet i beslutet att från utvärderingen utesluta bolaget och övriga anbudsgivare som inte i tid eller över huvud taget lämnat digital kopia på USB-minne.

Nacka kommun har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att anföra i huvudsak följande. Om fel anses begångna är felen inte av den arten att ansökningen om överprövning ska bifallas. Bolaget har inte uppfyllt Nacka kommuns samtliga skall-krav och måste därför uteslutas.

Den upphandlande myndigheten får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller

anbudet. Alternativt får myndigheten begära förtydligande eller komplettering om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Samtliga skall-krav inklusive skall-krav på ett USB-minne finns beskrivna i förfrågningsunderlaget. Detta krav är tydligt formulerat och kan inte missuppfattas på något sätt. För tydlighetens skull kan anföras att kravet på en digital kopia av anbud motiveras av den omfattande dokumentation som lämnas i samband med anbud, vilket gör att det är omöjligt för upphandlande myndighet att hantera de inkomna anbuden på annat sätt än digitalt.

För att undvika särbehandling av någon av leverantörerna har Nacka kommun beslutat att ingen av anbudsgivarna får komplettera sina anbud på de icke uppfyllda skall-kraven. Den checklista för skall-krav som bolaget hänvisar till finns inte. Den lista som bolaget menar avser lista med handlingar som bifogas anbudet (underlag för uteslutning och kvalificering) och har inget med övriga skall-krav att göra. Bolaget blandar ihop krav på att lämna in begärda handlingar enligt tabellen med övriga skall-krav som finns i förfrågningsunderlaget. Skall-krav på att lämna en digital kopia är ingen handling, underlag för uteslutning och kvalificering utan ett skall-krav på att lämna en kopia på anbud i sin helhet.

Bolagets resonemang om proportionalitet är helt irrelevant. Skall-kravet på att lämna in en digital kopia av anbud är rimligt, inte på något sätt betungande eller belastande för leverantören, tydligt formulerat och som dessutom är lätt att uppfylla är proportionerligt och uppfyller övriga grundprinciper i LOU.

Bolagets hänvisning till tidigare avtal har ingen betydelse för den aktuella upphandlingen. Bolagets resonemang att det är flera anbudsgivare som inte uppfyllt Nacka kommuns skall-krav och därför uteslöts är inte tecken på att

förfrågningsunderlaget är otydligt och vilseledande utan snarare ett tecken på mindre noggrannhet och icke beaktande av de i förfrågningsunderlaget framställda kraven och eventuella skäl för dessa vid utformning av anbud.

Bolaget har genmält i huvudsak följande. Bolaget hävdar inte att kravet att lämna kopia på USB-minne i sig är oproportionerligt utan att det är den efterföljande åtgärden från Nacka kommun som saknar proportionalitet. Nacka kommun må ha haft rimliga skäl att, enligt vad den skriver i sitt yttrande, vilja effektivisera handläggningen, men åtgärden att när en tredjedel av anbudsgivarna inte har bifogat kopior på USB-minnen då helt utesluta dem från utvärdering, när möjlighet till mindre ingripande åtgärd fanns, är inte proportionerlig.

DOMSKÄL

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 15 kap. 12 § LOU stadgas följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av bestämmelser i 16 kap. LOU. Av övergångsbestämmelser framgår dock att äldre lydelse ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Den i målet aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 november 2011.

I 16 kap. 5 § LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 stadgas följande. 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.

För ingripande enligt LOU räcker det alltså att den leverantör som söker överprövning kan komma att lida skada. Därmed behöver det inte vara säkert att sökande leverantör skulle ha fått kontraktet om angripna brister inte förelegat, utan det räcker att sökanden skulle ha haft möjlighet att tilldelas kontraktet (jfr t.ex. dom av Kammarrätten i Sundsvall den 8 november 2010, mål nr 2086-10).

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling. Ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer göras. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. skall-krav. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RA 2002 ref. 50).

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget (dnr SÄN 2011/203) under Upphandlingsföreskrifter, 3.2 Anbudets form och innehåll anges följande. ”Utöver det skriftliga anbudet (original) ska en fullständig kopia lämnas i digital form på USB-minne”.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av Nacka kommun uppställda skallkravet, att en fullständig kopia av anbudet ska lämnas i digital form på ett USB-minne är klart och tydligt formulerat. Det uppställda kravet har en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör. Det framstår inte heller som oförutsägbart eller oproportionerligt. Förvaltningsrätten delar därför Nacka kommuns bedömning att bolaget inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget uppställda skallkravet.

Bolaget har anfört att Nacka kommun borde ha tillåtit bolaget att komplettera sitt anbud med det för sent inkomna USB-minnet samt att åtgärden att istället utesluta bolaget är oproportionerlig. Av 15 kap: 12 § LOU framgår att upphandlande myndighet får tillåta rättelse av ett uppenbart fel i anbudet samt att myndigheten får begära att en anbudsgivare eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Av bestämmelsens ordalydelse framgår således att upphandlande myndighet inte är skyldig att tillåta rättelse eller begära förtydligande och komplettering. Förvaltningsrätten anser inte att en underlåtelse att lämna in USB-minnet kan ses som ett uppenbart fel i aktuell lydelsens mening. Lagliga förutsättningar har därmed inte funnits att tillämpa bestämmelserna om rättelse, förtydligande eller komplettering i 15 kap. 12 § LOU. Inte heller anser förvaltningsrätten att åtgärden, att utesluta en leverantör som inte uppfyllt ett skallkrav, kan ses som oproportionerlig. Om ett skallkrav inte är uppfyllt ska den upphandlande myndigheten utesluta leverantören.

Då bolaget som ovan konstaterats inte uppfyllt det av Nacka kommun ställda skallkravet och inte heller förutsättning för rättning eller komplettering förelegat har det varit riktigt av Nacka kommun att inte låta bolaget gå vidare till utvärdering. Någon möjlighet för ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda grunderna finns därmed inte. Ansökan ska följaktligen avslås.

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



Barbro Lundholm

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Maja Löfgren.

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.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

