

Kammarrätten i Jönköping
Box 2203
550 02 Jönköping

Kammarrättens i Jönköping mål nr 942-10, Sandå Sverige AB ./. AB Stångåstaden

Kammarrätten i Jönköping har anmodat Konkurrensverket att avge yttrande i ovan rubricerade mål. Yttrandet ska avse frågan om det i mål om överprövning av upphandling föreligger grund att avskriva målet av det skälet att anbudens giltighetstid löpt ut. Yttrandet begärs mot bakgrund av att fast praxis i frågan saknas.

Bakgrund

1. AB Stångåstaden (Stångåstaden) har inbjudit leverantörer att lämna anbud i upphandling avseende ramavtal gällande Måleriarbeten Distrikt Väster, City och Söder. Upphandlingen har skett enligt reglerna om öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU.
2. Stångåstaden beslutade den 26 november 2009 att tilldela andra leverantörer än Sandå Sverige AB (Sandå) uppdraget.
3. Sandå ansökte den 4 december 2009 hos Länsrätten i Östergötlands län om överprövning av upphandlingen. Länsrätten beslutade den 7 december 2009 att Stångåstaden inte fick avsluta upphandlingen innan rätten beslutat något annat.
4. Den 7 december 2009 meddelade Stångåstaden att man, innan länsrättens interimistiska beslut kommit Stångåstaden tillhanda, tecknat ramavtal med tre leverantörer i den aktuella upphandlingen.
5. Länsrätten beslutade den 16 december 2009 att avskriva målet från vidare handläggning (mål nr 4040-09). Som skäl angavs att utredningen i målet inte visade annat än att den så kallade tiodagarsfristen passerat och att ett kontrakt förelegat innan länsrättens beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Sandås ansökan om åtgärd enligt LOU kunde därmed inte prövas.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

6. Sandå överklagade länsrättens avskrivningsbeslut till Kammarrätten i Jönköping. Kammarrätten beslutade den 23 december 2009 att upphandlingen inte fick avslutas förrän kammarrätten slutligt beslutat i målet.
7. Kammarrätten beslutade den 16 februari 2010 (mål nr 3785-09) att upphäva länsrättens avskrivningsbeslut och att återförvisa målet till Förvaltningsrätten i Linköping för prövning i sak. Som skäl angavs att det vid tidpunkten då länsrätten meddelade sitt interimistiska beslut inte förelåg något ramavtal enligt LOU.
8. Förvaltningsrätten beslutade den 18 februari 2010 att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat har beslutats.
9. Förvaltningsrätten beslutade den 9 april 2010 att avskriva målet från vidare handläggning (mål nr 108-10). Som skäl angavs i huvudsak följande. Av upphandlingens föreskrifter framgår att anbud ska ha inkommit senast den 19 november 2009 samt att anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud i 120 dagar från anbudsdagen. Denna dag har passerats och någon förlängning av anbudens giltighetstid har inte skett. Eftersom några giltiga anbud inte föreligger i upphandlingen får den inte avslutas genom tecknande av upphandlingskontrakt. Att Stångåstaden är förhindrad att teckna kontrakt beror inte på att man brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Det saknas därmed grund att meddela förordnande enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU. Ändamålet med klagandens talan har således förfallit varför målet ska avskrivas.
10. Sandå överklagade förvaltningsrättens avskrivningsbeslut till Kammarrätten i Jönköping. Kammarrätten beslutade den 19 april 2010 (mål nr 942-10) att upphandlingen inte får avslutas förrän kammarrätten slutligt beslutat i målet. Stångåstaden överklagade kammarrättens interimistiska förordnande till Regeringsrätten. Regeringsrätten beslutade den 7 maj 2010 att inte meddela prövningstillstånd (mål nr 2718-10).
11. Sandå har i sitt överklagande av förvaltningsrättens beslut i mål nr 108-10 yrkat att kammarrätten ska undanröja förvaltningsrättens beslut och återförvisa målet till förvaltningsrätten för prövning i sak. Sandå har därvid anfört sammanfattningsvis följande. Stångåstadens agerande i upphandlingen har medfört att processen dragit ut på tiden och som följd därav att anbudens giltighetstid löpt ut, bl.a. genom att bolaget vid två tillfällen varit nödgat att till kammarrätten överklaga beslut om utfående av handlingar. Stångåstaden har valt att inte förlänga samtliga anbuds giltighetstid. Det följer av såväl Regeringsrättens avgörande i mål nr 2382-06 samt flera kammarrättsavgöranden att ett mål ska prövas i sak även om anbudens giltighetstid löpt ut. För det fall att en domstol avskriver ett mål förtar domstolen anbudsgivaren dennes rättigheter. Då det ensidigt är den upphandlande myndigheten som har rätt att be-

gära förlängning av anbudens giltighetstid kan myndigheten genom sitt agerande beröva en anbudsgivare rätten att få upphandlingen prövad av domstol. Vad gäller upphandlingen i sak är den behäftad med ett flertal fel hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen måste göras om.

12. Stångåstaden har hos kammarrätten anfört sammanfattningsvis följande. Det finns inte längre några anbud att ta ställning till och den överklagade upphandlingen är därmed avslutad. Det föreligger därför inte någon grund för kammarrätten att pröva målet.

Rättsläget

Tillämpliga lagrum

13. Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.
14. Enligt 9 kap. 11 § LOU gäller bl.a. att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ska ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått underrättelse om beslut att sluta ramavtal eller tilldelning av kontrakt eller om anbudsgivaren fått upplysningar om skälen för att dennes ansökan förkastats eller avslagits.
15. Enligt 16 kap. 1 § första, andra och tredje stycket LOU gäller följande. 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.
Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.
Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.
16. Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU gäller att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Enligt nämnda lagrums andra stycke gäller att rätten omedelbart får besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att



fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Förarbeten

17. I prop. 2001/02:142 anges bl.a. följande. Av LOU följer att så länge ett upphandlingskontrakt inte föreligger är upphandlingen inte avslutad. Om upphandlingen inte är avslutad är överprövning möjlig. Frågan om civilrättslig bundenhet regleras däremot inte i LOU (s. 74). --- Frågan är om ett upphandlingskontrakt som ingås i strid mot ett interimistiskt beslut avslutar upphandlingen i den mening som avses i 7 kap. LOU. Ett interimistiskt beslut innebär i detta sammanhang att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats (jfr 7 kap. 2 § andra stycket LOU). Om länsrätten fattat ett interimistiskt beslut kan en upphandlande enhet således inte avsluta upphandlingen. Det har inte någon betydelse att tio dagar gått från det att upplysningarna om tilldelningsbeslutet lämnats. Först sedan en allmän förvaltningsdomstol upphävt det interimistiska beslutet kan enheten avsluta upphandlingen (s. 77).

Tidigare domstolsavgöranden

18. **RÅ 2008 not 26 (mål nr 2382-06), den 11 februari 2008.**
Målet rörde en upphandling av bensin. Den upphandlande myndigheten antog anbud från tre leverantörer, medan ett annat bolag (X-bolaget) fick sitt anbud förkastat på grund av att bolaget inte ansågs uppfylla skall-kraven i upphandlingen. X-bolaget begärde överprövning och fick avslag på sin talan i länsrätten. – X-bolaget överklagade länsrättens dom till kammarrätten, som i sin bedömning inledningsvis konstaterade att X-bolagets anbud inte borde ha förkastats av den upphandlande myndigheten. Först efter att ha gjort denna bedömning konstaterade kammarrätten att den tidpunkt till vilken anbudens giltighetstid löpte hade passerats. Därvid uppkom fråga om kammarrätten kunde nöja sig med att förordna om den minst ingripande åtgärden "rättelse" eller om upphandlingen måste göras om. Kammarrätten noterade att tilldelningsbeslutet i upphandlingen, varigenom de tre vinnande anbudsgivarna antagits, meddelats mer än två månader innan anbudens giltighetstid löpt ut och bedömde därför att beslutet torde ha kommit de antagna leverantörerna tillhanda långt före utgången av giltighetstiden. Kammarrätten hänvisade till sin tidigare dom i mål nr 1031-05 och fann att bindande avtal uppkommit i och med att meddelande om tilldelningsbeslutet skickats ut och att detta torde ha nått anbudsgivarna i god tid innan giltighetstiden löpte ut. Vid detta förhållande fann kammarrätten att den av X-bolaget yrkade åtgärden "rättelse" var en möjlig samt även tillräcklig åtgärd. – Kammarrättens dom överklagades. Regeringsrätten tog först upp frågan om förutsättningarna för kammarrätten att överpröva upphandlingen på det sätt som skett. Regeringsrätten erinrade inledningsvis om att det vid tiden för kammarrättens dom gällde ett interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen. Eftersom upphandlingen således inte var avslutad hade kammarrätten att ta ställning till om det fanns



skäl för ingripande enligt LOU. Då kammarrätten fann att det förelåg skäl för ingripande enligt LOU hade man att välja mellan att upphandlingen skulle göras om eller att den skulle rättas. Kammarrätten syntes vidare ha övervägt om rättelse kunde ske med hänsyn till att anbudens giltighetstid gått ut men funnit att detta inte utgjorde något hinder med hänsyn till att myndigheten antagit övriga anbud varigenom dessa fortfarande fick anses ha giltighet. Någon invändning hade heller inte gjorts om att anbudens giltighetstid gått ut. Kammarrätten fann därför att rättelse var en möjlig och tillräcklig åtgärd. Regeringsrätten fann att kammarrätten rätteligen överprövat upphandlingen och instämde i bedömningen vad gällde valet av åtgärd enligt LOU.

19. Kammarrätten i Stockholm, beslut den 30 november 2009 i mål nr 4488-09, 4512-09 och 4513-09.

En stadsdelsnämnd hade genomfört en öppen upphandling av ramavtal för städtjänster. Tre leverantörer vars anbud inte antagits begärde överprövning hos länsrätten. Länsrätten avslog bolagens talan varpå länsrättens dom av bolagen överklagades till kammarrätten. – Kammarrätten förordnade den 25 juni 2009 om att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas. Kammarrätten konstaterade därefter i skälen för sitt beslut att anbuden i den aktuella upphandlingen varit bindande till den 1 oktober 2009 samt att denna tid passerats. Kammarrätten fann därmed att fråga uppkommit om förutsättningar för att pröva målen i sak. Eftersom anbudens giltighetstid löpt ut och någon förlängning av denna tid inte skett med iakttagande av principerna i 1 kap. 9 § LOU ansåg kammarrätten att det inte förelåg några giltiga anbud i upphandlingen. Upphandlingen kunde därmed inte avslutas genom tecknande av upphandlingskontrakt och fick därigenom anses ha förfallit. Det saknades därför grund för att meddela förordnande enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU. Ändamålet med de klagandes talan hade således förfallit varför målen skulle avskrivas. – Beslutet överklagades av stadsdelsnämnden, som ansåg att kammarrätten borde ha prövat målen i sak. Stadsdelsnämndens talan avvisades dock av Regeringsrätten på den grunden att kammarrättens beslut inte gått nämnden emot.

20. Kammarrätten i Stockholm, beslut den 30 november 2009 i mål nr 6097-09.
Kammarrätten har i ett ärende med liknande förutsättningar gjort samma bedömning som framgår av punkten ovan.

21. Kammarrätten i Göteborg, dom den 4 november 2009 i mål nr 3356-09.

Två kommuner genomförde en selektiv upphandling av tekniska konsulter. Tre leverantörer ansökte om överprövning hos länsrätten, som i dom den 18 maj 2009 avslog deras talan. En av leverantörerna, som uteslutits från upphandlingen, överklagade länsrättens dom till kammarrätten. – Kammarrätten ansåg att kommunerna inte visat att skäl förelåg att utesluta den aktuella leverantören. Kommunernas beslut stred därför mot LOU. Vad gällde valet av åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU konstaterade kammarrätten att



anbudens giltighetstid löpte till och med den 1 juni 2009 samt att det inte framgick att giltighetstiden förlängts. Kammarrätten fann sig därför förhindrad att förordna om rättelse, varför upphandlingen måste göras om.

22. Kammarrätten i Göteborg, dom den 25 februari 2010 i mål nr 6708-09.

En kommun gjorde en upphandling avseende avfallshantering. Ett bolag, vars anbud inte antagits, ansökte om överprövning hos länsrätten och anförde att det vinnande anbudet inte uppfyllt skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Länsrätten fann att kommunen felaktigt utvärderat och antagit det vinnande anbudet varför det fanns grund för att förordna om åtgärd enligt LOU. Då anbudens giltighetstid gått ut och denna tid inte förlängts fann länsrätten att någon annan åtgärd än att göra om upphandlingen inte kunde komma i fråga. – Kommunen överklagade länsrättens dom. Kammarrätten instämde i länsrättens bedömning och avlog överklagandet.

23. Kammarrätten i Göteborg, dom den 12 december 2009 i mål nr 4963-09.

Målet gällde avbrytande av upphandling. En kommun genomförde en upphandling avseende en ljudanläggning. Länsrätten beslutade den 5 juni 2009, efter talan från Y-bolaget, att kommunen inte fick avsluta upphandlingen förrän rättelse vidtagits i form av att det vinnande anbudet förkastades. Kommunen beslutade därefter den 9 juni 2009 att avbryta upphandlingen med hänvisning till att anbudsgivarna varit bundna av sina anbud fram till den 14 april 2009. Som skäl angavs att det var först efter det att länsrätten meddelat sin dom som två leverantörer, däribland Y-bolaget, förlängde sina anbuds giltighetstid. Enligt kommunens uppfattning kunde dessa förlängningar inte beaktas eftersom de meddelats efter det att giltighetstiden löpt ut och efter länsrättens dom. – Y-bolaget överklagade kommunens beslut att avbryta upphandlingen och yrkade hos länsrätten att beslutet skulle ogiltigförklaras. Kommunen anförde att bindande anbud saknats under perioden 14 april – 5 juni 2009 samt att en förlängning borde ha skett redan den 14 april 2009. Vidare kan ett ensidigt agerande från en anbudsgivare inte medföra partsbundenhet. – Länsrätten konstaterade att de kvarvarande anbudsgivarna den 5 respektive den 8 juni 2009 valt att, utan några ändringar i övrigt, förlänga giltighetstiden för sina anbud. Dessa anbud fick därför anses vara bindande och kunde således utvärderas av kommunen i enlighet med länsrättens tidigare förordnande om rättelse. Att förlängningen av giltighetstiden skett efter att anbudstiden löpt ut och efter att länsrätten meddelat dom eller att anbudet inte varit bindande under tiden från den 14 april 2009 till de datum då bolagen valt att förlänga sina anbud föranledde ingen annan bedömning. Länsrätten fann att kommunen hade återuppta den aktuella upphandlingen och slutföra den i enlighet med länsrättens tidigare dom. – Kommunen överklagade länsrättens dom och anförde bl.a. vikten av att grundläggande regler för anbud och accept efterlevs, dvs. att ett lämnat anbud kräver accept för att bli gällande. Avsaknaden av reglering kring för-



längning av anbud kan inte uppfattas på annat sätt än att förlängning av anbud endast kan bli gällande om båda parter är överens. Y-bolaget anförde bl.a. att dess talan om överprövning med rättelseyrkande innefattade en viljeförklaring att förbli bunden vid sitt anbud. Därför fanns ingen anledning för bolaget att under länsrättens handläggning förlänga anbudets giltighetstid. Kommunens ståndpunkt skulle innebära att en upphandlande myndighet gavs fritt val att antingen gå med på eller vägra förlängning av anbudens giltighetstid, vilket i sin tur skulle leda till en situation där de upphandlande myndigheterna fritt kunde välja huruvida ett förordnande om rättelse skulle följas eller inte. – Kammarrätten instämde i länsrättens bedömning och avslog kommunens överklagande.

Bedömning

24. När en klagande eller sökande anhängiggör ett ärende i allmän förvaltningsdomstol medför detta en prövningsskyldighet i form och sak. Rätten kan dock under vissa förutsättningar genom avvisning eller avskrivning visa frågan ifrån sig utan att pröva den i sak och avgöra den. Avvisning används som beteckning när ett prövningshinder möter medan avskrivning används när frågan har förlorat aktualitet, förfallit eller när den klagande återkallat sin talan, för att nämna några exempel. Också frågor som förlorat konkret aktualitet men som är av principiellt intresse eller har intresse utöver själva målet kan emellertid bli prövade i sak. När ett överklagande inte kan anses onyttigt anses det böra tas upp till prövning i sak.¹
25. Det ska inledningsvis noteras att Stångåstaden har ingått ett ramavtal med var och en av de tre antagna leverantörerna. Eftersom detta ramavtal inte ingåtts med samtliga leverantörer före det att länsrätten interimistiskt förordnat att upphandlingen inte fick avslutas innebär de ingångna avtalen inte något hinder för överprövning av den aktuella upphandlingen.
26. När en upphandling är föremål för överprövning torde det inte vara ovanligt att de ingivna anbudens giltighetstid löper ut innan den upphandlande myndigheten har möjlighet att ingå kontrakt, i synnerhet gäller detta när överprövningen sker i mer än en instans eller av andra skäl drar ut på tiden.
27. Att den upphandlande myndigheten redan i förfrågningsunderlaget bestämmer en giltighetstid för anbudet som är så väl tilltagen att tid ges till ett relativt utdraget överprövningsförfarande är som regel av affärsmässiga skäl mindre lämpligt. En alltför lång giltighetstid innebär också ofta en belastning för leverantörerna och kan bedömas som ett oproportionerligt villkor i upphandlingen.

¹ Se Bertil Wennergren, Förvaltningsprocesslagen m.m. En Kommentar 2005, sid. 299 ff.



28. Kammarrätten i Stockholm har i flera avgöranden² kommit fram till att det inte är möjligt att anta anbud vars giltighetstid löpt ut och således inte längre är bindande. Rätten har prövat denna fråga i samband med bedömning av om sakliga skäl förelegat för att avbryta en upphandling. När giltiga anbud saknats har detta ansetts som sakliga skäl för avbrytande. Denna uppfattning får även stöd av ovan refererade avgöranden från Kammarrätten i Göteborg, se ovan, punkterna 21 och 22.
29. Vidare har det förhållandet att anbudens giltighetstid löpt ut, och att den upphandlande myndigheten således inte kan anta något anbud, i vissa kammarrättsavgöranden inneburit att rätten sett sig förhindrad att förordna om rättelse, se t.ex. ovan, punkterna 21 och 22. Rätten har i dessa avgöranden, för det fall att man ansett att det funnits skäl för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU, funnit att någon annan åtgärd än att upphandlingen ska göras om inte varit möjlig.
30. Det kan anmärkas att förutsättningarna i kammarrättens avgörande i målet RÅ 2008 not 26 var sådana att anbudens giltighetstid syntes ha passerats, ett förhållande som dock inte invänts i målet. Att giltighetstiden gått ut ansågs av kammarrätten inte utgöra hinder för att förordna om rättelse av upphandlingen. Kammarrätten hänvisade till ett tidigare avgörande där ett bindande avtal ansågs ingått genom tilldelningsbeslutet.
31. Det torde stå klart att det inte är möjligt för en upphandlande myndighet att anta ett anbud vars giltighetstid löpt ut och inte förlängts. Huruvida anbudens giltighetstid ska förlängas eller ej är dock inte i sig en upphandlingsrättslig fråga utan en fråga mellan den upphandlande myndigheten och leverantörerna. Alla förlängningar måste dock ske med iakttagande av de grundläggande principerna, i synnerhet med beaktande av likabehandlingsprincipen.
32. Därutöver kan nämnas att vilka konsekvenser iakttagandet av likabehandlingsprincipen har för den upphandlande myndighetens agerande vid förlängningar av giltighetstiden i sig är en fråga där olika uppfattningar råder och som besvarats på olika sätt i kammarrättspraxis. En särskild fråga är om samtliga anbudsgivare måste gå med på en förlängning. Av viss kammarrättspraxis kan dock utläsas att det görs skillnad mellan förlängningar som sker före ett tilldelningsbeslut och förlängningar som sker efter sådant beslut. För det fall att den ursprungligt angivna giltighetstiden gått ut *före* tilldelningsbeslutet torde krävas att samtliga anbudsgivare går med på att förlänga giltighetstiden, annars bör upphandlingen göras om.³ Kravet på samtliga anbudsgivares samtycke till en förlängning torde inte göra sig gällande med

² Se t. ex. mål nr 7263-05; 1062-06; 4508-06 samt 4890-07

³ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6802-04



samma styrka när den ursprungliga giltighetstiden gått ut *efter* tilldelningsbeslutet. Då har i flera fall bedömningen gjorts i kammarrättspraxis att det faktum att inte alla anbudsgivare gått med på en förlängning i sig inte innebär att upphandlingen måste göras om.⁴

33. I en situation där den upphandlande myndigheten inte längre har några giltiga anbud kan således inte myndigheten avsluta upphandlingen genom att teckna kontrakt. Om den aktuella upphandlingen samtidigt är föremål för överprövning uppstår frågan för rätten om målet ska prövas i sak, dvs. en prövning av om det föreligger förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU, eller om hela upphandlingen ska anses ha förfallit och målet därför ska avskrivas med hänvisning till att ändamålet med den klagandes talan får anses ha upphört.
34. Av ovan återgivna avgöranden i punkterna 19-22 följer att kammarrätternas praxis skiljer sig åt i denna fråga.
35. Det bör särskilt noteras att EU-domstolen i det så kallade Alcatel-målet har slagit fast att en upphandlande myndighets beslut om tilldelning av kontrakt utgör det viktigaste beslutet i upphandlingen och att det beslutet ska vara möjligt att överpröva. Domstolen uttalade att medlemsstaterna var skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av beslutet om vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontrakt.⁵
36. I enlighet med LOU finns det endast två sätt på vilka en upphandling kan avslutas; antingen tecknar den upphandlande myndigheten kontrakt med en eller flera leverantörer eller så beslutar myndigheten att avbryta upphandlingen. Ett sådant avbrytandebeslut kan sedan i sin tur bli föremål för rättens prövning efter ansökan av berörd leverantör. Konkurrensverket vill, av skäl som redovisas nedan, anföra att en domstol i princip endast bör avskriva en ansökan om överprövning när upphandlingen i fråga har avslutats.
37. I prop. 2001/02:142 uttalas att om rätten fattat ett interimistiskt beslut kan inte den upphandlande myndigheten avsluta upphandlingen. Först sedan rätten upphävt det interimistiska beslutet kan myndigheten avsluta upphandlingen.⁶ Av lagens förarbeten framgår vidare att om upphandlingen inte är avslutad är överprövning möjlig.⁷

⁴ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4278-09; Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5375-06 samt Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3521-08

⁵ Mål nr C-81/98 Alcatel Austria m.fl, Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, p. 38, 43.

⁶ Prop. 2001/02:142, sid. 77

⁷ Prop. 2001/02:142, sid. 74



38. Det faktum att ett interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen gällde har tillmätts betydelse i avgörandet RÅ 2008 not 26 på så sätt att Regeringsrätten inledningsvis konstaterade att eftersom upphandlingen på grund av det interimistiska förordnandet inte hade avslutats hade kammarrätten att ta ställning till om det fanns skäl för ingripande enligt LOU.
39. Konkurrensverket tolkar Regeringsrättens ovanstående uttalande så att en prövning i sak ska göras när en upphandling inte är avslutad. Av den omständigheten att ett av rätten meddelat interimistiskt förbud råder mot att avsluta upphandlingen följer logiskt att upphandlingen måste anses vara pågående.
40. Konkurrensverket noterar att avseende Stångåstadens upphandling har alltsedan dagen efter den så kallade tiodagarsfristens utgång, den 7 december 2009, gällt ett interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen. Detta interimistiska förordnande beslutades senast av kammarrätten den 19 april 2010. Förvaltningsrätten meddelade interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen den 18 februari 2010.
41. Eftersom det råder ett interimistiskt förbud att avsluta Stångåstadens aktuella upphandling kan den inte anses avslutad utan är att bedöma som alltjämt pågående. Upphandlingen kan till följd av detta inte anses ha förfallit. Rätten bör därför ta ställning till om det finns skäl för ingripande enligt LOU, vilket innebär att rätten prövar målet i sak. Att det vid tidpunkten för rättens avgörande inte föreligger några giltiga anbud innebär i sig inte något hinder för en sådan prövning.
42. Den omständigheten att det inte längre föreligger några giltiga anbud i upphandlingen får enligt Konkurrensverkets uppfattning betydelse först när rätten efter en prövning i sak funnit att det föreligger skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU och därmed har att välja mellan att förordna om att upphandlingen ska göras eller att den ska rättas.
43. Konkurrensverket anser vidare, såsom anges i punkt 24, att även ett överklagande som kan anses ha mist sin aktualitet trots detta under vissa omständigheter bör prövas i sak. Detta gäller t.ex. om den klagande kan anses ha ett befogat intresse av att få frågan prövad.
44. Fråga uppstår då om en förfördelad leverantör som yrkat rättens åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU kan anses ha ett befogat intresse av att målet tas upp till prövning, trots att några giltiga anbud inte längre föreligger.



45. Det skulle kunna hävdas att den upphandlande myndigheten även vid ett avskrivningsbeslut blir tvungen att göra om den aktuella upphandlingen eftersom några giltiga anbud inte längre föreligger. Konsekvensen skulle således bli densamma som om rätten gjort en sakprövning och funnit att upphandlingen måste göras om på grund av att myndigheten brutit mot LOU. En följd av att rätten prövat upphandlingen i sak innan den görs om är att rätten då utpekat på vilket sätt myndigheten brutit mot LOU, något som måste beaktas när upphandlingen görs om. Detta måste vara en omständighet som ligger i leverantörens intresse och som således talar emot att målet avskrivs.
46. Även när den upphandlande myndigheten av något skäl inte vill slutföra upphandlingen utan i stället önskar att avsluta den genom ett avbrytandebeslut har rättens tidigare avgörande betydelse. Om rätten avskrivit en begäran om överprövning av ett tidigare tilldelningsbeslut kan myndigheten konstatera att det saknas giltiga anbud och torde därmed anses ha sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Om rätten i stället förordnat om att upphandlingen ska göras om har myndigheten att inleda ett nytt förfarande och kan således inte avbryta upphandlingen med hänvisning till att giltiga anbud saknas. Även utifrån detta perspektiv kan leverantören anses ha ett befogat intresse av att målet prövas i sak.
47. Om rätten avskriver en ansökan om överprövning på grund av att anbudens giltighetstid har gått ut, kan det vidare riskera att felaktigt uppfattas som att det inte föreligger hinder för den upphandlande myndigheten att teckna kontrakt i enlighet med det tilldelningsbeslut som varit föremål för ansökan om överprövning. Denna risk får anses vara särskilt överhängande i situationer då den upphandlande myndigheten har ingått avtal i strid med ett meddelat interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen, och myndigheten således civilrättsligt har förpliktat sig att fullfölja ett ingånget avtal. Starka skäl talar för att en talan ska prövas i sak av rätten i dessa situationer.
48. Konkurrensverket vill även uppmärksamma Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 4963-09, se punkt 23 i detta yttrande. Domen synes medföra att en anbudsgivare har möjlighet att förlänga sitt anbuds giltighetstid trots att den ursprungliga giltighetstiden dessförinnan gått ut och trots att den upphandlande myndigheten sagt sig inte acceptera denna förlängning. Kammarrättens bedömning i detta avgörande får anses tala emot uppfattningen att en upphandling har förfallit så snart giltiga anbud saknas, i vart fall så länge en prövning pågår i domstol.
49. Konkurrensverket anmärker avslutningsvis att det av utredningen framgår att Stångåstaden tecknat ramavtal med tre leverantörer. Att detta skett i strid med det av länsrätten meddelade interimistiska beslutet att upphandlingen inte fick avslutas innebär i sig inte att dessa avtal inte skulle vara civilrättsligt bindande. Av handlingarna i målet har inte framkommit några uppgifter om

att dessa ingångna avtal hävts. Under förutsättning att dessa avtal inte sedermera hävts skulle det kunna hävdas att Stångåstaden ingått civilrättsligt bindande avtal med dessa leverantörer. I så fall är en analogi med det ovan refererade avgörandet RÅ 2008 not 26 tänkbar. Detta synsätt innebär ytterligare en förutsättning som ger stöd för uppfattningen att målet inte bör avskrivas. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är dock detta primärt en fråga för rätten att ta ställning till vid val av åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU, för det fall att rätten funnit att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

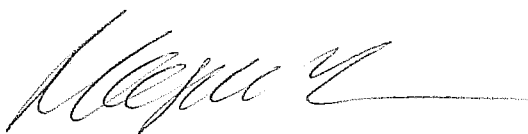
Sammanfattande slutsats

50. Konkurrensverket anser inte att det föreligger grund för att avskriva ett yrkande om överprövning av en upphandling enbart med hänvisning till att anbudens giltighetstid löpt ut. När en domstol interimistiskt förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats kan inte upphandlingen anses ha förfallit. När en upphandling inte är avslutad bör rätten ta ställning till om det finns skäl för ingripande enligt LOU, vilket innebär att rätten prövar målet i sak. Att det inte längre föreligger några giltiga anbud får betydelse först när rätten efter en prövning i sak funnit att det föreligger skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU och därmed har att välja mellan att förordna om att upphandlingen ska göras eller att den ska rättas.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit upphandlingssakkunnig Magnus Ehn.



Dan Sjöblom



Magnus Ehn