



KLAGANDE

Cleanosol AB, 556289-1068
Box 160
291 22 Kristianstad

Ombud: Advokat Caroline Ygge och
jur.kand. Siri Mårtensson
Advokatfirman Delphi KB
Östra Hamngatan 29
411 10 Göteborg

MOTPARTER

1. Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Advokat Rogert Andersson
Juridik och planprovning
Trafikverket
781 89 Borlänge

2. Visafo AS
Postbox 12, Koksstad
5863 Bergen
Norge

Ombud: Advokat Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 15 augusti 2011
i mål nr 2338-11, se bilaga A

SAKEN

Överprovning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

- Klagande/ombud
- Motpart/ombud
- SKV
- Fk NFC
- Lst/Trp.st
- Fr
-

- För delgivning
- För kännedom
- För handläggning
-

KONKURRENSVERKET	
2011 -09- 1 2	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten upphäver beslutet den 25 augusti 2011 om att Trafikverket inte får ingå avtal avseende aktuell upphandling innan något annat har beslutats.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avvisar Cleanosols ansökan om överprövning hos förvaltningsrätten.

BAKGRUND

Trafikverket genomförde en upphandling av vägmarkeringar inom Region Mitt, Dalarnas och Västernorrlands län för åren 2011-2012 enligt ett öppet förfarande enligt reglerna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Flera leverantörer, däribland Cleanosol AB (bolaget) och Visafo AS lämnade anbud. Enligt tilldelningsbeslut den 25 februari 2011 beslutade Trafikverket att teckna avtal med bolaget som lämnat lägst pris. Av beslutet framgick att Visafo AS lämnat näst lägst pris.

Visafo AS ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet den 25 februari 2011 och yrkade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att bolagets anbud inte skulle utvärderas. Visafo AS anförde till stöd för sin talan att bolagets anbud inte innehöll ett intyg från bank eller kreditinstitut som visade att bolaget svarade mot skall-kravet i förfrågningsunderlaget på ekonomisk stabilitet (UFB 513). Vidare hade Trafikverket gjort en otillåten komplettering, då verket inhämtat ett intyg från Upplysningscentralen avseende bolagets moderbolags ställning. Förvaltningsrätten i Falun meddelade dom den 12 maj 2011 och biföll Visafo AS:s ansökan (mål nr 956-11). Förvaltningsrätten fann att bolaget inte hade uppfyllt skall-kravet om ekonomisk stabilitet i UFB 513 och vidare att Trafikverket genom att på egen hand läka bristerna i bolagets anbud gjort sig skyldig till en otillåten komplettering. Enligt domen skulle rättelse ske på så sätt att bolagets anbud skulle uteslutas från utvärderingen.

Bolaget överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten den 1 juni 2011 och anförde att skall-kravet avseende ekonomisk stabilitet var uppfyllt. Enligt protokoll den 18 maj 2011 hade Trafikverket dessförinnan i enlighet med Förvaltningsrätten i Faluns dom den 12 maj 2011 fattat beslut

om att inte utvärdera anbudet från bolaget och antagit anbudet från Visafo AS. I överklagandeskrivelsen till kammarrätten åberopade bolaget även tilldelningsbeslutet den 18 maj 2011.

Kammarrätten beslutade den 10 juni 2011 att inte meddela bolaget prövningstillstånd (mål nr 1433-11). Kammarrättens beslut har vunnit laga kraft.

Bolaget har den 27 maj 2011 ansökt om överprövning av tilldelningsbeslutet den 18 maj 2011 hos förvaltningsrätten och yrkat att angiven upphandling får slutföras först sedan rättelse gjorts på sådant sätt att utvärderingen görs om så att bolaget tillåts delta i utvärderingen. Till stöd för sin talan anförde bolaget att skall-kravet avseende ekonomisk stabilitet var uppfyllt och att ytterligare intyg om detta inte erfordrades.

Förvaltningsrätten i Falun meddelade den nu överklagade domen den 15 augusti 2011 (mål nr 2338-11) och avslog bolagets ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Bolaget överklagar förvaltningsrättens dom den 15 augusti 2011. Bolaget yrkar att prövningstillstånd ska meddelas och att kammarrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om eller, i andra hand, att kammarrätten återförvisar målet till förvaltningsrätten för prövning av förstahandsyrkandet. Till stöd för sin talan har bolaget anført att nya omständigheter och uppgifter framkommit avseende anbudens giltighetstid. Enligt förfrågningsunderlaget löpte anbudens giltighetstid ut den 17 april 2011 och någon förlängning av anbudens giltighetstid har inte skett. Visafo AS har vid prövningen av upphandlingen uppgivit att de står fast vid sitt anbud under tiden för överprövningen och två veckor därefter.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner att skäl för att meddela prövningstillstånd föreligger och tar upp målet till omedelbar prövning.

Enligt praxis (RÅ 2009 ref. 69) uppvisar mål enligt lagstiftningen om offentlig upphandling likheter med sådana mål inom den allmänna processrätten där man tillämpar förhandlingsprincipen. Detta innebär att domstolarnas utredningsansvar enligt förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, måste tillämpas med försiktighet i mål om offentlig upphandling.

En grundsats inom civilprocessen är att alla grunder (omständigheter) som i ett dispositivt tvistemål hade kunnat åberopas av käranden till stöd för hans talan mister sin rättsliga betydelse genom domen. En ny talan med samma yrkande under åberopande av andra grunder ska avvisas som res judicata. Den nya talan får sålunda inte avse samma sak (se Wennergren, Förvaltningsprocesslagen m.m. En kommentar, upplaga 5.2, sid 293 f)

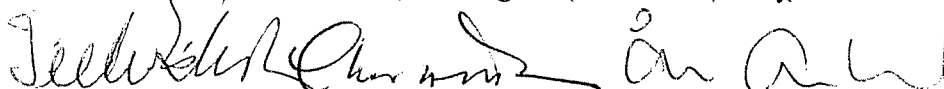
Av HFD 2011 ref. 29 framgår att en domstol när den överväger att lägga uppgivna brister i en leverantörs anbud till grund för att förordna att anbudet inte fick beaktas vid en ny utvärdering, domstolen enligt 10 § FPL borde ha berett leverantören tillfälle att yttra sig över uppgifterna i ansökningsen.

Av högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 14 juni 2011 i mål nr 7311-10 framgår att i det fall en leverantör överhuvudtaget inte fått någon möjlighet att yttra sig i processen över konkurrerande leverantörs uppgifter om att bolaget inte uppfyllde skall-krav kan det ifrågasättas om inte en rätt till överprövning av nya tilldelningsbeslut finns (jfr även Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 21 juni 2011 i mål nr 600-11).

Kammarrätten gör följande bedömning.

En domstols förordnande om rättelse medför inte någon skyldighet för myndighet att rätta, men innefattar ett förbud mot att upphandlingen fortsätter i befintligt skick (RÅ 2005 ref. 17). Myndigheten har alltid möjlighet att avbryta upphandlingen, såväl under en domstolsprocess som före eller efter ett sådant beslut. Det tilldelningsbeslut som Trafikverket fattat den 18 maj 2011 innebar enligt kammarrättens mening endast en ren verkställighet av vad förvaltningsrätten redan beslutat om i domen den 12 maj 2011 dvs. att bolaget skulle uteslutas från utvärderingen. Bolaget kan därmed inte begära att denna fråga ska prövas av förvaltningsrätten igen. Förvaltningsrätten borde därför inte ha tagit upp bolagets ansökan om överprövning av tilldelningsbeslutet den 18 maj 2011 till prövning i sak. Det förhållandet att bolaget felaktigt inte togs upp som part av förvaltningsrätten vid förvaltningsrättens prövning av det tidigare tilldelningsbeslutet den 25 februari 2011 föranleder inte någon annan bedömning mot bakgrund av att bolaget överklagat förvaltningsrättens dom och kammarrätten prövat bolagets invändningar i sak. Överklagandet ska således avvisas.

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



Bertil Ekholm
kammarrättspresident

Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent

Åsa Ärlebrant
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM
2011-08-15
Meddelad i
Falun

Mål nr
2338-11

Bilaga A

SÖKANDE

Cleanosol AB, 556289-1068
Box 160
291 22 Kristianstad

Ombud: Advokaterna Caroline Ygge och Tobias Hamrin
Advokatfirman Delphi KB
Östra Hamngatan 29
411 10 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Verksjuristen Rogert Andersson
Juridik och planprovning
Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Cleanosol AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Trafikverket genomför en upphandling avseende ”Vägmarkeringar inom Region mitt, Dalarnas och Västernorrlands län, 2011-2012”. I tilldelningsbeslut den 25 februari 2011 tilldelades Cleanosol AB kontraktet. Sedan Visafo AS ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 12 maj 2011 att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse skett genom att Cleanosols anbud utesluts från utvärdering (mål nr 956-11). Med anledning av förvaltningsrättens dom fattade Trafikverket den 18 maj 2011 ett nytt tilldelningsbeslut där Visafo tilldelades kontraktet. Cleanosol överklagade förvaltningsrättens dom men Kammarrätten i Sundsvall beslutade den 8 juni 2011 att inte meddela prövningstillstånd (mål nr 1433-11).

YRKANDEN M.M.

Cleanosol ansöker om överprövning av Trafikverkets tilldelningsbeslut den 18 maj 2011 och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget tillåts delta i utvärderingsfasen. Som grund för sin talan uppger bolaget sammanfattningsvis följande. Bolagets anbud uppfyller samtliga krav enligt förfrågningsunderlaget. Inga absoluta krav ställs på att anbudsgivare ska ge in ett kreditbetyg från UC eller dylikt. Inte heller har Trafikverket brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inhämta ett utdrag från UC till komplettering av bolagets anbud. Beslutet att utesluta bolaget från utvärdering står mot bakgrund av det ovanstående i strid med LOU och gemenskapsrätten. Bolaget har därmed lidit skada eftersom det annars skulle antagits som leverantör i enlighet med det tidigare tilldelningsbeslutet.

Trafikverket motsätter sig bifall till bolagets ansökan och uppger att Cleanosol uteslutits från utvärdering i enlighet med förvaltningsrättens dom i mål nr 956-11.

BESTÄMMELSER

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvär-

digt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår 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.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår att 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 anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Av 11 kap. 7 § LOU framgår att bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av 1. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits, 2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller 3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

Enligt 11 kap. 8 § LOU ska den upphandlande myndigheten i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange vilken eller vilka av de i 7 § nämnda handlingarna och uppgifterna som ska visas upp samt vilka andra handlingar som ska visas upp.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I förfrågningsunderlagets UFB.513 *Krav på leverantörens ekonomiska ställning* anges följande under *Krav*. ”Anbudsgivare ska ha en ekonomisk stabilitet som är tillräcklig för aktuellt uppdrag. Anbudsgivare ska därmed ha minst kreditbetyg A enligt Dun & Bradstreet eller minst riskklass tre (3) enligt Upplysningscentralens företagsupplysning (UC), eller motsvarande.” Under *Bevis* anges följande. ”Anbudsgivaren visar att kravet är uppfyllt genom att med anbud inge följande bevis: intyg från bank eller kreditupp-

lysningsföretag, inte äldre än en (1) månad räknat från sista anbudsdag (2011-01-20) Om anbudsgivare kan visa skäl såsom att företaget är nystartat, koncerninterna regler eller annat liknande förhållande, för att inte företaget begärda bevis, får han redovisa sin ekonomiska ställning på ett annat sätt som beställaren godtar. Beställaren ska ha möjlighet att kontrollera anbudsgivarens uppgifter. Kontroll kan t ex innebära att det aktuella bolagets revisor kontaktas och att en kassaflödesanalys genomförs”

Cleanosol gör gällande att det ska-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget avser det faktum att anbudsgivaren ska ha ett visst angivet kreditbetyg men att ingivande av ett intyg som utvisar att kravet är uppfyllt inte utgör något ska-krav. Cleanosol gör vidare gällande att Trafikverket inte kan anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inhämta ett utdrag från UC-registret avseende bolagets moderbolag.

När förvaltningsrätten i mål nr 956-11 överprövade Trafikverkets tilldelningsbeslut den 25 februari 2011 fann förvaltningsrätten att det förelåg ett ska-krav i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska ha en preciserad ekonomisk stabilitet som är tillräcklig för aktuellt uppdrag men att det inte fanns något obligatoriskt ska-krav på att detta skulle styrkas med ett intyg från UC. Förvaltningsrätten antog vidare att Trafikverket genom att inhämta ett intyg från UC avseende Cleanosols moderbolags ekonomiska ställning inte ansett det vara tillräckligt att styrka bolagets ekonomiska stabilitet genom ett borgensåtagande av moderbolaget. Förvaltningsrätten fann att Cleanosol vid anbudstidens utgång inte kunde anses ha uppfyllt kraven i UFB.513. Förvaltningsrätten gjorde vidare bedömningen att Trafikverket, genom att inhämta intyg från UC avseende Cleanosols moderbolag, på egen hand läkt en brist i Cleanosols anbud och därmed gjort en otillåten komplettering vilket innebär ett brott mot principen om likabehandling. Efter att Cleanosol överklagat förvaltningsrättens dom beslutade kammarrätten att inte meddela prövningstillstånd.

Det är i förevarande mål fråga om en överprövning av det tilldelningsbeslut som Trafikverket fattade med anledning av förvaltningsrättens dom i mål nr 956-11 med innebörden att upphandlingen skulle rättas på så sätt att Cleanosols anbud skulle uteslutas från utvärderingen. Inledande fråga i målet är om förvaltningsrätten kan pröva Cleanosols ansökan om överprövning eller om saken i målet redan har prövats av domstol (*res judicata*).

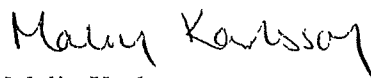
I praxis finns exempel på bedömningar att ett nytt tilldelningsbeslut kan anses innebära en ny omständighet som förändrar förutsättningarna under vilka tidigare lagakraftvunna avgöranden fattats. En ansökan om överprövning av det senare tilldelningsbeslutet har därför inte ansetts röra samma sak, d.v.s. det har inte ansetts föreligga *res judicata* (jfr. Kammarrätten i Stockholms beslut den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10). Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen i ett avgörande, HFD 2011 ref. 29, prövat frågan om ett bolag som genom en dom från förvaltningsrätten uteslutits från att delta i en upphandling har rätt att klaga på domen. Högsta förvaltningsdomstolen fann att domen fick anses ha gått bolaget emot och ha en sådan betydelse för bolagets ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att den angick bolaget i den mening som avses i 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. I avgörandet uttalade Högsta förvaltningsdomstolen även att förvaltningsrätten, när den övervägde att lägga uppgivna brister i ett bolags anbud till grund för att förordna att anbudet inte fick beaktas vid en ny utvärdering, enligt 10 § FPL borde ha berett bolaget tillfälle att yttra sig över uppgifterna i ansökningen.

I förevarande fall har Cleanosol överklagat förvaltningsrättens dom i mål nr 956-11 till kammarrätten, som beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Cleanosol har inte varit del i processen i förvaltningsrätten och har inte beretts möjlighet att yttra sig i den processen. Förvaltningsrätten finner därför, trots att Cleanosol har haft talerätt i kammarrätten mot förvaltnings-

rättens dom i mål nr 956-11, att det nya tilldelningsbeslutet är en sådan ny omständighet som förändrar förutsättningarna under vilka det tidigare nu lagakraftvunna avgörandet fattades. Förvaltningsrättens bedömning är därför att den ansökan om överprövning som är aktuellt i detta mål inte rör samma sak som i mål nr 956-11 eller kammarrättens mål nr 1433-11, d.v.s. att det inte föreligger res judicata. Ansökan ska därför prövas i sak.

Förvaltningsrätten finner vid denna prövning att det i nu förevarande mål inte kommit fram anledning att göra någon annan bedömning än den förvaltningsrätten tidigare gjort, vilken utgång kammarrätten inte funnit skäl att ändra. Förvaltningsrättens bedömning är att Cleanosols anbud vid anbudstidens utgång inte uppfyllde kraven i UFB.513 och att Trafikverket brutit mot likabehandlingsprincipen genom att på egen hand komplettera Cleanosols anbud. Förvaltningsrätten anser inte att Cleanosol visat på vilket sätt Trafikverket genom sitt förfarande agerat i strid med bestämmelserna i LOU på sätt som medför skada eller risk för skada för Cleanosol. Mot bakgrund av detta saknas skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som Cleanosol har angett. Cleanosols ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Malin Karlsson

förvaltningsrättsfiskal

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.