



| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-07-18 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

KLAGANDE

Danfo AB, 556131-4260
Box 103
713 23 Nora

MOTPART

Hörby kommun
242 80 Hörby

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 9 mars 2011 i mål nr 1675-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU); nu fråga om prövningstillstånd och återförvisning av mål

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för prövning av Danfo AB:s ansökan om överprövning.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Hörby kommun genomför en upphandling av offentliga toaletter. Kommunen beslutade genom tilldelningsbeslut den 10 december 2010 att anta

Danfo AB som leverantör. Toab AB ansökte om överprövning av upphandlingen och yrkade att anbudet från Danfo AB skulle förkastas eftersom det bl.a. inte uppfyllde kravet på att toalettbyggnaden ska vara prefabricerad av betong. Förvaltningsrätten i Malmö har genom dom den 3 februari 2011 i mål nr 15882-10 bifallit Toab AB:s talan och förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts genom en ny utvärdering varvid Danfo AB:s anbud inte får beaktas. Ny utvärdering har därefter gjorts i enlighet med förordnandet. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 7 februari 2011 antagit Toab AB:s anbud. Danfo AB ansökte då om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet hos Förvaltningsrätten i Malmö. I den nu överklagade domen har förvaltningsrätten avvisat Danfo AB:s ansökan med hänvisning till att bolagets anbud uteslutits genom förvaltningsrättens lagakraftvunna dom.

YRKANDEN M.M.

Danfo AB yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd och upphäver förvaltningsrättens dom samt visar målet åter till förvaltningsrätten för prövning i sak. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Bolaget fick inte komma till tals i den första processen och hade inte möjlighet att försvara sig mot de påståenden som Toab AB riktade mot anbudet. Bolaget har lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada genom kommunens hantering av målet. Bolaget hade inte kunnat agera annorlunda, eftersom det enligt fastlagd praxis inte hade talerätt i det första målet om överprövning. Detta innebär emellertid inte att bolaget inte skulle ha talerätt mot kommunens nya tilldelningsbeslut. I sak kan konstateras att det efter den 31 januari 2011 inte finns några giltiga anbud, eftersom kommunen inte innan anbuds-tidens utgång tillfrågat anbudsgivarna om förlängning av anbuden. Skulle någon av anbudsgivarna ha kontaktats strider detta mot likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd i målet.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada i framställning till förvaltningsrätt får ansöka om överprövning av en offentlig upphandling. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot bestämmelserna i lagen 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.

Några särskilda bestämmelser om överklagande av förvaltningsrättens avgörande finns inte i LOU utan de allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, blir tillämpliga.

Högsta förvaltningsdomstolen har i beslut den 7 juni 2011 i mål nr 471-11, med avvikelse från den rättstillämpning som kom till uttryck i RÅ 2007 not. 131, bedömt att en leverantör som vid överprövning i förvaltningsrätt uteslutits från en ny utvärdering har rätt att överklaga domen. I beslutet klargörs också att bestämmelserna i 10 § FPL kräver att en leverantör bereds tillfälle att yttra sig över en ansökan om överprövning när domstolen överväger att lägga de i ansökningen påstådda bristerna i leverantörens anbud till grund för att förordna att anbudet inte får beaktas vid en ny utvärdering.

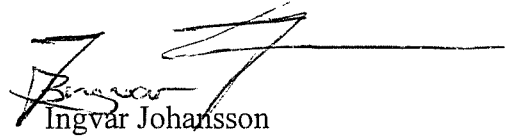
Danfo AB har inte i förvaltningsrättens mål nr 15882-10 beretts möjlighet att yttra sig över den konkurrerande leverantörens uppgifter om att bolaget inte uppfyllde skall-kraven i förfrågningsunderlaget; uppgifter som sedan låg till grund för förvaltningsrättens beslut om rättelse av upphandlingen genom ny utvärdering med uteslutande av Danfo AB.

Högsta förvaltningsdomstolen har i beslut den 14 juni 2011 i mål nr 7311-10, i en situation liknande den i nu förevarande mål, anfört att det kan ifrågasättas om inte den leverantör som uteslutits genom domstolens beslut om rättelse borde ges möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlande myndighets nya beslut om utvärdering. Eftersom det av utredningen i målet inte framgick annat än att giltighetstiden för leverantörens anbud gått ut bedömdes det dock inte finnas tillräckliga skäl att medge denne talerätt.

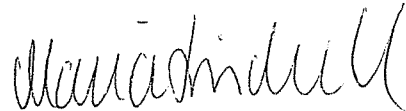
Danfo AB har anfört att giltighetstiden för anbuden i upphandlingen har gått ut. Av Högsta förvaltningsdomstolens beslut i mål nr 7311-10 framgår att den upphandlande myndigheten begärt att samtliga anbudsgivare skulle förlänga giltighetstiden för sina anbud, vilket leverantören som klagade valt att inte göra. Hörby kommun har på förfrågan från kammarrätten uppgett att den vinnande leverantören Toab AB har förlängt giltighetstiden för sitt anbud, men att de övriga anbudsgivarna inte har tillfrågats om förlängning. Förhållandena i förevarande mål avviker således från vad som gällde i Högsta förvaltningsdomstolens mål genom att Danfo AB, till skillnad från leverantören i det målet, inte har beretts tillfälle att förlänga giltighetstiden för sitt anbud. Vid sådant förhållande kan, enligt kammarrättens mening, den omständigheten att giltighetstiden för Danfo AB:s anbud nu har löpt ut inte medföra att bolaget mister talerätten.

Med hänsyn till vad som framkommit ovan anser kammarrätten att Danfo AB har haft rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen, varför förvaltningsrätten inte skulle ha avvisat bolagets talan på angiven grund. En prövning av målet i sak av kammarrätten skulle strida mot instansordningsprincipen. Målet ska därför återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av Danfo AB:s ansökan om överprövning.


Beslutet att meddela prövningstillstånd får enligt 33 § tredje stycket FPL inte överklagas och talan mot beslutet om återförvisning får enligt 34 § andra stycket samma lag inte föras.



Ingvar Johansson



Maria Lindvall



Ellinor Malmberg
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2011 -03- 0 9
Meddelad i
Malmö

Pråkyl h 17
Mål nr
1675-11E

Sida 1 (5)

SÖKANDE

Danfo AB, 556131-4260
Box 103
713 23 Nora

MOTPART

Hörby kommun
242 80 Hörby

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar Danfo AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 52673

| | | | | |
|---|---------------------------------------|--|--------------------------------|---|
| Postadress Box 4522 203 20 Malmö | Besöksadress Kalendegatan 6 | Telefon 040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se | Telefax 040-97 24 90 | Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00 |
|---|---------------------------------------|--|--------------------------------|---|

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Hörby kommun genomför upphandling av offentliga toaletter. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Kommunen beslutade genom tilldelningsbeslut den 10 december 2010 att anta anbud från Danfo AB. Efter ansökan om överprövning av Toab AB förordnade förvaltningsrätten genom dom den 3 februari 2011 (mål nr 15882-10E) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering skulle genomföras varvid Danfo AB:s anbud inte fick beaktas. Kommunen har därefter i enlighet med förvaltningsrättens dom genomfört en ny utvärdering och genom tilldelningsbeslut den 7 februari 2011 beslutat att anta anbud från Toab AB.

Danfo AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud kvalificeras för utvärdering och att nytt tilldelningsbeslut meddelas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför som grund för sin ansökan följande. Bolaget anser att det har talerätt mot det nya tilldelningsbeslutet, trots att förvaltningsrätten beslutat att bolagets anbud ska förkastas. Bolaget måste erhålla möjligheter att försvara sitt anbud särskilt med beaktande av att kommunens svar till förvaltningsrätten i den tidigare överprövningsprocessen är felaktigt. Bolagets anbud uppfyller samtliga skalkrav. Några förändringar i efterhand har inte heller skett så att anbudet inte längre uppfyller kravet. Diskvalificeringen av bolagets anbud är felaktig. Kommunen har åsidosatt LOU genom att förkasta anbudet. Bolaget har inte förtydligat sitt anbud eller ändrat det på så sätt att anbudet inte omfattar skalkraven. Kommunens uppgifter i den första överprövningsprocessen stämmer inte. Bolaget misstänker att kommunen när Toab AB begärt överprövning anfört skäl som medfört att förvaltningsrätten fattat ett felaktigt beslut i domen. Bolaget måste för att ta tillvara sin rätt nu begära överprövning av det felaktiga nya tilldelningsbeslutet. Skulle förvaltningsrätten

inte anse att rättelse kan komma ifråga ska upphandlingen göras om. Transparensprincipen är inte iakttagen i förfrågningsunderlagets krav om prefabricerad betong eftersom det lämnar alltför stort skönsmässigt utrymme för anbudsgivarna. Det kan vidare ifrågasättas om kommunen vid det nya tilldelningsbeskedet haft några giltiga anbud att beakta då samtliga anbud var giltiga till den 31 januari 2011. Någon förfrågan om samtliga anbudsgivares förlängning har inte skickats ut. Eftersom bolaget lämnat det lägsta anbudet framstår det som klart att bolaget lider skada genom myndighetens överträdelse av bestämmelserna i LOU.

Hörby kommun motsätter sig bolagets yrkande och anför följande. Kommunen tillbakavisar påståendet att oriktiga uppgifter skulle ha lämnats till förvaltningsrätten. Kommunen anser vidare att kravet i förfrågningsunderlaget på prefabricerad betong är mycket tydligt ställt och uppfyller såväl krav på relevans som krav på tydlighet. Kommunen önskar klä toalettens ytter- och innerväggar med kakel respektive klinker vilket kräver en oeftergivlig konstruktion. Kommunen har därför valt att ställa krav på att konstruktionen ska utgöras av prefabricerad betong utan inslag av andra material eftersom det har bedömts vara ett krav som är enkelt att uppfylla för de flesta leverantörer vilket bör bidra till att kommunen får fler anbud och därmed en bättre prisbild.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

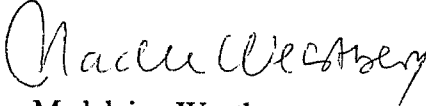
Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om en ansökan om ingripande enligt LOU från den tidigare, genom lagakraftvunnen dom, uteslutna leverantören, Danfo AB, kan prövas i sak. Förvaltningsrätten kan därvid konstatera att Kammarrätten i Göteborg i beslut den 27 april 2009 (mål nr 1741-10) samt i beslut den 9 februari 2010 (mål nr 7605-09) anfört att ett nytt förfarande inletts genom att den upphandlande myndigheten rättat upphandlingen på så sätt som förvaltningsdomstol föreskrivit och fattat ett nytt tilldelningsbeslut. Enligt kammarrätten innebär detta att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada har rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen även om leverantören tidigare har uteslutits. Samma kammarrätt har emellertid i beslut den 2 oktober 2009 (mål nr 3872-09 och nr 3873-09) samt i beslut den 30 november 2010 (mål nr 5157-10) kommit till motsatt utgång och därvid funnit att en anbudsgivare som uteslutits genom lagakraftvunnen dom inte har rätt att ansöka om åtgärder avseende senare beslut i upphandlingsförfarandet.

Vilken ordning som bör gälla i detta avseende skulle i och för sig kunna diskuteras. Med möjlighet till ny prövning kan samma fråga komma att prövas av en och samma domstol vid olika tillfällen. Detta innebär också att frågan kan avgöras genom skilda och sinsemellan motstridiga utgångar, vilket också har förekommit. Det kan också ifrågasättas om en ordning med möjligheter till sådana återkommande prövningar är ändamålsenlig för ett effektivt upphandlingsförfarande. Förvaltningsrätten finner inte anled-

ning att avvika från den ståndpunkt som kammarrätten redovisat senast i beslutet den 30 november 2010.

I nu aktuellt mål kan förvaltningsrätten konstatera att den upphandlande myndigheten har följt förvaltningsrättens lagakraftvunna dom om rättelse, som inneburit att den förut vinnande anbudsgivaren, Danfo AB, uteslutits från utvärderingen och att denna därefter gjorts om. Detta får således enligt förvaltningsrättens mening till följd att Danfo AB inte har rätt att ansöka om åtgärder avseende senare beslut i upphandlingsförfarandet. Danfo AB:s ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avvisas

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


Madeleine Westberg

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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.