



BESLUT

2015-06-23
Meddelat i Sundsvall

KONKURRENSVERKET	
2015-06-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbl

KLAGANDE

Primär Fastighetsförvaltning Aktiebolag, 556310-5534

Ombud: Advokat Nicklas Gränsmarker
Rosengrens Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 2523
403 17 Göteborg

MOTPARTER

1. Trafikverket
781 89 Borlänge

2. Allianceplus AB, 556479-4021

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur. kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 22 maj 2015 i mål nr 6093-14,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Primär Fastighetsförvaltning Aktiebolag (bolaget) yrkar i första hand att Allianceplus AB:s ansökan om överprövning ska avvisas och i andra hand att den ska ogillas. Bolaget uppger i huvudsak följande till stöd för sin talan. Förvaltningsrätten har gjort en oriktig bedömning i fråga om res judicata, det vill säga i frågan om vad som kan prövas av förvaltningsrätt när samma upphandling prövas för andra gången. Förvaltningsrätten har tidigare i en lagakraftvunnen dom fastslagit att Allianceplus AB:s anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav och att Trafikverket därmed ska rätta upphandlingen på så vis att Allianceplus AB:s anbud ska uteslutas varvid en ny utvärdering ska ske. Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 36 framgår att en upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar. Domstolen berör inte frågan om detta även gäller när överprövningen avser exakt samma fråga, exempelvis uppfyllelse av visst krav, som tidigare prövats. Enligt bolagets uppfattning ska regeln om res judicata tolkas på så vis att det generellt sett inte finns några hinder att en upphandling prövas flera gånger, under förutsättning att prövningen inte gäller samma fråga. Allianceplus AB hade rättighet och möjlighet att överklaga förvaltningsrättens första dom.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) finns inte några särskilda bestämmelser om överklagande. Reglerna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, blir därför tillämpliga. Enligt 33 § andra stycket FPL får en förvaltningsrätts beslut överklagas av den beslutet angår, om det gått honom emot. Frågan i målet är därför om förvaltningsrättens dom angår Primär Fastighetsförvaltning Aktiebolag och har gått bolaget emot i den mening som avses i bestämmelsen.

Högsta förvaltningsdomstolen har tidigare prövat frågor om talerätt i mål om offentlig upphandling. I rättsfallet RÅ 2002 ref. 5 ansågs den leverantör som den upphandlande enheten antagit som leverantör inte ha talerätt mot en dom som innebar att upphandlingen fick avslutas först efter det att rättelse skett på så sätt att ytterligare en leverantörs anbud skulle vara med vid utvärderingen. När en domstol i sitt domslut förordnat att en leverantör ska uteslutas från det vidare förfarandet har avgörandet däremot ansetts ha en sådan betydelse för leverantörens ställning som anbudsgivare att det angår leverantören och går denne emot i den mening som krävs för talerätt, se rättsfallet HFD 2011 ref. 29. I rättsfallet HFD 2011 ref. 85 slogs fast att slutsatsen i HFD 2011 ref. 29 inte kunde utsträckas till att förstås så, att en leverantör som inte begärt överprövning hade rätt att föra talan mot domstols förordnande om rättelse som inte innebar att denne leverantör uteslöts från det vidare förfarandet. Det ansågs därvid sakna betydelse vad utfallet blev eller kunde bli vid en ny, rättad utvärdering. Av rättsfallet HFD 2013 ref. 36 framgår att en förvaltningsdomstols avgörande i mål om överprövning av offentlig upphandling inte vinner negativ rättskraft.

För talerätt krävs således att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer.


I det nu aktuella målet har förvaltningsrätten i sitt avgörande förordnat att rättelse ska ske genom att en ny anbudsprövning ska genomföras. Förordnandet innebär inte att någon leverantör utesluts. Bolaget har dock gjort gällande att förvaltningsrätten gjort en oriktig bedömning med hänvisning till att det varit fråga om res judicata och hänvisat till en tidigare lagakraftvunnen dom. Det kan härvid noteras att förvaltningsrätten i det tidigare avgörandet, trots skälen för sitt avgörande, enbart hade förordnat att rättelse skulle ske genom att en ny anbudsutvärdering skulle göras. Förordnandet innebär således inte att


någon leverantör uteslöts vilket innebär att Allianceplus AB – i motsats till vad bolaget gör gällande – inte skulle ha haft möjlighet att föra talan mot avgörandet.

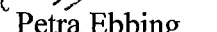
Kammarrätten finner mot denna bakgrund att förvaltningsrättens avgörande inte har gått Primär Fastighetsförvaltning Aktiebolag emot på så sätt att bolaget enligt 33 § FPL har talerätt.

Överklagandet ska därför avvisas.

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


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Birgitta Törnered
kammarrättsråd
referent


Petra Ebbing
kammarrättsråd



Bilaga A

SÖKANDE

Allianceplus AB, 556479-4021

Ombud: Advokaten Liselott Fröstad och jur.kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Trafikverket
781 89 Borlänge

2. Primär Fastighetsförvaltning AB, 556310-5534

Ombud för 2: Advokaten Nicklas Gränsmarker
Rosengrens Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 2523
403 17 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsprövning genomförs.

BAKGRUND

Trafikverket genomför genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) en upphandling av "Driftsentreprenad Stationer" (TRV 2013/45183). Tilldelningsbeslut meddelades den 11 juni 2014, varvid Allianceplus AB (Allianceplus) antogs som leverantör utifrån tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

Efter att Primär Fastighetsförvaltning AB (Primär) ansökt om överprövning, beslutade förvaltningsrätten den 24 november 2014 (mål nr 3228-14) att upphandlingen ska rättas på så sätt att Trafikverket gör om anbudsutvärderingen. Domen överklagades inte. Trafikverket meddelade därefter, den 3 december 2014, ett nytt tilldelningsbeslut, varvid Primär tilldelades kontraktet. Anbudet från Allianceplus förkastades med motiveringen att samtliga obligatoriska krav inte är uppfyllda.

YRKANDEN M.M.

Allianceplus ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet den 3 december 2014 och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid dess anbud tas upp till utvärdering. Allianceplus yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Allianceplus anför i korthet följande tillstöd för sina yrkanden. Förvaltningsrättens tidigare dom och nu aktuellt tilldelningsbeslut grundas bl.a. på att övriga anbudsgivare inte tillåtits göra motsvarande komplettering av anbuden. Detta är emellertid felaktigt. Samtliga anbud har i viss utsträckning kompletterats avseende den offereerade organisationen, priserna, utförandet m.m. och Allianceplus har därmed inte beretts möjlighet att komplettera anbudet på ett sätt som medför risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Den ingivna kompletteringen avseende anställdas arbetstid ska därmed godkännas och Allianceplus anbud ska tas upp till utvärdering. För det fall förvaltningsrätten

vidhåller bedömningen att Allianceplus anbud ska förkastas, måste även anbuden från Coor Service Management AB (Coor) och Primär förkastas då det annars skulle strida mot transparens- och likabehandlingsprincipen. Allianceplus har lidit eller kan komma att lida skada till följd av Trafikverkets felaktiga förfarande.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i korthet följande. Samtliga anbudsgivare har i upphandlingen fått samma möjlighet att korrigera sina anbud, varför detta har skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Primär gör i första hand gällande att Allianceplus ansökan ska avvisas på grund av res judicata och anför att Allianceplus inte heller kan anses vara skadelidande i den mening som avses i LUF. Primär gör i andra hand gällande att dess eget anbud uppfyller samtliga krav i upphandlingen och ansluter sig i den delen till vad Trafikverket har framfört i målet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

I nu aktuellt mål har Trafikverket, efter domstolens beslut om rättelse, fattat ett nytt tilldelningsbeslut och då förkastat anbudet från Allianceplus och antagit anbudet från Primär. Förvaltningsrätten finner inte att den omständigheten att upphandlingen tidigare varit föremål för prövning i förvaltningsrätten utgör något hinder mot att pröva Allianceplus ansökan om överprövning (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 36).

För att förvaltningsrätten ska kunna besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om måste Allianceplus visa att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LUF och att detta har medfört att Allianceplus lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla

leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Av 15 kap. 12 § andra stycket LUF framgår att en upphandlande enhet får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Anbudet från Allianceplus

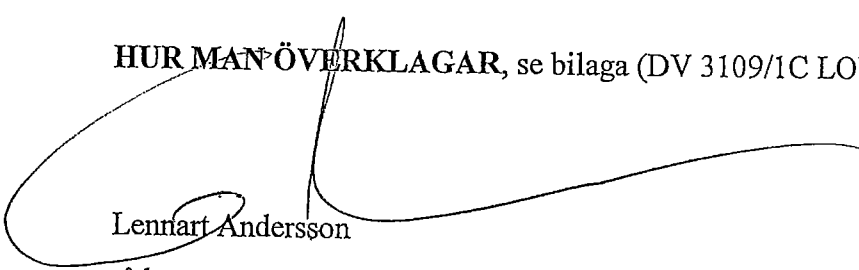
Allianceplus anför bl.a. följande. Trafikverkets tilldelningsbeslut är inte fattat på korrekta grunder eftersom även de andra anbudsgivarna tillåts komplettera och förtydliga sina anbud i motsvarande utsträckning som Allianceplus. Förtydligandet har inte inneburit någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning utan ska beaktas vid anbudsprövningen. I anbudet angavs att 25 renhållningsarbetare ingår i organisationen och genom förtydligandet redovisade Allianceplus att denna uppgift avser heltidsanställd personal. Förtydligandet ska betraktas mot bakgrund av att det i upphandlingen förekommit ett stort antal krav, att samtliga anbudsgivare tillåts komplettera/förtydliga anbuden efter anbudstidens utgång samt att den aktuella uppgiften inte har varit kopplad till ett kvalificeringskrav utan endast till utvärderingen. Uppgiften har dessutom i sig inte haft så stor betydelse i utvärderingen att det i praktiken kunnat förändra den faktiska utgången av utvärderingen. Förtydligandet har således inte inneburit någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget anges att det i anbudet ska redovisas organisationsplan för uppdraget, struktur och antal personer samt hur stor del av en heltidstjänst som varje person kommer att lägga i uppdraget (SF 3.1). Inom ramen för nu aktuellt mål har inte uttryckligen angetts vilka uppgifter som Allianceplus i detta hänseende har lämnat i anbudet och vilka uppgifter som inkom efter anbudstiden genom komplettering. Förvaltningsrätten kan emellertid konstatera att varken Allianceplus

eller Trafikverket i nu aktuellt mål har invänt mot de sakuppgifter som redogörs för i förvaltningsrättens bedömning i mål nr 3228-14 i detta avseende. Förvaltningsrätten utgår därför från att det i Allianceplus anbud finns redovisat en organisationsplan för uppdraget med uppgift om att 25 personer kommer att hantera renhållningen i uppdraget, men att där inte finns särskilt angivet hur stor del av en heltidstjänst som var och en av dessa 25 renhållningsarbetare kommer att lägga i uppdraget. Den ifrågasatta kompletteringen består av uppgiften att 15 av renhållningsarbetarna kommer att arbeta i syd och resterande i väst och att samtliga är årsanställda. Kravet i SF 3.1 kan visserligen, särskilt då detta läses tillsammans med 06.9 – Anbudsformulär, förstås så att uppgift om procentuell arbetstid per personalkategori utgör ett ovillkorligt krav för att anbud ska kunna antas. Förvaltningsrätten, som konstaterar att det i målet inte har ifrågasatts att var och en av de renhållningsarbetare som Allianceplus redovisat i anbudet kommer att tjänstgöra på heltid, anser dock att den omständigheten att Allianceplus i anbudet inte uttryckligen angett ”100 %” inte rimligen kan medföra att anbudet måste förkastas då det i övrigt stått klart att det är fråga om just heltidstjänster och inte ”del av en heltidstjänst”. Enligt förvaltningsrättens mening har anbudet inte förändrats genom de uppgifter som Allianceplus kompletterat med och Trafikverkets begäran om förtydligande får anses ha skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att Trafikverkets beslut att inte utvärdera Allianceplus anbud framstår som oproportionerligt i förhållande till syftet med bestämmelserna i LUF. Allianceplus har riskerat att lida skada till följd av detta, varför grunderna för ingripande enligt LUF är uppfyllda. Med hänsyn till att den konstaterade bristen inte är hänförlig till den konkurrensuppsökande fasen, är det en tillräcklig åtgärd att besluta om ingripande i form av rättelse. Upphandlingen får därför inte avslutas innan rättelse gjorts på det sättet att en ny anbudsprövning ska göras.

Vid denna utgång saknas det enligt förvaltningsrättens bedömning skäl att pröva Allianceplus invändningar mot anbuden från Primär och Coor.

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



Lennart Andersson
rådman