

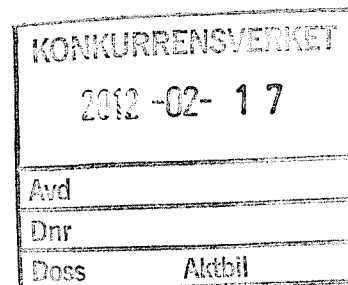


KLAGANDE

Adlibris AB, 556261-3512

Ombud:

Advokaten Peter Adamsson
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm



MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

Ombud:

Chefsjuristen Pia Nylöf
adress som ovan

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm beslut den 7 oktober 2011
i mål nr 19167-11, se bilaga A

SAKEN

Avvisning av ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om
offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens beslut i den del det avser
avvisning och visar målet åter till förvaltningsrätten för ny handläggning.

Kammarrättens interimistiska beslut från den 19 oktober 2011 upphör
därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Adlibris AB (Adlibris eller bolaget) överklagar förvaltningsrättens avvisningsbeslut och yrkar att kammarrätten upphäver beslutet och visar målet åter till förvaltningsrätten för ny behandling. Till stöd för sin talan anför Adlibris i huvudsak följande.

Förvaltningsrätten har i sitt beslut funnit att Kammarrättens i Stockholm då pågående prövning i mål nr 5327-11 utgjort hinder för förvaltningsrätten att ta upp Adlibris ansökan till prövning (*litis pendens*) och avvisat talan. Denna bedömning från förvaltningsrätten är felaktig. För att *litis pendens* ska anses föreligga avseende den nu aktuella ansökan om överprövning i förhållande till kammarrättens mål nr 5327-11 måste målen röra samma sak och innefatta samma parter. Detta är dock inte fallet. Prövningen i kammarrättens mål nr 5327-11 avsåg ett tilldelningsbeslut som meddelades av SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) den 28 juni 2011. Nu aktuell ansökan om överprövning avser ett tilldelningsbeslut som meddelades den 15 september 2011. Utvärderingen som skett i samband med dessa två olika tilldelningsbeslut har tagit sin utgångspunkt i skilda förutsättningar. Prövningen i kammarrättens mål nr 5327-11 avsåg visserligen samma upphandling med det är fråga om två separata beslut från SKI. Förvaltningsrätten anger i det nu överklagade beslutet att det tilldelningsbeslut som fattades den 15 september 2011 från SKI:s sida utgör en "ren verkställighet" av förvaltningsrättens tidigare dom. Så är dock inte fallet. Även om SKI följt anvisningarna i förvaltningsrättens dom av den 9 september 2011, varvid Adlibris uteslöts från den aktuella upphandlingen, är detta inte att jämställa med en "ren verkställighet". SKI har inte haft någon skyldighet av rättsligt eller annat slag att verkställa domar från förvaltningsrätten ens när det gäller frågor angående SKI:s upphandlingsbeslut. I stället har SKI efter domen från förvaltningsrätten valt att fatta ett nytt tilldelningsbeslut. Det har emellertid stått SKI fritt att avvakta med att fatta ett nytt tilldelningsbeslut eller, för den delen, agera på något annat sätt, bara det inte stått i direkt strid

med den avkunnade domen. Att avvisa Adlibris ansökan är oförenligt med Adlibris rätt till effektiva rättsmedel i samband med SKI:s beslut i den aktuella upphandlingen. Den grundläggande principen att varje tilldelningsbeslut är självständigt och ska kunna överprövas materiellt vid domstol har inte följts i detta fall, till följd av en outvecklad hänvisning till litis pendens. Förvaltningsrättens beslut innebär vidare att en anbudsgivare som överklagar förvaltningsrättens dom blir ”blockerad” att ansöka om överprövning av ett nytt tilldelningsbeslut i ett fall som förevarande. En sådan ordning kan inte vara riktig.

SKI bestrider bifall till överklagandet och anför till stöd härför i huvudsak följande. Genom att fatta ett nytt tilldelningsbeslut den 15 september 2011 verkställde SKI förvaltningsrättens dom av den 9 september 2011 i mål nr 14115-11. Förvaltningsrätten förordnade i domen att SKI inte fick avsluta upphandlingen innan rättelse skett genom att Adlibris anbud förkastades. Det var mot bakgrund härav självklart för SKI att fatta ett nytt tilldelningsbeslut med anledning av förvaltningsrättens dom. Det är också naturligtvis bättre för SKI att få rätta upphandlingen än att göra om hela upphandlingen. Alternativet att avbryta upphandlingen som Adlibris menar att SKI borde ha övervägt hade varit såväl juridiskt felaktigt som rent olämpligt. Det hade saknats saklig grund att avbryta upphandlingen, varför avbrytandebeslutet hade kunnat överprövas med framgång. Det hade vidare varit olämpligt att avbryta upphandlingen, eftersom ett stort antal avropsberättigade upphandlande myndigheter är angelägna om att dessa ramavtal kommer på plats. Att avbryta och göra om upphandlingen skulle vidare medföra en risk för SKI att bli skyldigt att erlagga skadestånd till leverantörer som tilldelats ramavtal i upphandlingen. Sammanfattningsvis har SKI följt förvaltningsrättens dom och har inte kunnat göra på något annat sätt än att fatta ett nytt rättat tilldelningsbeslut. SKI:s inställning är att saken redan har prövats och att det saknas anledning att återförvisa målet till förvaltningsrätten då det skulle vara att pröva samma sak igen.

Kammarrätten har den 19 oktober 2011 beslutat att avtal inte får ingås i de för målet aktuella anbudsområdena i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Sakomständigheterna i målet framgår i huvudsak av det överklagade beslutet. Det kan därutöver tilläggas att kammarrätten den 14 oktober 2011 beslutade att inte meddela prövningstillstånd i kammarrättens mål nr 5327-11 och att Högsta förvaltningsdomstolen den 28 oktober 2011 vägrade prövningstillstånd sedan Adlibris fullföljt sin talan dit (mål nr 6581-11).

Överprövning av beslut enligt LOU regleras i lagens 16 kap. samt i det bakomliggande EU-direktivet 2007/66/EG – det s.k. rättsmedelsdirektivet. 16 kap. LOU innehåller inga närmare bestämmelser avseende vilka beslut som kan bli föremål för en ansökan om överprövning. I artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet anges att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2 f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning. Av beaktandesats 34 i direktivets preambel framgår dock att medlemsstaternas s.k. processuella autonomi respekteras vid genomförandet av rättsmedelsdirektivet. Av EU-rättens krav på effektiva nationella rättsmedel följer dock att nationella processuella regler inte får medföra att det blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (se t.ex. EU-domstolens domar i mål C-453/99 *Courage* p. 29 samt C-295–298/04 *Manfredi* p. 81–82).

EU-domstolen har i flera mål (bl.a. C-26/03 *Stadt Halle* m.fl. p. 27–34) gjort vissa generella uttalanden kring begreppet ”en upphandlande myndighets beslut” i artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet. EU-domstolen uttalar att efter-

som begreppet inte uttryckligen har definierats i rättsmedelsdirektivet, ska dess räckvidd avgränsas på grundval av ordalydelsen i de relevanta bestämmelserna i direktivet och utifrån dess syfte att säkerställa tillgång till en effektiv och skyndsamt rättslig prövning. EU-domstolen uttalar vidare att med hänsyn till rättspraxis samt rättsmedelsdirektivets syfte, ordalydelse och systematik, samt för att upprätthålla direktivets ändamålsenliga verkan, ska varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling enligt upphandlingsdirektiven och som kan ha rättslig verkan anses utgöra ett sådant beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning i den mening som avses i artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten har i det nu överklagade beslutet avvisat Adlibris ansökan om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet på den grund att nationella processuella regler om *litis pendens* utgjort hinder för domstolen att pröva Adlibris ansökan om överprövning. Förvaltningsrätten har i beslutet vidare angett att det nya tilldelningsbeslutet tillkommit som en ren verkställighet av förvaltningsrättens dom den 9 september 2011 i mål nr 14115-11.

Kammarrätten finner inledningsvis, mot bakgrund av rättsmedelsdirektivets bestämmelser samt EU-domstolens praxis på området, att SKI:s nya tilldelningsbeslut i upphandlingen som meddelades den 15 september 2011 utgör ett sådant beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning enligt 16 kap. LOU. Det nya tilldelningsbeslutet kan därmed enligt kammarrättens mening inte ses som en ren verkställighet av förvaltningsrättens dom.

I avsaknad av en särskild "EU-processrätt" ankommer det på nationella domstolar att ge effekt åt EU-rätten genom att tillämpa nationell processrätt.

En ansökan om överprövning enligt LOU kommer därmed som utgångspunkt att hanteras enligt svenska processuella regler, i huvudsak regler i LOU och förvaltningsprocesslagen (1971:291) samt därtill hörande praxis.

Av EU-rättens krav på effektiva nationella rättsmedel följer dock, såsom ovan framgått, att nationella processuella regler inte får medföra att det blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten.


Nationella regler om *litis pendens* utgör enligt kammarrättens mening exempel på sådana nationella processuella regler som kan begränsa möjligheten till domstolsprövning och göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av EU-rätten.

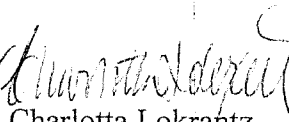
Den rättighet som gör sig gällande i förevarande fall är rättigheten att enligt rättsmedelsdirektivet kunna erhålla en domstolsprövning av varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling enligt upphandlingsdirektiven och som kan ha rättslig verkan. Varje sådan åtgärd ska anses utgöra ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning i den mening som avses i artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet.

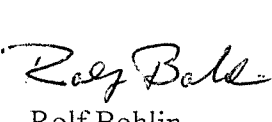
Kammarrätten finner, mot bakgrund av vad ovan framkommit, att det i förevarande situation föreligger en på EU-rätten grundad rättighet att få det nya tilldelningsbeslutet prövat genom en ansökan om överprövning och att en tillämpning av nationella processuella regler om *litis pendens* i en situation som förevarande medför att det inte blir möjligt att utöva denna rättighet. Att tillämpa nationella regler om *litis pendens* i en situation som den nu förevarande är därmed enligt kammarrättens mening oförenligt med EU-rättens krav på effektiva nationella rättsmedel. Mot denna bakgrund finner kammarrätten att förvaltningsrätten inte borde ha avvisat ansökan om överprövning med hänvisning till *litis pendens*. Överklagandet ska därför


bifallas på så sätt att avvisningsbeslutet undanröjs och målet visas åter till förvaltningsrätten för ny handläggning.

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


Eva Lindeblad
kammarrättsråd
ordförande


Charlotta Lokrantz
kammarrättsråd


Rolf Bohlin
kammarrättsråd
referent


Johan Rick
föredragande



Bil. A

SÖKANDE

Adlibris AB, 556261-3512
Box 3667
103 59 Stockholm

Ombud: Advokat Peter Adamsson och jur. dr Dan Eklöf
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

BESLUT

Förvaltningsrätten, som lämnar yrkandet om editionsföreläggande utan åtgärd, avvisar Adlibris AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) har genomfört en ramavtalsupphandling avseende litteratur i form av pappersböcker och ljudböcker med respektive utan biblioteksutrustning inom fem anbudsområden, dnr 10086. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt 4 kap. lagen om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut som sändes ut den 28 juni 2011 meddelade SKI att man beslutat rangordna Adlibris AB (Adlibris) som nummer ett inom anbudsområde 1 A, 2, 3 och 4. BTJ Sverige AB (BTJ) rangordnades som nummer två inom anbudsområde 1 A, 2 och 4 samt som nummer tre inom anbudsområde 3.

BTJ ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet den 7 juli 2011 och yrkade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att Adlibris anbud inte skulle utvärderas. BTJ anförde till stöd för sin talan bl.a. att Adlibris inte följt anvisningar i förfrågningsunderlaget om att offerera påslag. Förvaltningsrätten meddelade dom den 9 september 2011 och biföll BTJ:s ansökan (mål nr 14115-11). Enligt domen skulle rättelse ske på så sätt att Adlibris anbud skulle uteslutas från utvärderingen. Adlibris överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten den 19 september 2011. Enligt protokoll från den 15 september 2011 hade SKI dessförinnan i enlighet med förvaltningsrättens dom den 9 september 2011 fattat beslut om att inte utvärdera anbudet från Adlibris.

Kammarrätten har i beslut den 20 september 2011 i mål 5327-11 interimistiskt förordnat att SKI inte får ingå avtal avseende anbudsområdena 1A, 2, 3 och 4 innan något annat har bestämts. Kammarrätten har inte tagit ställning till frågan om prövningstillstånd ska meddelas.

YRKANDEN

Adlibris yrkar i första hand att upphandlingen av SKI med projektnummer 10086 ska göras om och i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att SKI:s utvärdering av upphandlingen ska göras om varvid anbudet från Adlibris ska beaktas. Adlibris yrkar även att förvaltningsrätten ska förelägga SKI att förete en kopia av övriga anbudsgivares anbud i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS BESLUT

Det tilldelningsbeslut som SKI fattade den 15 september 2011 innebar enligt förvaltningsrättens mening endast en ren verkställighet av vad förvaltningsrätten redan beslutat om den 9 september 2011 i mål 14115-11, dvs. att Adlibris skulle uteslutas från utvärderingen. Denna dom har överklagats av Adlibris och är nu föremål för kammarrättens prövning. Eftersom kammarrättens prövning utgör hinder för förvaltningsrätten att samtidigt ta upp saken till prövning (litis pendens) ska överklagandet avvisas. Vid denna utgång kan yrkandet om editionsföreläggande lämnas utan åtgärd.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU).



Kaisa Söderberg

Rådman

Föredragande har varit Nils Råby.

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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis