



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2

DOM
 2011-08-15
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 2338-11

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.

KONKURRENSVERKET	
2011-08-16	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

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 kreditbevis 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