



KLAGANDE

Erlandsson Bygg i Syd AB, 556530-6197
Stenyxegatan 14
213 76 Malmö

Ombud: Advokaten Ola Jönsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 226
201 22 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2011 -07- 1 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Trelleborgs kommun
Rådhuset
231 83 Trelleborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös beslut den 2 maj 2011 i mål nr 4180-11,
se bilaga A

SAKEN

Avvisningsbeslut angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om
offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens avvisningsbeslut och visar må-
let åter till förvaltningsrätten för prövning av Erlandsson Bygg i Syd AB:s
ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Erlandsson Bygg i Syd AB (Erlandsson Bygg) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens beslut och återförvisar målet till förvaltningsrätten för ny handläggning. Till stöd för sin talan anför Erlandsson Bygg bl.a. följande. Förvaltningsrätten har på felaktiga grunder avvisat bolagets begäran om överprövning avseende det nya förfarande som inletts genom att den upphandlande myndigheten genom ett nytt tilldelningsbeslut har rättat upphandlingen på så sätt som förvaltningsdomstolen har föreskrivit. Vid utvärderingen inför det senaste tilldelningsbeslutet har bolagets anbud inte beaktats. Förvaltningsrätten har i sin dom som föranledde rättelsen av upphandlingen gjort en felaktig bedömning. Eftersom bolaget saknade partsbehörighet i det ursprungliga målet och hade ingen möjlighet att överklaga beslutet om uteslutning. Bolaget har därför inte haft möjlighet att bemöta de enligt bolaget felaktiga uppgifterna om det egna anbudet som åberopats i det ursprungliga målet. Förvaltningsrättens beslut medför att en anbudsgivare som tilldelats ett uppdrag och senare uteslutits ur en upphandling aldrig har talerätt ifråga om påstådda brister i det egna anbudet. Det vore oförenligt med grundläggande rättsprinciper att förta en parts möjlighet att yttra sig över de omständigheter som läggs till grund för uteslutning ur en upphandling. Under alla omständigheter har ett nytt förfarande inletts genom det senare tilldelningsbeslutet varvid en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada har rätt att få sin begäran om överprövning prövad i sak.

Trelleborgs kommun medger bolagets yrkande om att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten för prövning.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE


Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

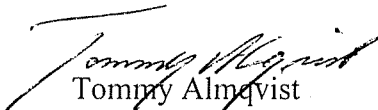
Högsta förvaltningsdomstolen fann i beslut den 7 juni 2011 (mål nr 471-11) med avvikelse från den rättstillämpning som kom till uttryck i RÅ 2007 not. 131, att en leverantör som vid överprövning i förvaltningsrätt uteslutits från en ny utvärdering hade rätt att överklaga domen. I Högsta förvaltningsdomstolens beslut klargörs också att bestämmelserna i 10 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) 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.

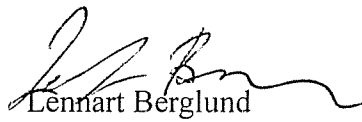
Erlandssons Bygg (dåvarande PeCo Bygg AB) har inte i förvaltningsrättens mål (1377-11) fått möjligheten att yttra sig över den konkurrerande leverantörens uppgifter om att bolaget inte uppfyllde skall-kraven i förfrågningsunderlaget; uppgifter som sedan låg till grund för förvaltningsrättens beslut om rättelse av upphandlingen genom en ny utvärdering med uteslutande av Erlandssons Bygg.

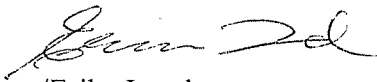
Mot bakgrund av ovannämnda avgörande av Högsta förvaltningsdomstolen i mål nr 471-11 samt även Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 14 juni 2011 i mål nr 7311-10 finner kammarrätten att bolaget har haft rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen och förvaltningsrätten borde därför inte ha avvisat 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 bolagets ansökan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Birgitta Henriksson


Tommy Almqvist


Lennart Berglund
referent


/Erika Lund



SÖKANDE

Erlandsson Bygg i Syd AB, 556530-6197
Stenyxegatan 14
213 76 Malmö

Ombud: Advokat Ola Jönsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Trelleborgs kommun
Rådhuset
231 83 Trelleborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar Erlandsson Bygg i Syd AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Trelleborgs kommun genomför upphandling, enligt reglerna om öppet förfarande i LOU, av ramavtal avseende byggservice. Genom ett beslut den 1 februari 2011 tilldelades bland annat PeCo Bygg AB kontrakt. Efter ansökan om överprövning av Peab AB förordnade förvaltningsrätten i en dom den 9 mars 2011 (mål nr 1377-11) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförts varvid anbudet från PeCo Bygg AB inte fick beaktas.

Kommunen har därefter, i enlighet med förvaltningsrättens dom, genomfört en ny utvärdering och genom tilldelningsbeslut den 12 april 2011 beslutat att anta anbud från bland annat Peab Sverige AB.

Erlandsson Bygg i Syd AB, med tidigare firma PeCo Bygg AB, ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska rättas på så sätt att ny utvärdering genomförs med beaktande av bolagets anbud.

SKÄL FÖR BESLUTET

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.

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om en ansökan om ingripande enligt LOU från den genom en lagakraftvunnen dom uteslutna leverantören Erlandsson Bygg i Syd AB kan prövas i sak.

Förvaltningsrätten kan 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 har inletts genom att den upphand-

lande myndigheten rättat upphandlingen på så sätt som förvaltningsdomstol föreskrivit och därefter 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), den 30 november 2010 (mål nr 5157-10) samt den 30 mars 2011 (mål nr 912-916-11 och 919-926-11) kommit till motsatt utgång och i stället funnit att en anbudsgivare som uteslutits genom en lagakraftvunnen dom inte har rätt att ansöka om åtgärder avseende senare beslut i upphandlingsförfarandet.

Något avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen som klargör rättsläget finns ännu inte.

Om en vinnande leverantör som genom en lagakraftvunnen dom har uteslutits från deltagande i en upphandling förvägras prövning av ett senare beslut i samma upphandling kommer denne – på grund av bristande partsbehörighet i det ursprungliga målet och avsaknad av möjlighet att överklaga beslut om uteslutning (jfr RÅ 2002 ref. 5 samt RÅ 2007 not 131) – helt att fråntas möjlighet att bemöta uppgifter om det egna anbudet e.d. som kan ha varit avgörande för domstolens bedömning i det första beslutet. Detta kan självfallet framstå som otillfredsställande.

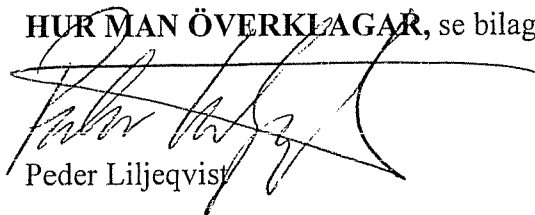
Med möjlighet till ny prövning kan emellertid en och samma fråga komma att prövas av en och samma domstol vid flera skilda tillfällen. Detta innebär dessutom att frågan kan komma avgöras genom sinsemellan motstridiga utgångar, vilket också har förekommit. Detta framstår som en högst otillfredsställande ordning. Det är vidare uppenbart att en ordning som ger

möjlighet till sådana återkommande prövningar av en och samma fråga inte är ändamålsenlig för ett effektivt upphandlingsförfarande.

Förvaltningsrätten finner inte anledning att avvika från den ståndpunkt som kammarrätten redovisat senast i beslutet den 30 mars 2011.

I det nu aktuella målet kan rätten konstatera att den upphandlande myndigheten har följt förvaltningsrättens lagakraftvunna dom om rättelse, som inneburit att den ursprungliga kontraktsvinnande anbudsgivaren, Erlandsson Bygg i Syd AB, uteslutits från utvärderingen och att denna därefter gjorts om. Detta får enligt förvaltningsrätten till följd att Erlandsson Bygg i Syd AB inte har rätt att ansöka om åtgärder avseende senare beslut i upphandlingsförfarandet. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avvisas

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



Peder Liljeqvist

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