



2010-07-21

KLAGANDE

NFB Transport Systems AB, 556273-6354

Ombud:

Advokaten Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. AB Familjebostäder
2. AB Stockholms hem
3. AB Svenska Bostäder
4. Danderyds kommun
5. Haninge kommun
6. Lidingö stad
7. Nynäshamns kommun
8. Skolfastigheter i Stockholm AB (SISAB)
9. Solna stad
10. Stockholms Hamn AB
11. Stockholms läns landsting (inkl. bolag, förvaltningar och stiftelser)
12. Stockholms stad (inkl. fackförvaltningar och stadsförvaltningar)
13. Stockholms Stads Parkerings AB
14. Sundbybergs stad
15. Tyresö kommun
16. Upplands Väsby kommun

Ombud för samtliga:

Maria Krantz
SKL Kommentus AB
117 99 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm beslut den 25 maj 2010 i mål nr 30434-10,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
 2. Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens beslut avseende avvisning och visar målet åter till förvaltningsrätten för prövning av NFB Transport Systems AB:s ansökan om överprövning.
 3. Kammarrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan förvaltningsrätten avgjort målet eller något annat har beslutats.
-

BAKGRUND

SKL Kommentus AB (Kommentus) har genomfört en samordnad upphandling av möbel- och kontorsflyttning på uppdrag av upphandlande myndigheter i bl.a. Stockholms län. I ett tilldelningsbeslut den 25 januari 2010 antogs tre leverantörer för upphandlingsområde Stockholm.

NFB Transport Systems AB (bolaget) ansökte om överprövning hos förvaltningsrätten, som i dom den 5 mars 2010 (mål nr 21748-10) avslag på ansöknings. Sedan bolaget överklagat domen hos kammarrätten framkom att Kommentus på eget initiativ ändrat sitt tilldelningsbeslut på så sätt att en av de vinnande leverantörerna uteslutits eftersom dess anbud inte uppfyllde skall-kraven och den 26 mars 2010 skickat ut information om ett nytt tilldelningsbeslut. Med anledning härav yrkade Kommentus att kammarrätten skulle avskriva målet eftersom det nya tilldelningsbeslutet ersatt det tidigare tilldelningsbeslutet. Kammarrätten beslutade den 20 april 2010 (mål nr 1434-10) att avslå yrkandet om avskrivning och att inte meddela prövningstillstånd i målet. Regeringsrätten beslutade den 5 maj 2010 (mål nr 2612-10) att inte meddela prövningstillstånd.

Därefter ansökte bolaget ånyo om överprövning hos förvaltningsrätten och hänvisade till det nya tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten beslutade den 25 maj 2010 (mål nr 30434-10) att avvisa ansöknings på grund av res judicata.

YRKANDE M.M.

Bolaget yrkar att kammarrätten ska återförvisa målet till förvaltningsrätten för ny prövning samt anför bl.a. följande. Det finns en omfattande kammarrättspraxis där den aktuella länsrättens beslut att avvisa en ansökan om överprövning, på grund av att åberopade sakförhållanden redan prövats i ett tidigare mål rörande samma upphandling, har upphävts och målet återförvisats till länsrätten för prövning i sak. Enligt de rättsfall som bolaget åberopat i förvaltningsrätten, och som förvaltningsrätten också hänvisat till

sitt beslut, har visserligen nya utvärderingar gjorts av den upphandlande myndigheten. Kammarrätten har dock i samtliga fall ansett att det nya/senare ledet i upphandlingsförfarandet har inletts i och med att ett nytt tilldelningsbeslut har fattats. Den faktor (ett nytt tilldelningsbeslut) som i tidigare avgöranden har ansetts utlösa ett sådant nytt/senare led i förfarandet, som förhindrar att res judicata uppstår, föreligger alltså i aktuell upphandling. Bolaget bör därför ha talerätt med anledning av det nya tilldelningsbeslutet.

Kammarrätten har i beslut den 4 juni 2010 förordnat att den aktuella upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Regeringsrätten har den 17 juni 2010 beslutat att inte meddela prövningstillstånd i denna fråga.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och företar målet till omedelbart avgörande.

Huvudfrågan i målet är om förvaltningsrätten haft fog för sitt beslut att avvisa aktuell ansökan utan prövning.


Det kan först konstateras att så länge något kontrakt inte slutits torde en upphandlande myndighet kunna ändra sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut, förutsatt att det inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller så att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds förnär (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 621-06). Därmed torde även ett nytt tilldelningsbeslut kunna underställas domstols prövning.


Det kan vidare konstateras att gemenskapsrätten förutsätter att medlemsstaterna vidtar nödvändiga åtgärder för att upphandlande myndigheters beslut ska kunna prövas effektivt och skyndsamt. Begreppet


beslut ska enligt EU-domstolen tolkas extensivt (C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH mot Stadt Wien) och behöver inte vara kvalificerat till sin natur eller till sitt innehåll för att kunna bli föremål för överprövning (C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr). I nyss nämnda mål uttalade domstolen att medlemsstaterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås, i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Vidare konstaterade domstolen, med hänsyn till att efterlevnaden av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna ska säkerställas på ett stadium då överträdelsen fortfarande kan rättas till, att en ansökan om överprövning kan göras från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan (C-26/03 Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna).

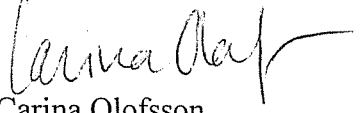
En fråga är om bolaget trots rättskraft i det första upphandlingsmålet (Regeringsrättens mål nr 2612-10), som även det initierades av bolaget, har rätt att få sin ansökan i förevarande mål prövad. Enligt kammarrättens mening är det nya tilldelningsbeslutet en sådan ny omständighet som förändrar förutsättningarna under vilka det tidigare lagakraftvunna avgörandet fattades. Kammarrätten anser därför att de båda målen inte rör samma sak, dvs. att det inte föreligger res judicata. Vidare anser kammarrätten att gemenskapsrätten ger bolaget rätt att få varje upphandlingsbeslut överprövat. Mot denna bakgrund finner kammarrätten att förvaltningsrätten inte borde ha avvisat aktuell ansökan. Överklagandet ska därför bifallas på så sätt att förvaltningsrättens avvisningsbeslut undanröjs och målet visas åter till förvaltningsrätten för prövning av bolagets ansökan om överprövning.

Beslutet att meddela prövningstillstånd får enligt 33 § tredje stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) inte överklagas. HUR MAN ÖVERKLAGAR i övrigt, se bilaga B (formulär 1).


Gunilla Svahn Lindström
lagman


Eva Lindeblad
kammarrättsråd


Charlotta Lokrantz
kammarrättsråd
referent


Carina Olofsson
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

BESLUT
 2010-05-25
 Meddelat i Stockholm

Mål nr
 30434-10
 Enhet 15

SÖKANDE

NFB Transport Systems AB, 556273-6354

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur. kand. Mikael Dubois
 Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
 Box 715
 101 33 Stockholm

MOTPARTER

Danderyds kommun
 Haninge kommun
 Lidingö stad
 Nynäshamns kommun
 Solna stad
 Stockholms läns landsting (inkl. bolag, förvaltningar och stiftelser)
 Stockholms stad (inkl. fackförvaltningar och stadsförvaltningar)
 AB Familjebostäder
 AB Stockholmshem
 Skolfastigheter i Stockholm AB
 Stockholms Hamn AB
 Stockholms stads Parkerings AB
 Sundbybergs stad
 Tyresö kommun
 Upplands Väsby kommun
 Österåkers kommun

Ombud: SKL Kommentus AB
 117 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

BESLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att förvaltningsrätten ska förelägga SKL Kommentus AB att förete ICM Kungsholms AB:s anbudsbilaga avseende miljöledningssystem och Allt i Transport & Spedition 018 AB:s referenslistor.

Förvaltningsrätten avvisar ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 28824

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 14 maj 2010 att
upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus AB (Kommentus) har genomfört en samordnad upphandling med öppet förfarande avseende ramavtal för möbel- och kontorsflyttning på uppdrag av upphandlande myndigheter i kommuner och landsting samt kommunala bolag i bl.a. Stockholms län, ref. nr. 10034. Kommentus antog genom tilldelningsbeslut avseende anbudsområde Stockholm som meddelades den 25 januari 2010 anbud från andra anbudsgivare än NFB Transport Systems AB (NFB). NFB ansökte om överprövning hos Förvaltningsrätten i Stockholm som genom dom den 5 mars 2010 i mål nr 21748-10 avslog ansökan. NFB överklagade till Kammarrätten i Stockholm som den 20 april 2010 i mål nr 1434-10 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. NFB överklagade till Regeringsrätten som den 5 maj 2010 i mål nr 2612-10 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Kommentus avsände den 26 mars 2010 ett nytt tilldelningsbeslut, genom vilket ett av de anbud som antogs genom det första tilldelningsbeslutet uteslöts.

Förvaltningsrätten har den 14 maj 2010 beslutat att upphandlingen vad avser anbudsområde Stockholm tills vidare inte får avslutas.

NFB ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen vad avser anbudsområde Stockholm ska göras om. NFB yrkar också att förvaltningsrätten ska förelägga Kommentus att till förvaltningsrätten förete ICM Kungsholms AB (ICM) anbudsbilaga avseende miljöledningssystem och Allt i Transport & Spedition 018 AB:s (ATS) referenslistor. Som grund för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. NFB har uteslutits från utvärdering i upphandlingen p.g.a. att Kommentus ansett att NFB offererat ett onormalt lågt pris. Kommentus har inte angett några skäl till varför man anser att NFB:s priser är onormalt låga. NFB har således inte beretts tillfälle att yttra sig över Kommentus skäl för beslutet att förkasta NFB:s anbud. Kommentus har heller inte visat att NFB inte kan

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

BESLUT

leverera till de offererade priserna. Kommentus har inte uteslutit ICM på samma grund som NFB trots att förklaringar avseende prissättningen har begärts från både NFB och ICM, att dessa förklaringar varit mycket snarlika varandra och att ICM:s anbudspris är lägre än NFB:s anbudspris. Kommentus förkastande av NFB:s anbud strider mot likabehandlingsprincipen, 1 kap. 9 § samt 12 kap. 3 § LOU.

I ATS:s och ICM:s anbud anges inte om de av bolagen offererade fordonen har tryckluftsbroms eller inte, vilket är en uppgift som efterfrågats i fordonsspecifikationen. ATS har i sin anbudsbilaga avseende miljöledningssystem inte inkluderat rutiner och metoder för redovisning och rapportering till Kommentus, vilket är en uppgift som efterfrågats i punkt 2.1.5.1 i förfrågningsunderlaget. ATS:s och ICM:s anbud har inte uppfyllt samtliga krav som ställs i kvalifikationsfasen i upphandlingen och skulle ha uteslutits från utvärdering i upphandlingen. Kommentus har genom att inte förkasta ATS:s och ICM:s anbud agerat i strid med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen.

Kommentus har i upphandlingen använt sig av utvärderingskriteriet Kvalitet, innebärande utvärdering med hjälp av referenter. De aktuella referensfrågorna avser huvudsakligen vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av de tjänster som upphandlingen avser. Kommentus utvärdering av referenser strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Den prismodell som anges i förfrågningsunderlaget och som har tillämpats i utvärderingen i upphandlingen saknar verklighetsförankring och säkerställer inte att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Utformningen av prismodellen gör att en utvärdering omöjligen kan leda till ett rättvisande resultat. Prismodellen strider mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

NFB har inte haft möjlighet att ange fullständiga grunder för sin talan i den tidigare överprövningen av upphandlingen. NFB har vid ett flertal tillfällen framställt begäran till Kommentus att få ta del av ATS:s anbud i upphandlingen. Kommentus har dock inledningsvis endast lämnat ut en del av ATS:s anbud och har först via e-post vid lunchtid den 12 maj 2010 lämnat ut merparten av ATS:s anbud till NFB. Den skall-kravbrist i ATS:s anbud som NFB har anfört ovan har inte prövats i den tidigare överprövningen av upphandlingen och är av avgörande betydelse för frågan om ATS borde uteslutas från utvärderingen. För det fall förvaltningsrätten inte skulle sakpröva grunder som baseras dels på handlingar som NFB först i samband med förevarande ansökan om överprövning beretts tillgång till, och dels på handlingar som NFB fortfarande inte beretts tillgång till, riskerar NFB att lida en allvarlig rättsförlust. Dessutom bör påpekas att de brister i ICM:s och ATS: anbud som NFB gör gällande i förevarande mål är av större relevans i nuläget än vad som var fallet vid den tidigare överprövningen, eftersom ICM och ATS är de enda leverantörer som enligt det senaste upphandlingsprotokollet är kvalificerade avseende anbudsområde Stockholm. För det fall ICM:s och ATS:s anbud inte uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen måste således upphandlingen göras om.

Om Kommentus inte hade förkastat NFB:s anbud såsom onormalt lågt hade NFB kunnat antas som leverantör i upphandlingen. Det felaktiga förkastandet av NFB:s anbud har därför medfört att NFB kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU. För det fall förvaltningsrätten skulle anse att förkastandet av NFB:s anbud varit korrekt, riskerar NFB ändå att lida skada. NFB:s anbud har utformats i enlighet med förfrågningsunderlaget och i synnerhet den angivna prismodellen. NFB har sedan uteslutits från utvärdering i upphandlingen på grund av att Kommentus ansett att NFB offererat ett onormalt lågt pris, baserat på prismodellen. Det föreligger således en kausalkedja mellan de

av NFB anförda bristerna i förfrågningsunderlaget och att NFB inte kan antas som leverantör i upphandlingen.

Res judicata föreligger inte avseende NFB:s ansökan om överprövning. I förevarande fall har NFB ansökt om överprövning med anledning av ett tilldelningsbeslut som fattades den 26 mars 2010 medan den tidigare ansökan om överprövning gjordes med anledning av ett tilldelningsbeslut som fattades den 25 januari 2010. Således avser förevarande ansökan om överprövning ett nytt förfarande. NFB hänvisar i denna del till Kammarrättens i Stockholm domar i mål nr 6986-09 och 9607-08 samt Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1741-09.

UTREDNINGEN I MÅLET

Av upphandlingsprotokoll den 16 december 2009 framgår att NFB:s anbud förkastats på grund av orimligt lågt pris. I det första tilldelningsbeslutet, meddelat den 25 januari 2010, rankades de utvärderade anbudena enligt följande.

1. ICM Kungsholms AB
2. Allt i Transport & Spedition 018 AB
3. Marko Kaj Moving AB

Av upphandlingsprotokoll den 17 mars 2010 framgår att anbudet från Marko Kaj Moving AB inte uppfyller det skalkrav som uppställts avseende medeltalet anställda. I tilldelningsbeslut meddelat den 26 april 2010 rankades därför utvärderade anbud enligt följande.

1. ICM Kungsholms AB
2. Allt i Transport & Spedition 018 AB

SKÄL FÖR BESLUT

Gällande bestämmelse

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

NFB har yrkat att förvaltningsrätten ska förelägga Kommentus att till förvaltningsrätten förete ICM:s anbudsbilaga avseende miljöledningssystem och ATS:s referenslistor. Enligt 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska förvaltningsrätten se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Detta betyder att förvaltningsrätten har en skyldighet att se till att det underlag på vilket ett avgörande ska grundas är tillräckligt för att förvaltningsrätten ska kunna göra en korrekt bedömning.

Förvaltningsrätten bedömer att de handlingar som NFB begär ska tas in i utredningen inte är behövliga för att rätten ska kunna pröva ansökan om överprövning. Yrkandet härom ska därför avslås.


NFB ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet fattat den 25 januari 2010 hos förvaltningsrätten som den 5 mars 2010 i mål nr 21748-10 avslög ansökan. Förvaltningsrätten fann att Kommentus haft fog för sitt beslut att förkasta NFB:s anbud på grund av orimligt lågt pris samt att det eftersom NFB inte lidit eller kunnat lida skada saknades skäl att pröva vad NFB anfört avseende referensutvärdering och prismodell. Domen har vunnit laga kraft i och med Regeringsrättens beslut den 5 maj 2010 att inte meddela prövningstillstånd.

NFB har till stöd för att det inte föreligger res judicata åberopat Kammarrättens i Stockholm domar i mål nr 6986-09 och 9607-08 samt Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1741-09. I dessa mål har

kammarrätterna funnit att den omständigheten att en domstol tidigare prövat en ansökan om överprövning av en upphandling, inte förhindrar en ny prövning av samma upphandling när ett nytt tilldelningsbeslut fattats. Omständigheterna i dessa domar skiljer sig dock från nu aktuellt mål. I samtliga mål hade länsrätten bifallit en ansökan om överprövning och förordnat att upphandlingen skulle rättas på så sätt att ny utvärdering skulle göras. De upphandlande myndigheterna ansågs genom de nya tilldelningsbesluten ha inlett ett nytt led i förfarandet (mål nr 1741-09), alternativt ett senare led i förfarandet (mål nr 6986-09). I mål nr 9607-08 konstaterades att det i länsrätten varit fråga om olika sökande som framställt olika yrkanden vid olika tidpunkter under upphandlingsförfarandet. En ansökan om överprövning efter att upphandlande myndighet fattat nytt tilldelningsbeslut i enlighet med länsrättens dom ansågs därför inte vara samma sak som länsrätten först prövat.

I nu aktuellt fall har förvaltningsrätten avslagit NFB:s ansökan om överprövning avseende tilldelningsbeslutet den 25 januari 2010. Kommentus har därefter fattat ett nytt tilldelningsbeslut och uteslutit Marko Kaj Moving AB:s anbud på grund av att det anbudet inte uppfyllde samtliga skall-krav. Någon ny utvärdering har således inte genomförts. Kommentus kan därmed inte anses ha inlett ett nytt eller senare förfarande som ger NFB rätt att ansöka om åtgärder enligt 16 kap. LOU. Förvaltningsrätten finner därmed att frågan om NFB:s anbud blivit rätteligen förkastat är rättskraftigt avgjord genom förvaltningsrättens laga kraftvunna dom och att rätten är förhindrad att pröva denna fråga igen. NFB:s ansökan om överprövning ska därför avvisas.

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


Zandra Milton
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Elin Rosén.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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.