

KLAGANDE

Röke Buss AB, 556384-1401
Röke
282 93 Röke

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Linda Dahlström
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Örkelljunga kommun
286 80 Örkelljunga

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 11 oktober 2010 i mål nr
12337-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avvisar Röke Buss
AB:s ansökan om överprövning.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Röke Buss AB yrkar att kammarrätten, med upphävande av förvaltningsrätts dom, meddelar prövningstillstånd och beslutar att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131 slagit fast, att den som enligt den upphandlande enhetens beslut antagits som leverantör inte har rätt att överklaga en därefter meddelad dom av förvaltningsrätten av innebörd att upphandlingen får avslutas först sedan viss rättelse skett.

I båda fallen var det fråga om överklagande av den dom varigenom den upphandlande myndigheten ålades att vidta rättelse. I det senare fallet avsåg rättelsen uteslutande av vinnande anbud.

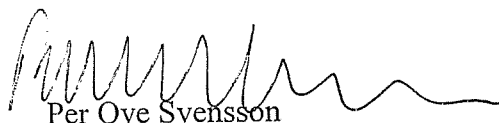
I det nu aktuella målet har den upphandlande myndigheten följt domstols lagakraftvunna dom om rättelse, som inneburit att den förut vinnande leverantören uteslutits från utvärderingen och denna därefter gjorts om. Den upphandlande myndigheten har fattat ett nytt tilldelningsbeslut och utsett en annan leverantör till vinnande i upphandlingen. Kammarrätten har nu att ta ställning till frågan om en ansökan om åtgärder enligt LOU från den tidigare uteslutna leverantören kan prövas i sak.

Röke Buss AB:s anbud har uteslutits genom kammarrättens lagakraftvunna dom den 26 augusti 2010. Kammarrätten har då att lägga detta avgörande till grund för bedömningen av senare led i samma upphandling. Det får till följd att Röke Buss AB inte har rätt att ansöka om åtgärder avseende senare

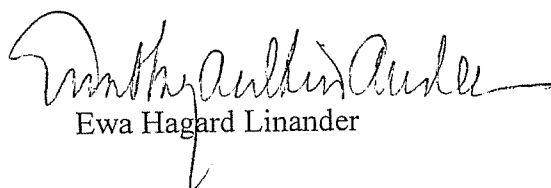
beslut i upphandlingsförfarandet. Röke Buss AB har därmed, liksom i de ovan nämnda avgörandena av Regeringsrätten rörande överklaganden av domar om rättelse, inte haft rätt att få sin ansökan hos förvaltningsrätten prövad i sak utan förvaltningsrätten borde i stället ha avvisat den.

Beslutet att meddela prövningstillstånd får inte överklagas.


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




Per Ove Svensson



Ewa Hagard Linander



Eveline Nilsson
referent
(Skiljaktig mening)



/Sophia Anderberg

Eveline Nilssons skiljaktiga mening

I det nu aktuella målet har Örskelljunga kommun följt domstols dom om rättelse, som inneburit att den förut vinnande leverantören, Röke Buss AB, uteslutits från utvärderingen och denna därefter gjorts om. Örskelljunga kommun har fattat ett nytt tilldelningsbeslut och utsett en annan leverantör till vinnande i upphandlingen. Ett nytt förfarande får därmed anses ha inletts. Detta innebär enligt min mening att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada har rätt att ansöka om åtgärder mot detta nya förfarande i enlighet med vad som anges i bestämmelserna i 16 kap. LOU. Jag anser således att Röke Buss AB har rätt

att ansöka om överprövning av upphandlingen och att överklagandet bör
prövas i sak.



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2010 -10- 1 1
Meddelad i
Malmö

Mål nr
12337-10E

Bilaga 9 Sida 1 (7)

SÖKANDE

Röke Buss AB, 556384-1401
PI 4107
282 93 Röke

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur.kand Linda Dahlström
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Örkelljunga kommun
286 80 Örkelljunga

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Röke Buss AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 32870

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522	Kalendegatan 6	040-35 35 00	040-97 24 90	måndag – fredag
203 20 Malmö		E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se		08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Örkelljunga kommun genomför upphandling avseende skolskjutstrafik för läsåren 2010/11 – 2012/13. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Kommunen beslutade genom tilldelningsbeslut den 4 maj 2010 att anta anbud från Röke Buss AB avseende paket 2, 3 och 4. Därefter ansökte Taxi 52 000 om överprövning av upphandlingen och yrkade att anbudet från Röke Buss AB skulle förkastas. Förvaltningsrätten avslog ansökan genom dom den 7 juni 2010 (mål nr 7419-10E). Efter överklagande av Taxi 52 000 förordnade Kammarätten i Göteborg genom dom den 26 augusti 2010, med ändring av förvaltningsrättens dom, att upphandlingen avseende paket, 2, 3 och 4 inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering skulle genomföras varvid Röke Buss AB:s anbud inte fick utvärderas (mål nr 2712-10). Kommunen har därefter i enlighet med kammarrättens dom genomfört en ny utvärdering och genom tilldelningsbeslut den 3 september 2010 beslutat att anta anbud från Taxi 52 000 avseende paket 2 och 3 samt anta anbud från Taxi Bosse avseende paket 4.

Röke Buss AB, nedan bolaget, har ansökt om överprövning av upphandlingen och i första hand yrkat att upphandlingen ska rättas på så vis att utvärderingen ska göras om varvid anbudet från Röke Buss AB tas med och att anbudet från Taxi 52 000 och Taxi Bosse diskvalificeras. I andra hand har bolaget yrkat att upphandlingen ska göras om. Bolaget har som grund för sin ansökan anfört följande. Bolaget uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav och borde därför rätteligen ha tagits upp till utvärdering. Vidare uppfyller Taxi 52 000 och Taxi Bosse inte samtliga i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav. Taxi 52 000 uppfyller inte skallkravet på minst rating 40 enligt Credit Safe:s värdering. Enligt kravet är det endast nystartade företag som kan styrka att de uppfyller kravet på annat sätt. Taxi 52 000 är inget nystartat företag och den bifogade bankgaran-

tin medför därför inte att skullkravet är uppfyllt. En rättelse avseende punkten publicerades i OPIC den 18 mars 2010 enligt följande. *Anbudsgivare ska ha en god och stabil ekonomi. För att styrka detta ska anbudsgivare ha minst rating 40 enligt Credit Safe:s värdering. Nystartade eller företag kan styrka att de uppfyller kraven på en god och stabil ekonomi på annat sätt genom intyg från bank eller liknande, t.ex. intyg om bankgaranti med fullgörandegaranti.* När det gäller den korrigerings som gjorts är denna mycket svårförstålig och otydlig i det avseendet att det inte framgår vilka kravet omfattar och den brister därför när det gäller förutsebarhet och transparens. En ändring av ett skull-krav så kort tid innan anbudslämnande medför att förutsättningarna ändras. Korrigeringen utgör en väsentlig förändring som inte är tillåten och strider mot principen om likabehandling. Vidare uppfyller Taxi 52 000 enligt uppgifter från bokslutsår 2009 inte de krav som ställs avseende tillstånd enligt yrkestrafiklagen och kan därför inte anses uppfylla det ställda kravet avseende god och stabil ekonomi. När det gäller Taxi Bosse så har inte något svar på de uppräknade omständigheterna i punkt 3.1.B i förfrågningsunderlaget lämnats vilket var ett krav. Anbuden från de båda företagen ska därför diskvalificeras. Förfrågningsunderlaget är vidare otydligt när det gäller ställda krav på taxifordon. Den uppställda anvisningen att det krävs taxifordon till de nu aktuella paketen anger inte specificerat vad taxifordon innebär och det lämnas inte någon närmare beskrivning av vad som avsetts med uttrycket taxifordon. Bolaget har därför inte på förhand haft möjlighet att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid upphandlingen och bolaget har därmed varit förhindrat att lämna ett så ändamålsenligt anbud som möjligt. Då upphandlingen därmed är behäftad med betydande brister avseende förutsebarhet och transparens ska den göras om. Vidare är kravet på registrerad taxiverksamhet oproportionerligt. Det uppställda kravet på att taxifordon från registrerad taxiverksamhet ska användas är alltför långtgående och står inte i proportion till det behov som ska täckas. Det är fullt möjligt att utföra tjänsten att köra skolskjutstrafik med fordon av taxikaraktär såsom mindre

bussar utan att vara registrerad för taxiverksamhet och det finns således inte något skäl för ett sådant krav. Kravet står i strid mot principerna om likabehandling och proportionalitet och upphandlingen ska därför göras om. Till följd av att kommunen genomfört upphandlingen i strid med LOU har bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Örkelljunga kommun har yrkat att förvaltningsrätten ska avvisa bolagets yrkanden. Kommunen har anfört följande. Bolaget hävdar att Taxi Bosse inte lämnat något svar på punkt 3.1B i förfrågningsunderlaget. Taxi Bosse har bifogat ett registreringsbevis där det tydligt framgår att företaget är svenskt. När det gäller kravet på ekonomisk och finansiell ställning är korrigering av detta krav gjort 19 dagar före sista dagen att lämna anbud. Korrigeringen annonserades på både OPIC och Kommers annons. Syftet med korrigeringen var att förtydliga avseende vem och hur kreditvärdigheten alternativt skulle styrkas, d.v.s. i den mån kreditvärdighet 40 enligt Credit-safe inte kunde visas.

Förvaltningsrätten har genom interimistiskt beslut den 10 september 2010 förordnat att Örkelljunga kommun inte får avsluta den påbörjade upphandlingen till dess annat beslutas.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

2010-10-17

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ 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. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om en ansökan om ingripande enligt LOU från den tidigare, genom lagakraftvunnen dom, uteslutna leverantören, Röke Buss AB, kan prövas i sak. Förvaltningsrätten kan därvid konstatera att Kammarrätten i Göteborg i beslut den 2 oktober 2009 (mål nr 3872-09 och nr 3873-09) har funnit att en anbudsgivare som uteslutits genom lagakraftvunnen dom inte har rätt att ansöka om åtgärder avseende senare beslut i upphandlingsförfarandet. Samma kammarrätt har emellertid i beslut den 27 april 2009 (mål nr 1741-10) samt i beslut den 9 februari 2010 (mål nr 7605-09) kommit till motsatt utgång. Kammarrätten har därvid anfört att ett nytt förfarande inletts genom att den upphandlande myndigheten rättat upphandlingen på så sätt som förvaltningsdomstol föreskrivit och 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. Vilken ordning som bör gälla i detta avseende skulle i och för sig kunna diskuteras. Med möjlighet till ny prövning kan samma fråga komma att prövas av en och samma domstol vid olika tillfällen. Detta innebär också att frågan kan avgöras genom skilda och sinsemellan motstridiga utgångar, vilket också har förekommit. Det kan också ifrågasättas om en ordning med möjligheter till sådana återkommande prövningar är ändamålsenlig för ett effektivt upphandlingsförfarande. Även med beaktande av detta finner förvaltningsrätten emellertid inte an-

2010 -10- 1 1

ledning att avvika från den ståndpunkt som kammarrätten redovisat senast i beslutet den 9 februari 2010. Röke Buss AB:s ansökan i nu föreliggande mål ska således prövas i sak.

När det gäller vad bolaget anfört om att dess anbud ska tas upp till utvärdering kan förvaltningsrätten konstatera att Kammarrätten i Göteborg i domen den 26 augusti 2010 (mål nr 2712-10) funnit att bolaget inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda krav och att dess anbud därför inte ska utvärderas. Förvaltningsrätten finner inte förutsättningar föreligga för att i förevarande mål göra annan bedömning.

När det härefter gäller de krav som ställs i förfrågningsunderlaget på finansiell och ekonomisk ställning kan förvaltningsrätten konstatera att kommunen korrigerat kravet i den del som gäller att en anbudsgivare som inte kan visa minst rating 40 enligt Credit Safes värdering kan styrka detta på annat sätt genom intyg från bank eller liknande. Även om den aktuella korrigeringen ”nystartade företag eller företag” i viss mån får anses vara otydlig så framgår det dock med tillräcklig klarhet att möjligheten att styrka kravet på annat sätt även gäller andra företag än nystartade. Enligt förvaltningsrätten kan korrigeringen inte anses vara en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget och inte heller kan rätten finna att kommunens förfarande när det gäller annonsering eller tid för annonsering av korrigeringen utgör skäl för ingripande. Då Taxi 52 000 till sitt anbud bifogat en bankgaranti får det enligt förvaltningsrättens mening anses uppfylla aktuellt krav. Inte heller utgör vad bolaget i övrigt anfört skäl för att utesluta Taxi 52 000:s anbud från utvärderingen.

Bolaget har vidare anfört att Taxi Bosses anbud ska diskvalificeras då något svar inte lämnats under punkten 3.1.B. som gäller uteslutningsgrunderna i 10 kap. 2 § LOU. Av förfrågningsunderlaget framgår visserligen att anbudet bör följa underlagets struktur och att det finns ett antal rutor som

2010 -10- 1 9

anbudsgivaren ska fylla i alternativt hänvisa till bilagor där informationen finns. När det gäller den aktuella punkten kan det emellertid inte anses framgå att något svar eller någon bilagehänvisning behöver göras för ett svenskt företag. Den omständigheten att Taxi Bosse inte fyllt i aktuell svarsruta kan därför inte anses utgöra en sådan brist att det finns skäl att endast på den grunden utesluta Taxi Bosse från utvärderingen.

Bolaget har även anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt när det gäller ställda krav på taxifordon. Förvaltningsrätten kan härvid konstatera att kammarrätten i sin dom den 26 augusti 2010 i mål 2712-10 uttalat att någon närmare beskrivning av vad som avsetts med uttrycket taxifordon visserligen inte lämnas i förfrågningsunderlaget men att det av underlagets utformning i övrigt finns fog för uppfattningen att det framgår att de aktuella paketen ska utföras genom taxiverksamhet. Även i detta fall finner förvaltningsrätten inte förutsättningar föreligga för annan bedömning än den som kammarrätten sålunda redovisat. Då bolaget i nu föreliggande mål inte har förmått visa att förfrågningsunderlaget i denna del brister i förutsebarhet och transparens föreligger inte skäl för ingripande på angiven grund. Inte heller kan förvaltningsrätten finna att det aktuella kravet på taxiverksamhet är oproportionerligt.

Sammantaget har bolaget enligt förvaltningsrättens mening inte förmått visa att kommunen på de grunder som anförts i målet brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sätt som medfört skada för bolaget. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte.

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



Jan Bratt

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.