



| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011 -10- 2 4 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

KLAGANDE

Seyntex N.V.

Ombud: Advokat Magnus Jonson
Sandart&Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk

Ombud: Advokat Olof Hallberg och jur.kand. Mikael Engström
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms beslut den 11 april 2011
i mål nr 6683-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver det överklagade beslutet och visar målet åter till
förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

BAKGRUND

Försvarets materielverk (FMV) har genomfört en upphandling för vilken anbudsinfordran publicerades den 2 juli 2010. Genom tilldelningsbeslut den 15 mars 2011 meddelade FMV att man beslutat att anta ett annat anbud än det som lämnats av Seyntex N.V. (Seyntex). Seyntex anbud ansågs inte uppfylla samtliga skall-krav. Seyntex ansökte hos förvaltningsrätten om överprövning och yrkade att rättelse skulle ske på så sätt att utvärderingen av inkomna anbud skulle göras om, varvid anbudet från Seyntex skulle ingå i utvärderingen. FMV bestred bifall till ansökan och yrkade att ansökan skulle avvisas och målet skrivas av då inget interimistiskt beslut fattats av domstol och bindande kontrakt förelåg mellan FMV och Mehler Vario System GmbH (Mehler). Seyntex justerade därpå sin ansökan och yrkade att förvaltningsrätten skulle överpröva nämnda avtals giltighet och besluta att det var ogiltigt då det ingått i strid med en avtalsspärr enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Förvaltningsrätten skrev av målet från vidare handläggning, se bilaga A.

YRKANDEN M.M.

Seyntex yrkar att kammarrätten ska ogiltigförklara avtalet mellan FMV och Mehler samt besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett genom att anbudsutvärderingen görs om och Seyntex anbud beaktas. I andra hand yrkar Seyntex att kammarrätten ska upphäva det överklagade beslutet och visa målet åter till förvaltningsrätten för prövning i sak.

FMV bestrider bifall till överklagandet.

Seyntex anför i huvudsak följande till grund för sin talan. Enligt det s.k. första rättsmedelsdirektivet¹ ska medlemsstaterna säkerställa att det finns en

¹ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

förlängd avtalsspärr och att avtal som ingås i strid med denna kan förklaras ogiltiga. Dessa grundläggande principer påverkas inte av att direktivet medger vissa undantag. Undantagen är för övrigt inte tillämpliga i den nu aktuella situationen. Direktivet är tillräckligt klart och precist för att ha direkt effekt och det ska tillämpas i målet. Under alla omständigheter har Sverige på ett korrekt sätt, om än för sent, genomfört direktivet genom lag (2010:571). Därefter har det inte i några delar funnits oklarheter om hur direktivet ska införlivas eller vilka regler som gäller. De nya svenska reglerna bör kunna tillämpas på den aktuella upphandlingen trots att övergångsbestämmelserna inte medger det. Sverige kan inte åberopa övergångsbestämmelserna för att ytterligare skjuta upp den försenade genomförandet av direktivet. Som alternativ till direkt effekt ska alltså övergångsbestämmelsen till lag (2010:571) åsidosättas och de nya svenska reglerna om avtalsspärr och ogiltighet tillämpas på upphandlingen.

FMV anför bl.a. följande som grund för sitt bestridande. Direktivets regler om förlängd avtalsspärr och ogiltighet har inte direkt effekt. Bestämmelsen i artikel 2.3 om förlängd avtalsspärr överlåter delvis till medlemsstaterna att bestämma tidsfristens form och innehåll. Regeln kan inte heller ses isolerad från artikel 2a.2 som reglerar när uppskovet tidigast får upphöra. Denna minimiregel ger medlemsstaterna möjlighet att besluta om längre frister och alternativa lösningar om andra kommunikationsmedel än elektroniska används för underrättelser om tilldelningsbeslut. Vidare är förlängd avtalsspärr obligatorisk endast när en avtalsspärr gäller, och artikel 2b medger att medlemsstaterna gör undantag från avtalsspärr i vissa fall. Artikel 2.3 är alltså inte en sådan ovillkorlig, klar och precis bestämmelse som ger upphov till individuella rättigheter som kan göras gällande innan direktivet har genomförts. Inte heller artikel 2d.1b om avtals ogiltighet kan ses isolerad från andra regler i direktivet. Artiklarna 2d.2, 2d.3 och 2e.2 överlämnar i stor utsträckning till medlemsstaterna att bestämma följderna av att ett avtal förklaras ogiltigt och ger även möjlighet att föreskriva om undantag när det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Inledning

Frågan i målet är om avtalet mellan FMV och Mehler ska ogiltigförklaras till följd av rättsmedelsdirektivets nya bestämmelser om avtalsspärr, förlängd avtalsspärr och ogiltighet.

De nya bestämmelserna i nämnda direktiv syftar till att garantera en effektiv rättslig prövning av upphandlingar redan innan den upphandlande myndigheten sluter avtal med någon leverantör. Avtalsspärr innebär att myndigheten inte får ingå avtal förrän en minimiperiod om tio eller i vissa fall 15 dagar har förflutit från det att myndigheten underrättat leverantörerna om tilldelningsbeslutet. Spärren förlängs automatiskt om någon leverantör ansöker om överprövning av upphandlingen. Ett avtal som myndigheten ingår i strid med en avtalsspärr eller förlängd avtalsspärr kan i vissa fall ogiltigförklaras.

Bestämmelserna infördes genom det s.k. ändringsdirektivet² som skulle ha genomförts i medlemsstaterna senast den 20 december 2009. Ändringsdirektivet genomfördes i svensk rätt genom lagen (2010:571) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling samt lagen (2010:572) om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Dessa lagändringar trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelserna till dessa lagar ska äldre bestämmelser – utan regler om förlängd avtalsspärr och ogiltighet – gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

FMV påbörjade sin upphandling efter den 20 december 2009 men före den 15 juli 2010. De nya svenska reglerna om avtalsspärr, förlängd avtalsspärr

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

och ogiltighet i LOU ska därför enligt övergångsbestämmelserna inte tillämpas på upphandlingen i fråga. Seyntex hävdar dock att de aktuella bestämmelserna i rättsmedelsdirektivet har direkt effekt och ska tillämpas på upphandlingen.

Kammarrätten har således att pröva frågan om direkt effekt. I det följande ges först en beskrivning av principen om direkt effekt och av de aktuella bestämmelserna i direktivet, varefter följer kammarrättens bedömning.

Principen om direkt effekt

Med direkt effekt avses att vissa unionsrättsliga bestämmelser kan ge upphov till individuella rättigheter för enskilda som medlemsstaten ska skydda. För att ha direkt effekt ska bestämmelsen vara ägnad att grunda rättigheter för enskilda. Den ska dessutom vara ovillkorlig, klar och precis.

Det första kravet innebär alltså att bestämmelsen ska fastställa rättigheter som enskilda kan göra gällande gentemot staten (se t.ex. mål 8/81, Becker). Den som åberopar bestämmelsen ska således ha ett direkt intresse av dess tillämpning (se Steiner och Woods, *EU Law*, 10 u., 2009, s. 112).

Kravet på ovillkorlighet betyder att bestämmelsen inte ska kräva några kompletterande rättsakter från EU eller medlemsstaterna för att kunna tillämpas (se t.ex. mål 26/62, van Gend & Loos, och mål 41/74, van Duyn).

Kravet på klarhet och precision innebär främst att bestämmelsen inte ska ge medlemsstaterna något utrymme för skönsmässig bedömning med hänsyn till genomförandet. Medlemsstaterna ska alltså inte skönsmässigt kunna avgöra hur bestämmelsen ska genomföras (se t.ex. mål 41/74, van Duyn, och mål C-476/01, Kapper). Vissa tolkningsproblem är dock inget hinder för att en bestämmelse ska anses vara klar och precis.

Följden av att en bestämmelse uppfyller kraven är inte bara att den ska tillämpas av nationella domstolar och myndigheter, utan också att dessa ska åsidosätta nationella regler som strider mot bestämmelsen (se t.ex. mål 148/78, Ratti). Vid en konflikt har unionsrätten således företräde.

Principen om direkt effekt syftar till att unionsrätten ska få effektivt genomslag i medlemsstaternas rättssystem. Medlemsstaternas skyldighet att vara lojala när de fullgör de uppgifter som följer av EU:s olika fördrag följer av EU-fördraget (artikel 4.3 i EU-fördraget).

Det kan nämnas att EU-domstolen har funnit att flera av bestämmelserna i rättsmedelsdirektivet har direkt effekt, det gäller bl.a. vilka upphandlingsbeslut som ska kunna prövas, (se t.ex. mål C-15/04, Koppensteiner). Även Högsta förvaltningsdomstolen har åsidosatt nationella upphandlingsregler när de har ansetts strida mot rättsmedelsdirektivet (se RÅ 1996 ref. 50).

Rättsmedelsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr och förlängd avtalsspärr

I artikel 2a.2 ges den grundläggande bestämmelsen om avtalsspärr. I första stycket anges följande. ”Avtal enligt beslut om tilldelning av ett kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18/EG får inte ingås före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, om telefax eller elektroniska medel används eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av antingen en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.”

Artikel 2b ger möjlighet till undantag från bestämmelsen om avtalsspärr.

I första stycket anges följande. ”Medlemsstaterna får föreskriva att de tidsfrister som avses i artikel 2a.2 inte ska tillämpas i följande fall:

- a) Om direktiv 2004/18/EG inte kräver att ett föregående meddelande om offentlig upphandling ska offentliggöras i Europeiska unionens officiella tidning.
- b) Om den enda berörda anbudsgivaren enligt artikel 2a.2 är den som tilldelas kontraktet och ingen anbudssökande berörs.
- c) När det är fråga om ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal i enlighet med artikel 32 i direktiv 2004/18/EG och när det är fråga om ett särskilt kontrakt som grundar sig på ett dynamiskt inköpssystem i enlighet med artikel 33 i det direktivet.”

Artikel 2.3 handlar om förlängd avtalsspärr och har följande lydelse. ”När ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten, ska pröva ett beslut om tilldelning av kontrakt, ska medlemsstaterna se till att den upphandlande myndigheten inte kan ingå avtalet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i artiklarna 2a.2, 2d.4 och 2d.5.”

Kammarrättens bedömning av bestämmelserna om avtalsspärr och förlängd avtalsspärr

Den första frågan är om bestämmelserna grundar rättigheter för enskilda.

Målen för de nya reglerna i rättsmedelsdirektivet är effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (se skäl 34 i ändringsdirektivet). I kommissionens förslag till ändringsdirektivet, KOM(2006) 195 slutlig, anges bl.a. följande under rubriken ”Förslagets bakgrund” och under rubriken ”Förslagets skäl och mål”. ”Eftersom det dock saknas samordnade regler om tidsfrister för prövning innan ett avtal ingås, finns det i de flesta medlemsstaterna nationella bestämmelser som inte gör det möjligt att i

rimlig tid hindra att man slutför en upphandling där tilldelningen är ifrågasatt. När ett avtal undertecknas blir följden nästan alltid att det ifrågasatta beslutets verkningar blir oåterkalleliga.” ”Syftet med förslaget om ändring av direktiven 89/665/EEG och 92/13/EEG (”prövningsdirektiven”) är att uppmuntra företagen i gemenskapen att lämna anbud i alla EU-länder genom att där så är nödvändigt garantera dem att de har tillgång till effektiva förfaranden för provning om deras intressen har åsidosatts i ett upphandlingsförfarande”.

I förslaget under samma rubrik men underrubriken ”Överensstämmelse med EU:s övriga politiska insatser och mål” hänvisas även till artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, som anger att var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol.

Bestämmelserna om avtalsspärr och förlängd avtalsspärr syftar således till att missnöjda leverantörer ska tillförsäkras en provning av upphandlingen innan avtal hinner slutas. Bestämmelserna grundar därför en rättighet för Seyntex, som har ett direkt intresse av att de tillämpas.

Den andra frågan är om bestämmelserna är ovillkorliga samt klara och precisa.

Artikel 2a ålägger medlemsstaterna att införa bestämmelser som hindrar den upphandlande myndigheten från att ingå avtal under en viss minimiperiod. Artikelns innebörd är enligt kammarrätten klar och precis. Det finns visserligen möjlighet att enligt artikel 2b föreskriva om undantag i vissa situationer men denna möjlighet innebär inte att artikel 2a är beroende av kompletterande bestämmelser för att kunna tillämpas (jfr mål 41/74, van Duyn, där en bestämmelse ansågs ha direkt effekt trots att medlemsstaterna fick införa begränsningar av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa).

Artikel 2.3 kan inte tolkas på annat sätt än att medlemsstaterna ska se till att en ansökan om överprövning av upphandlingen hindrar den upphandlande myndigheten från att ingå avtal innan prövningsorganet har fattat ett slutligt eller ett interimistiskt beslut. Vid genomförandet i Sverige har regeringen varit tydlig i fråga om hur bestämmelsen ska tolkas (se prop. 2009/10:180 framförallt s. 102, 122 och 124). Den andra meningen i artikel 2.3 gör klart att den grundläggande avtalsspärrs utgång måste avvaktas även om prövningsorganet innan dess hinner fatta slutligt eller interimistiskt beslut (se skäl 12 i ändringsdirektivet och Europaparlamentets rapport den 10 maj 2007, A6-0172/2007, s. 22). Bestämmelsen öppnar således inte upp för skön vid genomförandet. Den kräver heller inte kompletterande bestämmelser.

Kammarrätten finner därför att reglerna om avtalsspärr och förlängd avtalsspärr är ovillkorliga, klara och precisa. De ställer tydliga krav på att ett system med avtalsspärr och förlängd avtalsspärr ska införas och anger exakt när spärrtiderna tidigast får löpa ut. De begränsade möjligheter till undantag som finns är väl avgränsade och förhindrar inte en tillämpning av huvudreglerna. Bestämmelserna har därför direkt effekt och ska tillämpas i målet.

Rättsmedelsdirektivets bestämmelser om ogiltighet

I fråga om ogiltighet föreskriver artikel 2d.1 följande. "Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

a)...

b) när det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 i detta direktiv, om denna överträdelse har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före ingåendet av avtalet, i kombination med en överträdelse av direktiv 2004/18/EG, om den överträdelsen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet, ..."

Artikel 2d.2 har följande lydelse. ”Följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning.

I nationell lagstiftning får det därför föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. I det senare fallet ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra sanktioner enligt artikel 2e.2.”

Artikel 2d.3 ger möjlighet till undantag från bestämmelsen om ogiltighet. I första stycket anges följande. ”Medlemsstaterna får föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på olagligt sätt av de skäl som anges i punkt 1, om prövningsorganet finner, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, att tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I detta fall ska medlemsstaterna föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2 som ska tillämpas i stället.”

Kammarrättens bedömning av bestämmelserna om ogiltighet

Den första frågan är om bestämmelserna grundar rättigheter för enskilda.

Genom bestämmelserna om ogiltigförklaring kan missnöjda leverantörer i förlängningen få en felaktig upphandling rättad eller omgjord i stället för att hänvisas till en talan om skadestånd. En leverantör som Seyntex får därmed anses ha ett direkt intresse av bestämmelsernas tillämpning och de måste enligt kammarrättens mening betraktas som ägnade att grunda rättigheter för enskilda.

Den andra frågan är om bestämmelserna är ovillkorliga, klara och precisa.

Kammarrätten konstaterar att artikel 2d.1b innehåller tydliga krav på att ett avtal som har ingåtts i strid med en avtalsspärr eller en förlängd avtalsspärr

under vissa förhållanden ska kunna ogiltigförklaras. Artikelns innebörd är enligt kammarrättens mening klar och precis.

Frågan är då om artikel 2d.2, som överlåter till medlemsstaterna att bestämma följderna av ogiltighet, medför att artikel 2d.1b ska betraktas som villkorlig. Som angetts får i nationell rätt föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. För det fall det senare alternativet väljs ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra sanktioner.

I mål C-15/04, Koppensteiner, bedömde EU-domstolen att de dåvarande reglerna i artiklarna 1.1 och 2.1b i rättsmedelsdirektivet fordrade att den upphandlande myndighetens beslut att återkalla en anbudsinfordran för en offentlig upphandling skulle kunna utgöra föremål för ett prövningsförfarande och, i förekommande fall, upphävas. Bestämmelserna ansågs ha direkt effekt trots att artikel 2.6 angav att verkan av ett sådant upphävande på ett redan slutet avtal om upphandling skulle regleras i nationell lag.

Med beaktande bl.a. av vad som uttalades i nämnda rättsfall finner kammarrätten att det förhållandet att det lämnats åt medlemsstaterna att bestämma följderna av ogiltighet, dvs. om ogiltigheten ska träffa alla avtalsskyldigheter eller om en begränsning ska ske till ännu ej fullgjorda prestationer, inte medför att nationella bestämmelser är en förutsättning för att direktivets bestämmelse om ogiltighet ska kunna tillämpas. Även med beaktande av artikel 2d.2 kan artikel 2d.1b därför inte anses villkorlig utan ska ses som ovillkorlig.

Vidare anser kammarrätten att möjligheten för medlemsstaterna att enligt artikel 2d.3 bestämma om undantag från ogiltighet i fall av tvingande hänsyn till ett allmänintresse inte medför att artikel 2d.1b kräver kompletterande bestämmelser för att kunna tillämpas. Inte heller på denna

grund kan således bestämmelserna om ogiltighet betraktas som villkorliga utan måste anses vara ovillkorliga.

Kammarrätten noterar att dessa slutsatser, nämligen att bestämmelserna om ogiltighet grundar en rättighet för Seyntex och att bestämmelserna är ovillkorliga, klara och precisa, vinner stöd i generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-348/10 (föredraget den 7 juli 2011). Målet, som grundas på en begäran om förhandsavgörande från en domstol i Lettland, gäller bl.a. frågan om artikel 2d.1b i ändringsdirektivet var direkt tillämplig i Lettland sedan den 21 december 2009. Införlivande av ändringsdirektivet i lettisk rätt skedde den 15 juni 2010. Generaladvokaten har i sitt yttrande till domstolen anfört att artikel 2d.1b i dess lydelse enligt ändringsdirektivet kan vara direkt tillämplig fr.o.m. den 21 december 2009, under förutsättning att det finns en domstol som är behörig att pröva en sådan talan som avses i nämnda direktiv, vilket är en fråga för den nationella domstolen. Generaladvokaten yttrade bl.a. att i bestämmelserna i artikel 2d.1b fastställs med perfekt precision under vilka villkor ett oberoende prövningsorgan ska ogiltigförklara ett kontrakt (p. 73 i generaladvokatens förslag till avgörande).

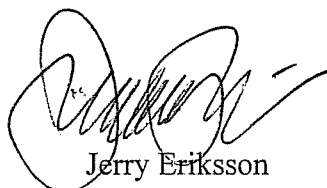
Kammarrätten konstaterar att det i svensk rätt får anses ha framstått som i det närmaste klart att talan om ogiltighet skulle föras i allmän förvaltningsdomstol, varför förutsättningarna att det måste finnas en domstol som är behörig att pröva talan om ogiltighet också är uppfylld (jfr prop. 2009/10:180, s. 135 f och RÅ 2005 ref. 62). Ändringsdirektivets bestämmelser om ogiltighet har därför enligt kammarrättens mening direkt effekt och ska tillämpas på upphandlingen i fråga.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten således att såväl bestämmelserna om avtalsspärr, förlängd avtalsspärr som ogiltighet har direkt effekt och ska tillämpas i målet då de har åberopats av Seyntex. Svenska myndigheter kan


inte gentemot Seyntex åberopa Sveriges underlåtenhet att i rätt tid genomföra dessa helt centrala ändringar i rättsmedelsdirektivet.

Det står klart att FMV brutit mot direktivets bestämmelser om avtalsspärr och förlängd avtalsspärr genom att ingå avtal med Mehler trots att Seyntex hade begärt överprövning i förvaltningsrätten. Det har däremot inte prövats om övriga villkor för ogiltighet, som framgår av artikel 2d.1b, är uppfyllda. Med hänsyn till instansordningsprincipen bör denna prövning ske i förvaltningsrätten som första instans. Det överklagade beslutet ska således upphävas och målet visas åter för fortsatt handläggning.

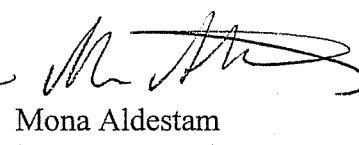
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



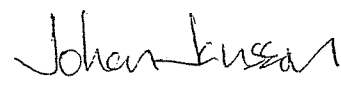
Jerry Eriksson
lagman



Maria Ringvall
kammarrättsråd
referent



Mona Aldestam
kammarrättsråd



Johan Jansson
kammarrättsfiskal



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

BESLUT
2011-04-11
Meddelat i Stockholm

Mål nr
6683-11
Enhet 15

SÖKANDE

Seyntex N.V
Seyntexlaan 1
B-8700 Tielt, Belgien

Ombud: Advokat Magnus Jonson
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

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

BESLUT

Förvaltningsrätten avskriver målet från vidare handläggning.

Dok.Id 120003

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) har genomfört en upphandling av Personal Ballistic Protection Equipment System, dnr 357557-AI810463 (upphandlingen). Anbudsinfordran publicerades den 2 juli 2010. Av tilldelningsbeslutet från FMV den 15 mars 2011 framgår att FMV beslutat att anta annat bolag än Seyntex N.V.(Seyntex) samt att Seyntexs anbud inte ansågs uppfylla samtliga skall-krav.

Seyntex har hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning och yrkar inledningsvis att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av inkomna anbud ska göras om varvid Seyntex anbud ska ingå i utvärderingen. Seyntex har därefter anfört att det i första hand yrkar att förvaltningsrätten beslutar att avtalet som slutits mellan FMV och Mehler Vario System GMBH är ogiltigt. Som grund anför Seyntex att avtalet är ogiltigt då det ingåtts i strid med avtalsspärren samt att bolagets anbud uppfyller samtliga skall-krav samt att Seyntex, genom att anbudet inte beaktats vid utvärderingen, har lidit, eller i vart fall riskerar att lida, skada.

Till stöd för sin talan anför Seyntex i korthet följande. I tilldelningsbeslutet anges att Seyntex inte uppfyller ett av skall-kraven. Seyntex menar emellertid att det inte finns något sådant skall-krav.

FMV har yttrat sig i målet och yrkar att Seyntexs ansökan avvisas och att ärendet avskrivs. FMV har anfört följande. FMV konstaterar att interimistiskt beslut inte föreligger. Mot bakgrund härav kan fastställas att bindande kontrakt föreligger mellan FMV och Mehler Vario System GMBH.

FMV har till förvaltningsrätten inkommit med ett undertecknat dokument benämnt beställningserkännande/order acknowledgement.

Seyntex har vidare inkommit med ytterligare yttranden vari det bl.a. anför följande. Av bestämmelserna i direktiv 2007/66/EG (Rättsmedelsdirektivet) framgår att en så kallad förlängd avtalsspärr gäller om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts. Den förlängda avtalsspärren innebär att den upphandlande enheten inte får ingå något avtal. Artikel 2.3 är en ovillkorlig, tydlig och precis bestämmelse om att en förlängd avtalsspärr ska gälla till dess att prövningsorganet har fattat ett beslut. Vidare stadgas i rättsmedelsdirektivet att ett avtal som ingås i strid med avtalsspärren ska förklaras ogiltigt, artikel 2d 1b. Bestämmelsen är ovillkorlig, tydlig och precis. Den föreskriver att domstolen ska förklara ett avtal ogiltigt när det ingåtts i strid med den förlängda avtalsspärren om överträdelsen har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövningen möjlighet att rikta anspråk före ingåendet av avtalet om det skett i kombination med en överträdelse av 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, om den överträdelsen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansökt om prövning att erhålla kontraktet. Det aktuella avtalet har ingåtts i strid med den förlängda avtalsspärren och det har skett i kombination med en överträdelse av LOU på grunden att FMV felaktigt ansett att Seyntex inte uppfyller samtliga skalkrav, och det har påverkat Seyntex möjligheter att erhålla kontrakt. Dessa bestämmelser har korrekt implementerats i 16 kap. LOU genom lag 2010:571. Enligt övergångsbestämmelserna till nämnda lag gäller emellertid äldre regler för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Den nu aktuella upphandlingen påbörjades strax före ikraftträdandet den 15 juli 2010. Rättsmedelsdirektivet skulle emellertid ha varit implementerat senast den 20 december 2009. Det innebär att Rättsmedelsdirektivet har direkt effekt från nämnda datum och att reglerna i direktivet ska tillämpas oberoende av om de implementerats eller inte. Sammanfattningsvis föreligger förutsättningar och skyldighet att direkt tillämpa bestämmelserna i Rättsmedelsdirektivet i målet. Detta medför att avtalet i fråga ska förklaras ogiltigt och att Seyntex ansökan om överprövning ska prövas i sak.

SKÄL FÖR BESLUTET

Till att börja med måste förvaltningsrätten ta ställning till vilka bestämmelser som är tillämpliga i målet.

I 16 kap. 9 § LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010 anges att om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Enligt övergångsbestämmelserna ska dock att äldre bestämmelser gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt handlingar i målet skickades anbudsinfordran ut den 2 juli 2010 och de äldre reglerna ska därmed gälla för upphandlingen. Seyntex har dock hävdats att rättsmedelsdirektivet, med hänvisning till det s.k. ändringsdirektivet, har haft direkt effekt och att de nya reglerna därmed börjat gälla redan den 20 december 2009 då direktivet senast skulle ha varit implementerat.

Med direkt effekt avses att en EU-rättslig bestämmelse kan ge upphov till individuella rättigheter och skyldigheter som kan göras gällande av enskilda inför nationella domstolar och myndigheter. För att en bestämmelse ska ha direkt effekt krävs i princip att den är ovillkorlig, dvs. att den kan tillämpas utan att några kompletterande åtgärder behöver vidtas eller kompletterande regler utfärdas av vare sig EU eller en medlemsstat, att eventuella övergångsperioder gått till ända samt att regelns innebörd är klar och precis, dvs. regelns tillämpning får inte vara beroende av en lämplighetsbedömning. Även delar av en bestämmelse kan ha direkt effekt. Av EG-domstolens avgörande i mål 148/78, *Publico Ministero mot Ratti*, följer att en medlemsstat som underlåtit att i rätt tid implementera ett direktiv inte kan hänvisa till sin egen försummelse som skäl för att en enskild inte ska kunna åberopa gällande rättigheter i direktivet. Tidsfristen för genomförandet av ett

direktiv är därför i princip avgörande för om en bestämmelse i direktivet kan anses ha direkt effekt.

Seyntex har anfört att det av ändringsdirektivet framgår att en så kallad förlängd avtalsspärr ska gälla om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts samt att direktivet har direkt effekt. I Artikel 2.3 i direktivet anges följande.

När ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten, ska pröva ett beslut om tilldelning av kontrakt, ska medlemsstaterna se till att den upphandlande myndigheten inte kan ingå avtalet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i artiklarna 2a.2, 2d.4 och 2d.5.

I direktivets beaktandesats 12 anges följande.

Om en ansökan om prövning lämnas in strax innan den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås löper ut, bör detta inte få till följd att det behöriga prövningsorganet berövas den tid som är nödvändig för att agera, särskilt för att förlänga den period under vilken avtal inte får ingås. Därför är det nödvändigt att det fastställs en oberoende minimiperiod som inte bör löpa ut förrän prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökningen. Detta bör inte hindra prövningsorganet från att göra en förhandsbedömning av om prövningen som sådan kan tas upp. Medlemsstaterna får föreskriva att denna period ska löpa ut antingen när prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökningen om provisoriska åtgärder, inbegripet ytterligare förlängning av perioden under vilken avtal inte får ingås, eller när prövningsorganet har fattat ett beslut i sak, särskilt avseende en ansökan om åsidosättande av ett olagligt beslut.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning framgår inte, på ett klar och precis sätt, en sådan ovillkorlig regel om förlängd avtalsspärr medförande en sådan rättighet eller skyldighet som innebär att direktivet i denna del kan ges direkt effekt och således tillämplighet i tid före införande i svensk lag. Detta bland

annat då direktivet i denna del innehåller valfrihet för medlemsländerna att lösa tidsfristens uppbyggnad på olika sätt vid en implementering i nationell lagstiftning.

Det är således 16 kap. 1 § tredje stycket LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010 som är tillämplig i målet. Enligt nämnda paragraf får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § LOU till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphäver det beslutet.

Med hänsyn till att kontrakt föreligger och då tiodagarsfristen har löpt ut, utan att något interimistiskt beslut har fattats, kan förvaltningsrätten inte pröva Seyntexs ansökan om överprövning. Målet ska därför avskrivas från vidare handläggning.

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

Susanne Bagge
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Gunilla Renbjer.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU

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.

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