

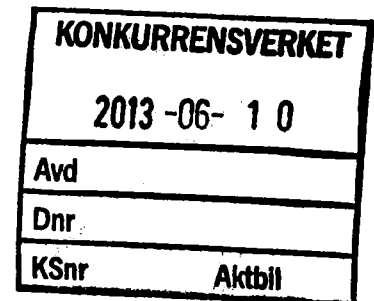
HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
6202-6211-12

meddelad i Stockholm den 7 juni 2013

KLAGANDE

1. Alvesta kommun
2. Lessebo kommun
3. Ljungby kommun
4. Markaryds kommun
5. Regionförbundet Södra Småland
6. Tingsryds kommun
7. Uppvidinge kommun
8. Växjö kommun
9. Växjö kyrkliga samfällighet
10. Älmhults kommun



Ombud: David Braic
c/o Växjö kommun
Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

MOTPART

Kinnarps AB, 556256-6736

Ombud: Advokaterna Pernilla Larsson och Thomas Svedberg samt
jur. kand. Björn Lind
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Jönköpings dom den 24 oktober 2012 i mål nr 2742-2751-12,
se bilaga

SAKEN

Offentlig upphandling

Dok.Id 133164

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

BAKGRUND

Alvesta kommun m.fl. genomförde en upphandling av möbler m.m. och antog ett anbud från Kinnarps AB (Kinnarps). En leverantör ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten i Växjö beslutade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering skulle göras varvid Kinnarps anbud inte skulle beaktas. Kinnarps överklagade beslutet hos Kammarrätten i Jönköping, som avslog överklagandet. Kammarrättens dom vann laga kraft. En ny utvärdering gjordes i enlighet med vad som förordnats och ett nytt tilldelningsbeslut fattades. Kinnarps ansökte om överprövning hos förvaltningsrätten, som avvisade ansökningen med hänvisning till att den fråga ansökningen avsåg hade avgjorts genom kammarrättens dom. Kinnarps överklagade förvaltningsrättens beslut hos kammarrätten, som i det nu överklagade avgörandet återförvisade målen till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

YRKANDEN M.M.

Alvesta kommun, Lessebo kommun, Ljungby kommun, Markaryds kommun, Regionförbundet Södra Småland, Tingsryds kommun, Uppvidinge kommun, Växjö kommun, Växjö kyrkliga samfällighet och Älmhults kommun yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av kammarrättens dom, fastställer förvaltningsrättens beslut att avvisa Kinnarps ansökan om överprövning. De anför bl.a. följande.

Kinnarps är inte är att betrakta som anbudslämnare eftersom kammarrättens lagakraftvunna dom innebar att upphandlingen skulle rättas på så sätt att man skulle bortse från Kinnarps anbud. I analogi med Högsta förvaltningsdomstolens praxis måste ett anbud ha avgetts för att en anbudsgivare ska anses vara taleberättigad.

Kammarrättsdomen har dessutom negativ rättskraft mot Kinnarps i enlighet med den praxis som ger vid handen att avgöranden i upphandlingsmål vinner negativ rättskraft (jfr RÅ 2009 ref. 69). Processen i upphandlingsmål uppvisar stora likheter med civilprocessen. En jämförelse kan analogivis göras med socialförsäkringsmål (t.ex. RÅ 2002 ref. 61). Det har stått Kinnarps fritt att anföra argument rörande brister i såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingen i den förra processen. Utifrån den synnerligen omfattande skriftväxling som har förts i målen framgår att Kinnarps har yttrat sig kring samtliga relevanta omständigheter.

Kinnarps bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Rätten att ansöka om överprövning tillkommer enligt 16 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) alla leverantörer som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, dvs. även anbudsgivare som har lämnat anbud som förkastats och leverantörer som av någon anledning valt att inte lämna anbud alls. Påståendet om att ett anbud måste ha lämnats för att en leverantör ska ha rätt att överklaga är felaktigt. Något sådant krav finns varken i lag eller i praxis.

Den förra processen avsåg brister i Kinnarps anbud och om dessa brister orsakats av otydligheter i förfrågningsunderlaget. Varje tilldelningsbeslut under en upphandling innebär ett nytt ställningstagande som kan bli föremål för överprövning enligt LOU. Det är i detta fall fråga om en ny sökande som har framställt helt andra yrkanden och grunder än vad som prövades i den förra överprövningen.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt reglerna om överprövning i 16 kap. LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada ansöka om överprövning i en framställning hos allmän förvaltningsdomstol oavsett om sökanden lämnat ett anbud eller inte i upphandlingen. Frågan om Kinnarps ska anses ha lämnat ett anbud saknar alltså betydelse för bolagets möjlighet att ansöka om överprövning.

Det målen gäller är om en förvaltningsdomstols lagakraftvunna avgörande beträffande en offentlig upphandling utgör hinder för prövning av en senare ansökan om överprövning av upphandlingen.

Det finns inga bestämmelser i LOU eller i unionsrätten som reglerar denna fråga. Det innebär att förvaltningsprocesslagen och allmänna förvaltningsrättsliga principer ska tillämpas. En sådan allmän princip är att ett beslut där en ansökan avslås inte vinner rättskraft i den meningen att det hindrar en ny prövning (RÅ 2005 ref. 16). De avsteg som i praxis har gjorts från denna princip har grundats på de särskilda förhållanden eller regler som gällt för det slags mål som det varit fråga om (se t.ex. RÅ 1993 ref. 76 och RÅ 2002 ref. 61).

Något som kan sägas tala för att en förvaltningsdomstols avgörande i upphandlingsmål bör vinna negativ rättskraft är att sådana mål ansetts i princip gälla ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare (RÅ 2009 ref. 69). Samtidigt följer av EU-domstolens praxis att alla beslut eller viljeyttringar från en upphandlande myndighets sida ska kunna bli föremål för överprövning under förutsättning att de har någon faktisk verkan (se bl.a. RÅ 2005 ref. 62 och där anmärkta rättsfall). Detta gäller beslut om att inleda – eller att inte inleda – en upphandling, beslut som fattas under förfarandet, tilldelningsbeslut liksom beslut om att avbryta ett upphandlingsförfarande. Överprövningen tar vidare inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (HFD 2013 ref. 5).

Mot den nu angivna bakgrunden finner Högsta förvaltningsdomstolen, i likhet med kammarrätten, att regleringen av upphandlingsförfarandet förutsätter att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar. Det finns alltså inte skäl att beträffande upphandlingsmål avvika från den angivna allmänna principen. En förvaltningsdomstols avgörande i ett upphandlingsmål ska således anses inte vinna negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen.

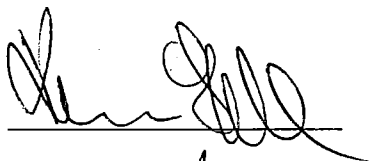
Överklagandet ska därför avslås.



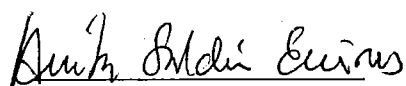
Handwritten signature of Henrik Jermsten, underlined.



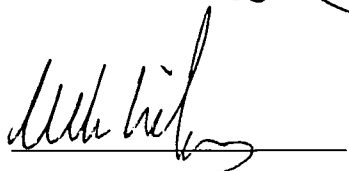
Handwritten signature of Eskil Nord, underlined.



Handwritten signature of Kristina Ståhl, underlined.



Handwritten signature of Anita Saldén Enérus, underlined.



Handwritten signature of Christer Silfverberg, underlined.

I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Eskil Nord, Kristina Ståhl, Anita Saldén Enérus och Christer Silfverberg.

Målet har föredragits av justitiesekreteraren Martin Krafft.



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 2

DOM

2012-10-24

Meddelad i Jönköping

KLAGANDE

Kinnarps AB, 556256-6736
521 88 Kinnarp

Ombud: Jur.kand. Björn Lind och jur.kand. Pernilla Larsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

MOTPARTER

1. Alvesta kommun
342 80 Alvesta

2. Lessebo kommun
Box 13
360 50 Lessebo

3. Ljungby kommun
341 83 Ljungby

4. Markaryds kommun
Box 74
285 22 Markaryd

5. Regionförbundet Södra Småland
351 96 Växjö

6. Tingsryds kommun
Box 88
362 22 Tingsryd

7. Uppvidinge kommun
Box 59
360 70 Åseda

8. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

9. Växjö kyrkliga samfällighet
Box 307
351 05 Växjö

Klaganden/ombudet

Motparten/ombudet

Försäkringskassan

Förvaltningsrätten

Socialstyrelsen

För kännedom

För åtgärd

För delgivning

Dok.id 130382

Postadress

Box 2203

550 02 Jönköping

Besöksadress

Slottsgatan 5

Telefon

036-15 68 00 (vx)

E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se

www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax

036-16 19 68

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:00

10. Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

Ombud för 1–10: David Braic
Växjö kommuns upphandlingsenhet
Box 1222
351 12 Växjö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö's beslut den 23 augusti 2012 i mål nr
2541–2550-12, se bilaga A

SAKEN

Avvisad talan i mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om
offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens beslut och visar målen åter till
förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

BAKGRUND

Alvesta kommun, Lessebo kommun, Ljungby kommun, Markaryds kommun, Regionförbundet Södra Småland, Tingsryds kommun, Uppvidinge kommun, Växjö kommun, Växjö kyrkliga samfällighet och Älmhults kommun (upphandlande myndigheterna) genomförde en upphandling av möbler och inredning inom sex olika anbudsområden. De olika anbudsområdena bestod – såvitt här är av intresse – av kontors- och konferensmöbler (anbudsområde A), möbler till skola och förskola (anbudsområde B), hemmiljömöbler (anbudsområde C) samt miljömöbler (anbudsområde D). Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud kunde lämnas på ett eller flera anbudsområden och att utvärdering skedde per anbudsområde. Enligt tilldelningsbeslut den 5 september 2011 antogs anbud från Kinnarps AB såvitt gällde anbudsområdena A–D.

Ansökan om överprövning av upphandlingen i nämnda delar ingavs av Input Interiör KC Aktiebolag (Input Interiör) och två andra anbudsgivare (de senare endast beträffande anbudsområdena A respektive B). Input Interiör yrkade att rättelse skulle ske på så sätt att ny utvärdering skulle göras varvid bl.a. Kinnarps AB:s anbud skulle förkastas. Input Interiör yrkade även därutöver i första hand att ytterligare anbudsgivare skulle uteslutas från utvärderingen (anbudsområdena A och B) och i andra hand att upphandlingen skulle göras om (anbudsområdena A–D).

Som grund för ansökningarna anfördes såvitt gällde Kinnarps AB:s anbud att dessa dels inte uppfyllde i förfrågningsunderlagets ställda krav i fråga om vissa offererade möbler och inredningsprodukter (anbudsområdena A–C), dels inte uppfyllde kravet på att prislista ska finnas tillgänglig på anbudsgivarens webbshop (anbudsområdena B–D). Som grund för Input Interiörs ansökan beträffande andra anbudsgivares anbud åberopades dels brister i offererade möblers och inredningsprodukters överensstämmelse med förfrågningsunderlagets krav, dels att en anbudsgivare i strid med

förfrågningsunderlaget inte hade lämnat någon lista över generella rabattsatser (anbudsområde A).

Kinnarps AB fick som vinnande leverantör möjlighet att yttra sig i förvaltningsrätten. Kinnarps AB ansåg att ansökningarna skulle avslås och yrkade i andra hand att upphandlingen skulle göras om.

Förvaltningsrätten i Växjö beslutade i dom den 26 januari 2012, mål nr 3016–3023-11, 3041-11, 3043-11, 3785-11, 3786-11 och 4496–4513-11, bl.a. att upphandlingen avseende anbudsområde A, C och D fick avslutas först sedan rättelse skett genom en ny utvärdering varvid Kinnarps AB:s anbud inte skulle beaktas. Förvaltningsrätten motiverade beslutet med att upphandlande myndigheterna hade brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att Kinnarps AB:s anbud utvärderades trots att det inte uppfyllde alla obligatoriska krav såvitt gällde storlek och utformning hos vissa efterfrågade produkter (arbetsstol, hörnsoffa, bord och fåtölj). Förvaltningsrätten avslag bl.a. Input Interiörs ansökan såvitt avsåg anbudsområde B. Förvaltningsrätten avvisade vidare Kinnarps AB:s yrkande om att upphandlingen avseende anbudsområdena A, C och D skulle göras om med motiveringen att Kinnarps AB inte hade talerätt i den processen.

Input Interiör överklagade förvaltningsrättens dom såvitt gällde anbudsområdena A och B och yrkade att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, skulle besluta om rättelse i form av ny utvärdering med uteslutande av anbuden från Kinnarps AB och ytterligare anbudsgivare. Input Interiör anförde till stöd för sin talan – såvitt här är av intresse – att anbudsgivarna i strid mot uppställda obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget angett olika bruttopriser i nettoprislistan jämfört med senast allmängiltiga prislista.

Kinnarps AB överklagade förvaltningsrättens dom såvitt gällde anbudsområdena A, C och D samt yrkade i första hand att upphandlingen skulle få av-

slutas i enlighet med upphandlande myndigheternas tilldelningsbeslut och i andra hand att upphandlingen skulle göras om. Till stöd för sin talan anförde Kinnarps AB i första hand i huvudsak att dess i anbuden offererade – i målen aktuella – produkter fick anses likvärdiga med de i förfrågningsunderlaget efterfrågade produkterna och i andra hand att förfrågningsunderlaget i de aktuella delarna varit så otydligt att upphandlingen borde göras om.

Kammarrätten i Jönköping beslutade i dom den 20 juni 2012, mål nr 437–446-12, med ändring av förvaltningsrättens dom, att upphandlingen skulle göras om beträffande anbudsområdena A och B. Kammarrätten beslutade i samma dom att avslå Kinnarps AB:s överklagande beträffande anbudsområdena C och D. I kammarrättens domskäl anfördes i huvudsak att det av det ursprungliga förfrågningsunderlaget inte kunde utläsas något obligatoriskt krav på att bruttopris i nettoprisbilagan skulle baseras på senaste allmängiltiga prislista samt att ett av upphandlande myndigheterna under anbudstiden meddelat tillägg med den innebörden utgjorde en sådan otillåten väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget att upphandlingen borde göras om beträffande anbudsområde A och B. Vad gällde Kinnarps AB:s överklagande avseende anbudsområdena C och D instämde kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning.

Kammarrättens dom i mål nr 437–446-12 har vunnit laga kraft.

Upphandlande myndigheterna har därefter i tilldelningsbeslut den 27 juni 2012 beslutat att beträffande anbudsområdena C och D anta anbud från Input Interiör.

Kinnarps AB har ansökt om överprövning av upphandlingen på sätt som framgår av förvaltningsrättens nu överklagade beslut.

YRKANDEN M.M.

Kinnarps AB yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens beslut och återförvisar målen till förvaltningsrätten för förnyad handläggning.

Upphandlande myndigheterna motsätter sig bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Kinnarps AB

Kinnarps AB var såsom vinnande anbudsgivare förhindrad att framställa några yrkanden eller göra några invändningar i den tidigare processen och kunde endast bemöta invändningarna mot det egna anbudet. Den begränsade talerätten gällde i hela processen, dvs. såväl i förvaltningsrätten som i kammarrätten. Kinnarps AB hade således inte möjlighet att få vare sig frågan om brister i anbudet från den leverantör som hade begärt överprövning eller brister i upphandlingen prövade inom ramen för tidigare process. Om förvaltningsrättens avgörande i det nu överklagade beslutet skulle stå fast, skulle det innebära att Kinnarps AB inte kan få dessa brister prövade över huvud taget. Det strider mot bolagets rätt att få varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet prövad.

Det kan inte röra sig om res judicata i detta fall. Att kammarrätten inte prövat frågan om brister vad avser anbudsområdena C och D framgår redan av det faktum att dessa områden inte ska göras om trots att den aktuella bristen uppenbarligen omfattar samtliga anbudsområden. Hinder mot att ta upp den nu ingivna ansökan om överprövning till prövning föreligger således inte.

Upphandlande myndigheterna

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2011 ref. 29 kommit fram till att en vinnande leverantör inte bör lida någon rättsförlust om yrkanden inte får framställas i förvaltningsrätten. För det fall förvaltningsrätten förkastar ett vinnande anbud har leverantören nämligen talerätt i kammarrätten. Såvitt framgår av den tidigare processen i förvaltningsrätt och kammarrätt har förvaltningsrätten avvisat Kinnarps AB:s yrkanden vad gäller anbudsområdena A, C och D. Kinnarps AB har således haft talerätt i kammarrätten med stöd av 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Av kammarrättens avgörande framgår med tydlighet att Kinnarps AB har använt sig av denna talerätt. Kinnarps AB:s andrahandsyrkande var att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten avslag Kinnarps AB:s överklagande vad gäller anbudsområdena C och D. Det stämmer alltså inte att Kinnarps AB förtagits möjligheten att få sin talan prövad i kammarrätten och därmed lidit rättsförlust. Även om Kinnarps AB inte skulle ha använt sig av sin talerätt i kammarrätten så har bolaget i vart fall inte förtagits denna rätt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet gäller om ett tidigare lagakraftvunnet domstolsavgörande i mål om överprövning enligt 16 kap. LOU vinner negativ rättskraft och därmed hindrar en ny överprövning av samma upphandling (res judicata).

Det EU-rättsliga regelverket på upphandlingsområdet innehåller inte några bestämmelser i frågan om domstolarnas i medlemsstaterna avgöranden vinner negativ rättskraft. Medlemsstaternas processuella autonomi innebär i stället att nationella processuella bestämmelser får tillämpas, såvida tillämpningen inte strider mot vissa EU-rättsliga grundläggande principer. Principerna innebär bl.a. att processrättsliga regler inte får göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva unionsrättsligt grundade rättigheter (effektivitetsprin-

cipen) och att rättigheterna inte får behandlas oförmånligare än rättigheter som följer av nationella bestämmelser (ekvivalensprincipen).

I den svenska nationella rätten saknar såväl LOU som den tillämpliga processuella regleringen, förvaltningsprocesslagen, bestämmelser om negativ rättskraft. Som framgår av praxis från Högsta förvaltningsdomstolen får rättskraftsfrågan därmed lösas genom en avvägning mellan skälen för och emot att avgöranden i mål om överprövning av offentlig upphandling ska vinna negativ rättskraft. Av Högsta förvaltningsdomstolens praxis framgår att en sådan avvägning är beroende av målets karaktär. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att beslut i flerpartsfall som påminner om tvistemål eller brottmål i princip inte är möjliga att ändra. För detta talar, enligt Högsta förvaltningsdomstolen, förutom trygghetsskäl att det ter sig naturligt att söka ledning av rättegångsbalken i brist på direkt tillämpliga bestämmelser (RÅ 1993 ref. 76 och RÅ 2002 ref. 61).

Högsta förvaltningsdomstolen har således funnit att en ansökan om körkortsingripande till följd av en viss gärning inte bör tas upp till prövning om frågan om körkortsingripande på grund av samma gärning redan prövats (RÅ 1993 ref. 76), att en ansökan om livränta avseende samma skada och för samma tidsperiod som prövats av domstol genom lagakraftvunnet avgörande ska avvisas (RÅ 2002 ref. 61) och att även en förvaltningsdomstols lagakraftvunna avgörande i annat slags socialförsäkringsmål har sådan negativ rättskraft att det utgör hinder mot ny prövning av samma sak (RÅ 2010 ref. 1).

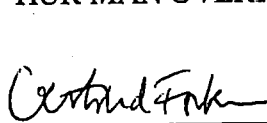
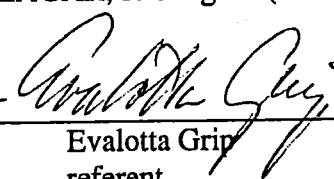
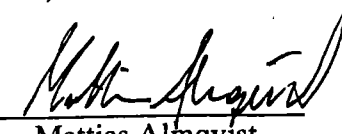
Även om mål om offentlig upphandling i fråga om tillämpningen av officialprincipen ansetts uppvisa större likheter med den allmänna processrätten än med förvaltningsprocessen i allmänhet (RÅ 2009 ref. 69), finns det betydande skillnader mellan mål om offentlig upphandling och tvistemål. Ytterst syftar överprövningsprocessen enligt LOU till att kontrollera att upphandlande myndighets förfarande vid en upphandling håller sig inom de ramar

som LOU ställer upp. Överprövningar av upphandlingen kan komma till stånd från att förfarandet inleds till att det avslutas. Upphandlande myndighet kan när som helst besluta att avbryta upphandlingen om det finns sakliga skäl för det. Ett bifall till en ansökan om överprövning innebär antingen att upphandlingen helt ska göras om eller att den får avslutas först efter att den rättats på visst sätt. Utgångspunkten för överprövningsprocessen är vidare att det är sökanden och den upphandlande myndigheten som är parter i processen. Denna utgångspunkt gäller trots att ett bifall till en ansökan i regel innebär att frågan om vem som ska tilldelas kontrakt återigen ska avgöras i konkurrens mellan leverantörerna med den osäkerhet det kan innebära för tidigare vinnande leverantör. Slutligen bör också nämnas att parterna när förutsättningar finns för ingripande enligt 16 kap. LOU inte förfogar över frågan om hur domslutet närmare ska formuleras såvitt gäller valet mellan att upphandlingen ska göras om eller rättas.

Som framgått talar omständigheten att det i mål om offentlig upphandling förekommer parter med motstående intressen för att avgöranden i sådana mål bör vinna negativ rättskraft. Samtidigt är de i stycket ovan beskrivna karakteristiska dragen i överprövningsprocessen knappast sådana att det finns anledning att från rättskraftssynpunkt göra några jämförelser i övrigt med tvistemålsprocessen. Regleringen ger snarare vid handen att den förutsätter att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar.

Mot denna bakgrund finner kammarrätten att avgöranden i mål om överprövning enligt 16 kap. LOU inte vinner sådan negativ rättskraft som utgör hinder mot en ny överprövning av samma upphandling. En sådan ordning står varken i strid med effektivitetsprincipen eller med ekvivalensprincipen. Det finns alltså inte någon negativ rättskraft som hindrar en prövning av Kinnarps AB:s ansökan. Förvaltningsrätten har således felaktigt avvisat Kinnarps AB:s ansökan. Förvaltningsrättens beslut ska därför undanröjas och målet visas åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

		
Gertrud Forkman	Evalotta Grip referent skiljaktig motivering	Mattias Almqvist

Evalotta Grips skiljaktiga motivering

Jag instämmer i det slut som majoriteten kommit fram till. Jag anser dock att skälen för kammarrättens avgörande bör ha följande lydelse.

Kinnarps AB:s ansökan om överprövning avser anbudsområdena C och D i den aktuella upphandlingen om sammanlagt sex olika anbudsområden, vilka i enlighet med förfrågningsunderlaget utvärderades var för sig.

Frågan i målen gäller om förvaltningsrätten haft rätt att avvisa Kinnarps AB:s ansökan om överprövning med hänvisning till att den fråga som målen gäller avgjorts genom kammarrättens tidigare avgörande (res judicata). För att så ska vara fallet krävs att det rör sig om samma sakförhållanden (jfr t.ex. rättsfallet RÅ 2010 ref. 1).

Kammarrätten konstaterar därvid att de frågor som förvaltningsrätten och kammarrätten tog ställning till i den tidigare överprövningsprocessen – såvitt gäller anbudsområdena C och D – var huruvida Kinnarps AB:s anbud uppfyllde förfrågningsunderlagets obligatoriska krav vad gällde storlek och utformning hos ett antal av de efterfrågade produkterna. Kinnarps AB:s yrkande i kammarrättens tidigare mål var i första hand att förvaltningsrättens dom skulle upphävas och Kinnarps AB:s anbud kvarstå som vinnande anbud och i andra hand att upphandlingen skulle göras om till följd av otyd-

ligheter i förfrågningsunderlaget i förhållande till de påstådda bristerna hos Kinnarps AB:s anbud i nämnda delar.

Kinnarps AB har som grund för den nu aktuella ansökan om överprövning anfört att det föreligger brister dels i det anbud som utgör det vinnande anbudet enligt upphandlande myndigheternas nu aktuella tilldelningsbeslut, dels i förfrågningsunderlaget. De sistnämnda bristerna utgörs enligt Kinnarps AB av att upphandlande myndigheterna i efterhand infört vissa obligatoriska krav vad gäller själva prissättningen i upphandlingen.

Kammarrätten anser med anledning härav att den nu aktuella ansökan om överprövning, som är begränsad till anbudsområdena C och D, inte gäller samma fråga som i motsvarande del avgjorts genom kammarrättens tidigare avgörande i mål nr 437-446-12.

Något hinder mot att ta upp Kinnarps AB:s ansökan till prövning med åberopande av res judicata föreligger således inte. Förvaltningsrätten borde därför inte ha avvisat Kinnarps AB:s ansökan. Förvaltningsrättens avvisningsbeslut ska därför undanröjas och målet visas åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**Föredragande:
Lena Hellsson**BESLUT**
2012-08-23
Meddelat i VäxjöMål nr
2541--2550-12 *ab12***SÖKANDE**Kinnarps AB, 556256-6736
521 88 KinnarpOmbud: Jur.kand. Björn Lind/advokat Thomas Svedberg
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping**MOTPARTER**1. Alvesta kommun
342 80 Alvesta2. Lessebo kommun
Box 13
360 50 Lessebo3. Ljungby kommun
341 83 Ljungby4. Markaryds kommun
Box 74
285 22 Markaryd5. Regionförbundet Södra Småland
351 96 Växjö6. Tingsryds kommun
Box 88
362 22 Tingsryd7. Uppvidinge kommun
Box 59
360 70 Åseda8. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö9. Växjö kyrkliga samfällighet
Box 307
351 05 Växjö

Dok.Id 55237

Postadress
Box 42
351 03 VäxjöBesöksadress
Kungsgatan 8Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.seTelefax
0470-255 02Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

10. Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

Ombud för 1-10: Växjö kommuns upphandlingsenhet
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN
Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU; nu fråga om avvisning

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar ansökan

BAKGRUND

Alvesta kommun, Lessebo kommun, Ljungby kommun, Markaryds kommun, Regionförbundet Södra Småland, Tingsryds kommun, Uppvidinge kommun, Växjö kommun, Växjö kyrkliga samfällighet och Älmhults kommun (härefter kommunerna) genomför en upphandling av möbler och inredning till kontor, konferens, skola, förskola, hemmiljö, miljö och utemiljö m.m. Upphandlingen genomförs i sex anbudsområden. Enligt tilldelningsbeslut den 5 september 2011 beslutade kommunerna att anta anbud från Kinnarps AB (Kinnarps) för anbudsområdena A – D.

Vid överprövning av upphandlingen beslutade Förvaltningsrätten i Växjö i dom den 26 januari 2012 (mål 3016-11 m.fl.) bland annat att upphandlingen avseende anbudsområde C och D fick avslutas först efter av utvärderingen, varvid Kinnarps anbud inte skulle beaktas.

Kinnarps överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten och yrkade att beslutet avseende områdena A,C och D skulle undanröjas och att upphandlingen skulle avslutas i enlighet med tilldelningsbeslutet. I andra hand yrkade Kinnarps att upphandlingen skulle göras om.

Kammarrätten avslog Kinnarps överklagande beträffande områdena C och D. Därmed stod förvaltningsrättens beslut fast om att upphandlingen avseende anbudsområde C och D skulle rättas på sätt att Kinnarps anbud inte skulle beaktas.

Kommunerna gjorde en ny utvärdering med uteslutande av Kinnarps varefter en annan anbudsgivare den 27 juni 2012 tilldelades upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Kinnarps ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om även avseende områdena C och D. Kinnarps anför bl.a. följande. Kammarrätten har i sin dom konstaterat att kommunerna kan anses ha infört nya krav genom de frågor och svar som förekommit under upphandlingen. Kammarrätten har vidare slagit fast att ett sådant tillägg får till följd att förutsättningarna för upphandlingen inte kan anses varit transparanta på ett sådant sätt att leverantörerna kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud. Kommunerna borde ha avbrutit upphandlingen. Kinnarps har redan vid den första prövningen i förvaltningsrätten gjort gällande att det finns skäl för att göra om upphandlingen. Mot bakgrund av att Kinnarps var vinnande leverantör ansåg förvaltningsrätten att Kinnarps yrkande skulle avvisas. Inte heller kammarrätten har prövat Kinnarps yrkande om att upphandlingen ska göras om. Detta yrkande har alltså inte prövats av domstolarna tidigare. Kommunerna har antagit annan anbudgivare som leverantör trots att det bolagets anbud inte uppfyller de skall krav som kommunerna ställt upp. Inputs anbud skulle rätteligen ha förkastats och då inget ytterligare anbud finns hade kommunerna tvingats göra om upphandlingen. Kinnarps har alltså genom kommunernas felaktiga agerande lidit eller i vart fall riskerat att lida skada (jmf. Exempelvis Kammarrätten i Göteborgs domar den 16 maj 2012 i mål 9473-11 och den 12 mars 2012 i mål 6966-11 och 6969-11). Oavsett om förvaltningsrätten skulle finna att det finns brister i Inputs anbud eller inte så har kammarrätten konstaterat att det finns brister i upphandlingen som lett till att leverantörerna inte kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud och att områdena A och B därför ska göras om. Med beaktande av de aktuella bristernas karaktär torde det vara ostridigt att motsvarande brister även föreligger för anbudsområdena C och D.

Kommunerna motsätter sig Kinnarps yrkande och anför bl.a. följande. Såväl förvaltningsrätten som kammarrätten har kommit fram till att upphandlingen i område C och D inte ska göras om utan att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att ny utvärdering ska göras varvid Kinnarps anbud ska förkastas. Såväl underinstans som överinstans får utgå ha prövat samtliga relevanta omständigheter i respektive mål och därefter dragit slutsatsen att upphandlingen inte behöver göras om. Vid tilldelningsbeslutet den 27 juni 2012 har kommunerna sålunda följt domstolarnas avgörande. Utifrån en synnerligen omfattande skriftväxling både i förvaltningsrätten och i kammarrätten torde de av Kinnarps nu åberopade omständigheterna med all önskvärd tydlighet ha framkommit och beaktats. Det vore således tämligen anmärkningsvärt att nu komma till något annat slut än det som förvaltningsrätten och kammarrätten tidigare kommit fram till.

Kinnarps har svarat följande. De tidigare avgjorda målen som kommunerna hänvisat till har avsett överprövning av tilldelningsbeslutet den 5 september 2011. Som vinnande anbudsgivare hade Kinnarps inte möjlighet att framställa invändningar mot upphandlingen, eftersom kommunernas beslut om tilldelning inte gått Kinnarps emot. Som framgått av begäran om överprövning avvisade förvaltningsrätten Kinnarps yrkande om att upphandlingen skulle göras om. Det enda Kinnarps tidigare har haft möjlighet att yttra sig över är det egna anbudet. Tvärtemot vad kommunerna påstår har således de nu anförda invändningarna aldrig prövats, i vart fall inte avseende de nu berörda anbudsområdena C och D.

SKÄL FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS BESLUT

Kinnarps yrkade i kammarrätten bl.a. att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten har därefter i dom den 20 juni 2012 beslutat att avslå Kinnarps överklagande beträffande anbudsområde C och D. Kommunerna har sedan rättat sig efter kammarrättens beslut, dvs. gjort en ny utvärdering

med uteslutande av Kinnarps och därpå tilldelat en annan anbudsgivare upphandlingen. Förvaltningsrätten finner att den fråga som Kinnarps nu sökt överprövning om har avgjorts genom kammarrättens dom. Förvaltningsrätten kan därför inte uppta ansökan till prövning. För det fall, som Kinnarps anför, att frågan inte ska anses prövad av kammarrätten, så har den i vart ingått i kammarrättens prövningsram. Kinnarps har vid sådant förhållande att hos högre instans ansöka om återförvisning av frågan för prövning i kammarrätten.

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


Svante Stroh