



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-03-30
Meddelad i Jönköping

Mål nr
532-17

SÖKANDE

Ledventure AB, 556772-5345
c/o Transtema AB
Flöjelbergsgatan 12 1 tr
431 37 Mölndal

MOTPART

Ulricehamns kommun
523 86 Ulricehamn

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU

KONKURRENSVERKET	
2017-03-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Ulricehamns kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende digitala infartsskyltar. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut har anbud från Noxab i Malmö AB (Noxab) antagits. Ledventure AB (Ledventure), som också lämnat anbud i upphandlingen, har ansökt om överprövning.

Under avsnitt 4.1.3 i förfrågningsunderlaget, som avser den s.k. optionskylden, anges att bifogad kravspecifikation ska uppfyllas. I punkt 3.6 i kravspecifikation anges bl.a. ”i övrigt samma krav som i 2.6–2.26”. Enligt punkt 2.26 i specifikationen ska en skalenlig skiss av skylt, skyltbärare och fundament bifogas anbudet.

Dok.Id 220068

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

Av upphandlingsprotokollet från den 26 januari 2017 framgår att samtliga fem inkomna anbud har gått vidare till utvärdering, att Ledventure anbud har utslutits vid utvärderingen och att anbud från Noxab har antagits.

YRKANDEN

Ledventure yrkar att en ny anbudsutvärdering genomförs och att anbudet från Noxab inte beaktas vid utvärderingen.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Ledventure

Enligt den tekniska kravspecifikationen under punkt 2.26 skulle en skalenlig skiss av skylt, skyltbärare och fundament bifogas anbudet, vilket bolaget har gjort. Under upphandlingstiden inkom en fråga gällande optionsskylten och ett svar från kommunen skickades ut. I samband med detta svar bad kommunen om en komplettering vilket avsåg en skalenlig skiss av optionsskylten, vilket Ledventure missade att skicka in. Vid ett första tilldelningsbeslut antogs Ledventure som vinnande anbud. Sedan kommunen och deras konsultföretag Microbus Electronic Service AB (Microbus) upptäckte att Ledventure inte hade bifogat den efterfrågade skissen fattades ett nytt tilldelningsbeslut där kommunen antog anbudet från Noxab. Ledventure borde ha fått möjlighet att komplettera sitt anbud med skissen eftersom skissen överhuvudtaget inte påverkar utgången i upphandlingen. Mot bakgrund av detta bör Ledventure kvarstå som vinnande anbudsföretag.

Microbus har tagit fram förfrågningsunderlaget för upphandlingen. I upphandlingen av dessa konsulttjänster anges att om en konsult arbetar hos en potentiell anbudsgivare får arbetsgivaren inte lämna anbud i upphandlingen

av infartsskyltar. Noxab och Microbus har ett samarbetsavtal som innebär att Noxab har rätt att företräda Microbus och sälja Microbus produkter på den svenska markanden. Noxab disponerar även Microbus tekniska resurser vid projektgenomförande och installation. Vid flera projekt de senaste åren har Noxab vunnit de kommunala upphandlingarna varefter Microbus har levererat skyltarna. Omständigheten att det finns ett samarbete mellan det vinnande företaget, Noxab, och det företag som skrivit förfrågningsunderlaget, Microbus, medför en jävssituation. Noxabs anbud borde därför diskvalificeras.

Ledventure har till sin ansökan bifogat kopior av vad som uppges vara inlägg på Facebook.

Kommunen

Utvärdering av anbuden gjordes och ett första tilldelningsbeslut meddelades den 18 januari 2017. Ledventure var då vinnande anbud. Efter att tilldelningsbesked lämnats upptäcktes att Ledventure anbud inte var komplett. Ledventure hade inte bifogat en skalenlig skiss av optionsskylten som var ett obligatoriskt krav, ett s.k. ska-krav, enligt förfrågningsunderlaget. Eftersom Ledventure anbud inte uppfyllde samtliga ska-krav, uteslöts de från upphandlingen och en ny utvärdering gjordes. Nytt tilldelningsbeslut skickades den 26 januari 2017, då med Noxab som vinnande anbud.

En av huvudprinciperna i LOU är att anbud som inte uppfyller alla ska-krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste vara uppfyllda för att myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet. Ett anbud som helt saknar vissa uppgifter som efterfrågats i förfrågningsunderlagets angivna ska-krav, kan inte kompletteras

med dessa efter anbudstidens utgång utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Ledventure anför vidare att det föreligger en jävssituation mellan kommunens upphandlingskonsult Microbus och Noxab. Ledventure anbud uppfyllde inte ställda ska-krav och har uteslutits på den grunden. Genom att de inte har uppfyllt alla ska-krav har de inte lidit någon skada på sätt som avses i LOU. Det saknas därmed anledning att pröva Ledvenues talan i denna del.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den upphandling som förevarande mål gäller har påbörjats före den 1 januari 2017 är ÄLOU tillämplig.

I 1 kap. 9 § ÄLOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 4 § ÄLOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § ÄLOU följer att 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. att en överprövning av en upphandling inte tar sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i ÄLOU.

I mål om ingripande enligt ÄLOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten tar inledningsvis ställning till kommunens beslut att inte utvärdera Ledventures anbud. Parterna är överens om att det har varit ett obligatoriskt krav, eller ska-krav, att ge in en skalenlig skiss av inte bara de två huvudskyltarna utan även den s.k. optionsskylten. Förvaltningsrätten noterar i sammanhanget att kravet följer redan av förfrågningsunderlaget på det sätt som har redovisats ovan. Parterna är också överens om att Ledventure inte har gett in någon sådan skiss. Bolaget har därmed inte uppfyllt alla de obligatoriska kraven i upphandlingen och kommunen har därför haft fog för att inte utvärdera anbudet. Någon skyldighet för kommunen att låta Ledventure komplettera sitt anbud finns inte. Kommunens agerande i denna del strider inte mot principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen på den grunden.

Nästa fråga är om det påstådda samarbetet mellan Noxab och Microbus, som har varit med och utformat förfrågningsunderlaget, innebär att Noxabs anbud borde ha uteslutits.

I en situation när en person har haft dubbla funktioner – t.ex. medverkat vid utformningen av en upphandling och därefter företrätt ett bolag som har lämnat anbud i upphandlingen – finns en stark presumtion för att de dubbla funktionerna har medfört en snedvridning av konkurrensen. I en sådan situation ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att principen om likabehandling inte har åsidosatts (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09).

Förvaltningsrätten bedömer att Ledventure inte har visat att Noxab har haft sådana dubbla funktioner och att situationen är jämförbar med den som rådde i det ovan nämnda kammarrättsavgörandet. Endast uppgifterna om att de två bolagen har ett visst samarbete är enligt förvaltningsrättens mening inte tillräckligt för att visa att Noxab har haft ett sådant inflytande över upphandlingen och förfrågningsunderlagets utformning att det har funnits risk för en snedvridning av konkurrensen. Det saknas därför skäl för ingripande även på denna grund. Dessutom har Ledventure inte lidit eller riskerat att lida skada till följd av att Noxabs anbud har utvärderats eftersom Ledventures anbud rättligen inte har utvärderats och det har funnits andra anbud än Noxabs och Ledventures för kommunen att anta (jfr Kammarrättens i Stockholms dom den 13 oktober 2015 i mål nr 6420-15).

Sammanfattningsvis saknas det skäl att ingripa mot upphandlingen. Ledventures ansökan ska därför avslås.

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

Erik Hannus

Förvaltningsrättsfiskalen Erik Hannus har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Nils Mattjus har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.