



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ

Föredragande: T. Tóth

DOM
2011-11-03
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1447-11 E
D2

KONKURRENSVERKET	
2011-11-07	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Tunstall AB, 556387-8551

Ombud: Advokaten Fredrik Schultz och jur.kand. Mina Lindgren
White & Case Advokat AB
Box 5573
114 85 Stockholm

MOTPART

Gällivare kommun
982 81 Gällivare

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 20440

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 41

Telefon
0920-29 54 90

E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-29 54 98

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Gällivare kommun (kommunen) har genom förenklat förfarande upphandlat "Larmmottagare till trygghetslarm". Anbudsgivare var Phoniro Systems AB (Phoniro) och Tunstall AB (bolaget). Enligt tilldelningsbeslut den 28 juni 2011 tilldelades Phoniro kontraktet. Bolagets anbud förkastades då det inte uppfyllde alla ska-krav i upphandlingen.

Bolaget

Bolaget har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen ska göras om samt att förvaltningsrätten omedelbart ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats. Bolaget har anfört bl.a. följande.

Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens genom att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud ska vara skriftligt undertecknad av behörig firmatecknare, att anbud ska anges enligt bifogat anbudsformulär och att underlag som hänvisas till anbudet ska bifogas. Phoniro har i enlighet med förfrågningsunderlaget angett sitt anbud enligt anbudsformuläret. Anbudsformuläret är emellertid inte undertecknat av behörig firmatecknare. Vidare noteras att Phoniros verkställande direktör har undertecknat en leverantörsförsäkran. Denna utgör dock inte anbudet, vilket ska anges enligt anbudsformuläret, utan är en del av underlaget som anvisas till anbudet. Att anta ett anbud som inte är undertecknat av behörig firmatecknare då sådant undertecknande är ett ska-krav enligt förfrågningsunderlaget, utgör en överträdelse av de grundläggande principerna i LOU.

I kravspecifikationen till förfrågningsunderlaget anges att larm ska kunna processas från den larmutrustning som kommunen erbjuder sina kunder samt att larmmottagaren ska kunna motta larm från både analoga, digitala och mobila larmsändare. Larmutrustningen som kommunen erbjuder sina kunder i form av Caresse och Caresse Alert är produkter som bolaget tidigare offererat och sålt till kommunen. Härav följer att bolaget är väl insatt i hur tekniken för denna utrustning fungerar. Mot denna bakgrund kan bolaget också dra slutsatsen att Phoniros larmmottagare inte är kompatibla med den existerande utrustningen. Följden blir att larmmottagaren och utrustningen inte kan kommunicera. Detta gäller i vart fall digitala och mobila larm. Phoniro uppfyller därför inte de uppställda ska-kraven på denna punkt.

Bolagets anbud lades åt sidan i upphandlingen då inte heller bolaget har uppfyllt samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Det är dock endast två anbudsgivare som deltagit i upphandlingen. Bolaget har lidit skada eftersom även Phoniros anbud borde ha lagts åt sidan på grund av att Phoniro inte uppfyllt alla ska-krav. Att bolaget har lidit skada under dessa omständigheter trots att bolaget inte uppfyllt samtliga ställda krav framgår av Kammarätten i Göteborgs dom i mål nr 4660-10.

Bolaget har åberopat registeruppgift till styrkande av att Mikael Nilsson-Välímáa inte är behörig firmatecknare för Phoniro.

Kommunen

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan och anfört följande. Det finns en fullmakt från behörig firmatecknare att Mikael Nilsson-Välímáa har rätt att underteckna anbud avseende denna upphandling. Fullmakten var inte bifogad på grund av att anbudsformuläret gjordes om av Mikael Nilsson-Välímáa i sista stund före anbudets inlämnande och därför skrevs en fullmakt av behörig firmatecknare som inte finns på orten och av den anled-

ningen hann inte fullmakten bifogas anbudet. Behörigheten har inte ifrågasatts av kommunen.

Avseende den tekniska invändningen och kravet att larm ska kunna processas från den larmutrustning som kommunen erbjuder sina kunder finns det inget som hänvisar till specifika protokoll, utan enbart till modeller av trygghetstelefoner. Dessa trygghetstelefoner har ett urval av protokoll att välja ur vid programmering. Att larmmottagaren ska kunna motta larm från både analoga, digitala och mobila larmsändare är allmänt formulerat och avser främst framtida trygghetstelefoner. Enligt kravspecifikationen uppfylls kraven av Phoniro.

Bolaget

Fullmakten från behörig firmatecknare som anger att Mikael Nilsson Vällimma har rätt att underteckna anbud för ifrågavarande upphandling erhöll kommunen först efter det att beslutet att anta Phoniros anbud hade tagits. Fullmakten var inte bifogad anbudet. När kommunen tog beslutet att anta Phoniros anbud kunde kommunen därför omöjligen veta om ska-kravet var uppfyllt. Då det av förfrågningsunderlaget dessutom uttryckligen framgår att underlag som hänvisas till anbudet ska bifogas anbudet kan kommunen inte heller tillmäta ett sådant senare ingivet underlag någon betydelse utan att överträda de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunen har genom att anta ett anbud som vare sig varit undertecknat av behörig firmatecknare eller av en person som haft fullmakt att underteckna anbudet, då någon fullmakt inte var bifogad anbudet, avvikit från kraven i förfrågningsunderlaget. Därutöver har kommunen inte behandlat Phoniro och bolaget på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt.

Om förvaltningsrätten skulle finna att en fullmakt inte är att anse som ett sådant underlag som enligt förfrågningsunderlaget ska bifogas anbudet har det ändå ålegat Phoniro såsom anbudsgivare att utan särskild anmodan visa

att anbudet var undertecknat av behörig företrädare (se Förvaltningsrättens i Karlstad dom den 16 september 2010, mål nr 3256-10).

Bolaget har tidigare offererat och sålt trygghetstelefoner till kommunen av märket Caresse samt Caresse Alert. Dessa trygghetstelefoner kommunicerar med larmmottagare via så kallade protokoll, analogt, via bolagets CPC-protokoll. Detta protokoll är fritt och är ett standardprotokoll, dvs. det finns i de flesta larmmottagare och telefoner på marknaden. Bolaget har därtill tagit fram ett så kallat STMF-protokoll för trygghetstelefonerna vilket används vid framförallt digital, IP, kommunikation men även vid mobil, GSM, kommunikation. STMF-protokollet är inte fritt tillgängligt eftersom bolaget innehar ensamrättigheter till protokollet. Det finns inte heller andra protokoll på marknaden med samma funktion som STMF-protokollet eftersom protokollet har tagits fram av bolaget för trygghetstelefonerna specifikt. Även trygghetstelefonerna är specifikt framtagna av bolaget.

Det är korrekt att förfrågningsunderlaget inte hänvisar till specifika protokoll men om andra protokoll än STMF används vid digital och mobil kommunikation mellan trygghetstelefonerna och larmmottagare är det inte till 100 procent säkert att larmet når mottagaren. Det vet bolaget av erfarenhet och var anledningen till att bolaget utvecklade STMF-protokollet, vilket bolaget inte har licensierat ut till Phoniro.

Att ska-kravet avseende mottagande av larm främst avser framtida trygghetstelefoner är en ny omständighet för tolkningen av förfrågningsunderlaget vilket förvaltningsrätten bör lämna utan avseende.

Kommunen

I förfrågningsunderlaget är inte angivet att någon fullmakt ska bifogas anbudet. Då det efter kontroll visade sig att en befintlig fullmakt fanns anser kommunen att Phoniros anbud uppfyller kraven. Den upphandlade myndigheten får tillåta att anbudsansökande eller anbudsgivare rättar en up-

penbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Bolaget

Att en upphandlande myndighet ställer ett obligatoriskt krav vilket sedan inte kontrolleras innebär att myndigheten frångår förfrågningsunderlaget och att det uppstår en brist på såväl transparens som förutsebarhet i upphandlingen. Ska-krav måste upprätthållas och kontrolleras. Ett anbud som inte tillgodoser myndighetens krav måste följaktligen läggas åt sidan. Det framgår dessutom av kommunens eget förfrågningsunderlag där det anges att avgörande för att komma ifråga som leverantör är att de krav som ställs i kravspecifikationen är uppfyllda. Det anges även att prövning och utvärdering av inkomna anbud kommer att genomföras med utgångspunkt från de uppgifter som leverantören redovisat i sitt anbud.

Bestämmelsen i 15 kap. 12 § LOU om komplettering är inte tillämplig.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

2. Lämna anbud

Anbud ska vara skriftligt undertecknat av behörig firmatecknare.

3. Anbudshandlingar

Leverantörens anbudshandlingar med bilagor lämnas enligt följande.

- Anbud ska anges enligt bifogat anbudsformulär.
- Underlag som hänvisas till anbudet ska bifogas.

9. Anbudsutvärdering

Prövning och utvärdering av inkomna anbud kommer att genomföras med utgångspunkt från de uppgifter som leverantören redovisat i sitt anbud. Avgörande för att komma ifråga som leverantör är att de krav som ställs i kravspecifikationen är uppfyllda.

Steg 1 – Kvalificeringsfas

Följande uppgifter granskas:

- Att leverantören uppfyller kommunens ställda ska-krav i förfrågningsunderlaget.

Kravspecifikation

1. Larm ska kunna processas från den larmutrustningen som Gällivare Kommun erbjuder sina kunder. Idag har Gällivare Kommun Caresse och Caresse Alert.
2. Larmmottagaren ska kunna motta larm från både analoga, digitala och mobila larmsändare.

SKÅLEN AVGÖRANDET

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Kraven måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet.

Fullmakt

Frågan i målet är om Phoniros anbud uppfyller förfrågningsunderlagets krav på undertecknande av behörig firmatecknare.

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår att anbud ska vara skriftligt undertecknat av behörig firmatecknare. Phoniros anbud är undertecknat av Mikael Nilsson-Välímáa. Av i målet ingiven fullmakt framgår att denne hade rätt att underteckna aktuellt anbud för Phoniros räkning. Fullmakten bifogades i och för sig inte anbudet. Det framgår dock inte av förfrågningsunderlaget att behörighetshandlingar ska bifogas (förvaltningsrätten anser således att fullmakt inte kan anses som ett sådant "underlag som hänvisas till anbudet" i p 3 i förfrågningsunderlaget). Förvaltningsrätten finner därför att kommunen inte brutit mot LOU genom att inte förkasta Phoniros anbud på grund av brister vad gäller undertecknande av behörig firmatecknare. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

Larmmottagare

Frågan i målet är om Phoniros anbud uppfyller kravspecifikationen i den del som avser att larm ska kunna processas från den larmutrustning som kommunen erbjuder sina kunder samt att larmmottagaren ska kunna motta larm från både analoga, digitala och mobila larmsändare.

Bolaget har hävdat att Phoniros anbud inte uppfyller kraven. Kommunen har hävdat motsatsen. Phoniros har i sitt anbud angett att kraven är uppfyll-
da. Med hänsyn härtill och mot bakgrund av vad som i övrigt framkommit avseende Phoniros larmmottagare anser förvaltningsrätten inte visat att Phoniros anbud inte uppfyller de aktuella kraven. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller på denna grund.

Skada

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna ingripa mot en upphandling med stöd av 16 kap. 5 § LOU är, förutom att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU, att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten känner till hur Kammarrätten i Göteborg ser på skaderekvisitet ovan i de fall det endast finns två anbud i en upphandling (se exempelvis aktuell kammarrätts dom den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10 och den 7 oktober 2011 i mål nr 665-11). Såvitt känt har dock inte någon annan kammarrätt gjort samma bedömning och förvaltningsrätten delar inte Kammarrätten i Göteborgs uppfattning. Förvaltningsrätten anser att den skada som leverantören kan komma att lida måste ha samband med den aktuella upphandlingen, dvs. att leverantörens chanser att tilldelas det aktuella kontraktet påverkas av de eventuella fel som begåtts. Att leverantören, om upphandlingen görs om, får en ny chans och kanske kan komma att tilldelas kontraktet i den nya upphandlingen anser förvaltningsrätten saknar betydelse vid prövningen av skadan i 16 kap. 5 § LOU.

I målet är ostridigt att bolagets anbud inte uppfyllde ska-kraven i förfrågningsunderlaget. Bolagets chans att få det aktuella kontraktet har således inte påverkats av eventuella fel vid utvärderingen av Phoniros anbud. Förvaltningsrätten finner därför att bolaget, oavsett hur det förhåller sig med Phoniros uppfyllande av ska-krav enligt ovan, inte lidit eller kan komma att lida skada. Även av denna anledning föreligger inte förutsättningar för ingripande enligt LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga (DV 3109/1C)



Eva Beselin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.