



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2016-02-22
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3170-15

SÖKANDE

Alfa Kommun & Landsting AB, 556549-2807
Dockplatsen 1
211 19 Malmö

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Nybro kommun
382 80 Nybro

Ombud: Advokat Henrik Seeliger och biträdande jurist Hanna Lundqvist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Alfa Kommun & Landsting AB: s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2016-02-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 128813

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Nybro kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende mobilt system för tids- och insatsregistrering. Upphandlingen har skett som ett öppet förfarande enligt LOU där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. I tilldelningsbeslut den 12 september 2015 tilldelades annat bolag än Alfa Kommun & Landsting AB (bolaget) uppdraget.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas genom ny utvärdering vid vilken bolagets anbud ska prövas.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Kommunen har ändrat förutsättningen i fråga om referensuppdrag från ursprungliga kravet på att vara ett liknande system som kan vara kompatibelt till att vara ett system som varit i aktiv skarp drift gentemot Procapita. Detta utgör en väsentlig ändring av villkoren. Det uppställda kvalificeringskravet är i strid mot proportionalitetsprincipen och därmed mot likabehandlingsprincipen. Offererade system kan vara fullt ut kompatibla med Procapita utan att just för tillfället vara i integration med Procapita. Kravet på den minsta tiden om tre månader som integrationen ska ha pågått är i strid med gällande rätt. Kommunens slutliga kravformulering är direkt konkurrensbegränsade eftersom den helt utestänger ett antal system som skulle vara fullt möjliga för kommunen att köpa in. Syftet med kravet är rimligen att se att

offererat system kan integreras med Procapita. Att bedöma denna fråga hos ett offererat system kan ske på annat sätt än genom att anbudsgivare måste påvisa en pågående integration. Kommunen har i utvärderingsdelen angivit att icke kända system ska bli föremål för visning och test. Delen om ett systems förmåga till integration med Procapita hade på motsvarande vis kunnat testas vid en visning och på basis av resultatet av en sådan visning och test hade kommunen kunnat bedöma om det avgörande materiella kravet på kompatibilitet är uppfyllt.

Alfa skulle vid den slutliga utvärderingen haft mycket goda möjligheter att erhålla kontraktet om kravställningen hade haft sin ursprungliga utformning d.v.s. kvalificeringskrav utan krav på pågående integration. Alfa har i vart fall lidit risk för skada. Det föreligger därför skäl för ingripande enligt LOU.

Kommunen

Bolaget uppfyller inte de ovillkorliga krav på referensuppdrag som ställts. Anbudet har därmed rätteligen förkastats. Upphandlingen är genomförd i enlighet med LOU. Eventuell brist i upphandlingen är inte av sådan art och dignitet att ett ingripande enligt 16 kap. LOU är motiverat. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida skada av de påstådda bristerna i upphandlingen.

Med uppdrag av liknande art och omfattning i punkten 1.3.4 avsåg kommunen uppdrag där integrering mot Procapita skett. Varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare måste ha förstått att detta var en så grundläggande förutsättning för upphandlingen att det omfattades av begreppet "liknande art och omfattning". Förtydligandet av punkten 1.3.4 har inte medfört någon väsentlig förändring av kraven och har inte påverkat utfallet av upphandlingen. Krav på att det som anskaffas i en upphandling ska var kompatibelt med tidigare system eller utrustning är som utgångspunkt proportionella och tillåtna. Bara i sådana situationer då ett sådant krav

får till följd att endast en leverantör kan lämna anbud och om det skulle innebära ett endast ringa merarbete om kompbabilitet inte erhålls, kan ett sådant krav stå i strid med proportionalitetsprincipen. Kommunens krav syftar till att säkerställa att leverantören har den tekniska förmågan och erfarenheten som krävs för att utföra uppdraget. Det tar tre månader i skarp drift för att utvärdera om integrationen mellan systemen fungerar fullt ut. De testresultat som erhålls vid test och visning i en testmiljö är inte lika tillförlitliga. Det finns inget annat praktiskt genomförbart alternativ för kommunen att uppnå det eftersträvade syftet. Det finns inga hinder mot att ställa upp krav på tidigare erfarenhet av visst arbete eller verksamhet, förutsatt att kravet är proportionellt och har ett samband med kontraktets föremål. Den negativa effekt kravet får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, att leverantörer som aldrig tidigare genomfört en integration med Procapita inte kan delta i upphandlingen, är inte oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det rör sig inte om diskriminering utan om att vissa anbudsgivare är mer lämpliga än andra.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Förvaltningsrättens bedömning

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet är således inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbudena ges in klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

För att den upphandlande myndigheten ska tillgodose de grundläggande principerna i LOU är det, vid väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget, normalt inte tillräckligt att hantera dessa förändringar som kompletteringar eller tillägg inom ramen för den pågående upphandlingen. Istället bör upphandlingen avbrytas och en ny upphandling äga rum (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1589-12).

Den stridiga punkten i förevarande mål är punkten 1.3.4 tredje stycket i förfrågningsunderlaget, vilken i sin originalskrivning lyder

Anbudsgivaren skall ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning under de senaste tre åren. Som bevis skall anbudsgivaren ange två referensuppdrag med kort beskrivning av uppdraget och dess omfattning.

Efter komplettering från kommunen har densamma punkten fått tillägget

Minst ett av referensuppdragen skall avse ett uppdrag där anbudsgivarens system integrerats med Procapita och där systemet med integrationer varit i skarp drift i minst tre månader.

Annat har inte framkommit än att kommunens kompletteringar inneburit sådana ändringar av upphandlingen att bolagets anbud, som upprättats i enlighet med förfrågningsunderlagets ursprungliga lydelse, inte längre uppfyllde de obligatoriska kraven. Mot denna bakgrund, och då en ändring i ett

skall-krav vanligtvis är att bedöma som en väsentlig ändring, är det enligt förvaltningsrättens mening uppenbart att det är fråga om en sådan väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget som medför att upphandlingen måste avbrytas och en ny påbörjas. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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

Malin Toivainen

t.f. rådman

Föredragande: Maria Gustafsson



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.

