



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-08-22
Meddelad i Jönköping

Mål nr
3744-18

SÖKANDE

Noxab i Malmö AB, 556752-0738
Svansjögatan 29
217 66 Malmö

MOTPART

Borås Stad, 212000-1561
501 80 Borås

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2018-08-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAGKRUND

Borås Stad (Beställaren) genomför en upphandling avseende digitala infartsskyltar (2018/IN00053). Upphandlingen, som genomförs som ett förenklat förfarande, avser inköp av tre skyltar som ska ersätta befintliga skyltar vid de större infarterna till staden. Utvärdering har skett enligt ekonomiskt mest fördelaktiga med bästa förhållande mellan kvalitet och pris. I tilldelningsbeslut daterat den 3 juli 2018 har annan leverantör än Noxab i Malmö AB (Noxab) antagits. Noxab rangordnades på tredje plats i utvärderingen.

YRKANDEN M.M.

Noxab yrkar i första hand att inget avtal får tecknas förrän beslut tagits av Kammarrätten i Jönköping gällande utlämnande av de uppgifter i anbudet som Beställaren egenhändigt sekretessbelagt. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Noxab anför bl.a. följande.

Dok.Id 268547

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

Beslutet att sekretessbelägga anbudspriserna, kostnaden för serviceavtal, och elförbrukning innebär att det inte är möjligt att kontrollera om den beräknade genomsnittliga elförbrukningen för skyltarna är rimlig, eller inte. Det är mycket vanligt att anbudsgivare medvetet fuskar, och anger en alltför låg beräknad elförbrukning när elförbrukningen på något sätt är en utvärderande faktor. Eftersom elförbrukningen i denna upphandling är en utvärderande faktor som dessutom ska räknas upp 10 år kan även en felaktig uppgift av mindre omfattning få en avgörande betydelse för den jämförande utvärderingssumman. Genom att sekretessbelägga elförbrukningen ger det i praktiken Borås helt fri prövningsrätt. Det är oproportionerligt att Beställaren enligt 1.6.16 kräver vite på 5 000 kr varje gång det inträffar mer än två fel på år av felklass 1, och vid mer än två fel i månaden av felklass 2. Tjugo års erfarenhet av exakt denna typ av digitala skyltar säger att något av detta kommer att hända. Detta gäller framförallt felklass 1 med den definition av fel som Beställaren har angett. Nätdelarna kan snabbt bytas ut mot nya, inom stipulerad inställetid om åtta timmar. Vidare anges att hela köpet/avtalet kan hävas om felen i felklasserna upprepas, utan att det förklaras vad som utgör upprepade brister. Detta är både otydligt och oproportionerligt. Det är fel att utvärderingen har gjorts med ett förhållande mellan pris och kvalitet, eftersom garantitid eller pixelpitch inte har något som helst med kvalitet att göra.

Beställaren anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Att uppgifter har sekretessbelagts är inte grund för överprövning av upphandlingen eller för att påvisa att anbudsgivaren lidit eller riskerat lida skada. Vitesbestämmelsen ingår i avtalsvillkoren och har accepterats av samtliga anbudsgivare inklusive Noxab. Samtliga anbudsgivare har med ledning av förfrågningsunderlaget haft möjlighet att räkna med detta i sina offerrade anbudspriser. En anbudsgivare ska alltid lämna anbud utifrån hela förfrågningsunderlagen vilket inkluderar angivna avtalsvillkor. Det faktum att Noxab har valt att inte räkna med eventuellt vite i sina priser innebär inte att klausulen

är oproportionerlig. Beställaren är medveten om att klausulen kan innebära att anbudsgivare lämnar högre priser för att kompensera för eventuella viten men det är av vikt för Beställaren att skyltarna kan användas utan fel under en så stor del av tiden som möjligt. Med upprepade tillfällen menas mer än ett tillfälle. Varken uppgifter ur anbuden har sekretessbelagts eller de brister som Noxab påstår finns i upphandlingen har inneburit någon skada eller risk för skada för Noxab. Kraven och avtalsvillkoren gäller på samma sätt för samtliga anbudsgivare och är således likabehandlande. De kan heller inte anses vara oproportionerliga utan syftar till att uppnå målet med upphandlingen.

Noxab har svarat att det är oproportionerligt att Beställaren tar sig rätten att kunna häva hela upphandlingen även när bagatellartade fel överskrider vid mer än ett tillfälle.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 20 kap. 6 § LOU anges 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 någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förfrågningsunderlaget

1.6.16 Vite

I det fall medeltiden mellan fel (MTBF) understiger det i förfrågningsunderlaget specificerade värde för respektive felklass äger kommunen rätt att debitera ett vite motsvarande 5000 SEK exklusive mervärdesskatt per tillfälle som felklassen uppstår. I det fall den i förfrågningsunderlaget specificerade inställelsetiden för service

och/eller reparationer överskrider äger kommunen rätt att debitera ett vite motsvarande 1000 SEK exklusive mervärdesskatt per påbörjad försenad timme. Upprepade brister i ovanstående fall kan betraktas som grunder för hävning av köp/avtal i enlighet med punkt 1.6.1

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller 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). Detta får i synnerhet gälla i mål där det aktualiseras frågor av teknisk natur.

Noxab anför att av Beställaren sekretessbelagda anbudspriser, kostnader för serviceavtal och elförbrukning innebär att det inte är möjligt att kontrollera om övriga leverantörers elförbrukning är rimlig, en uppgift som Noxab anser att det ofta fuskas med. Förvaltningsrätten finner att dessa mer allmänt hållna uppgifter om risk för missförhållanden inte innebär att anbudet skulle behöva granskas av förvaltningsrätten i dess sekretessbelagda del (jfr HFD 2015 ref. 55). Vad som framkommit om att Beställaren inte lämnat ut hela de anbudshandlingar som begärts ut, och att detta beslut överklagats till kammarrätten, föranleder ingen annan bedömning.

Noxab har inte heller visat tillräckligt stöd för det som anförs om att utvärderingen inte är gjord med ett förhållande mellan pris och kvalitet. Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad den ska upphandla och vilka krav som ska ställas på de varor och tjänster som omfattas av upphandlingen, under förutsättning att det sker med beaktande av de principer som framgår av LOU och unionsrättsliga principer. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering utan domstolens prövning inskränker sig till frågan om principerna i 4 kap. 1 § LOU, samt övriga regler i LOU, har överträtts.

Förvaltningsrätten anser inte att det som Noxab har anfört om vite och Beställarens möjligheter att häva avtalet ger tillräcklig anledning att angripa upphandlingen. Proportionalitetsprincipen ska visserligen upprätthållas i hela upphandlingsprocessen, dock avseende felaktigheter endast för sådana som är relevanta för upphandlingen och vid fel som rimligen inte är av oväsentlig betydelse. Här måste det snarare anses proportionerligt att beställaren har utformat avtalet i syfte att erhålla en välfungerande produkt och att möjlighet finns att avsluta avtalsrelationen om så inte skulle vara fallet. Även om avtalsvillkoren skulle vara otydliga eller oproportionerliga gäller dessa för samtliga leverantörer som lämnat anbud och Noxab har inte heller förklarat varför bolaget lidit skada eller riskerat lida skada.

Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 D LOU).

Veronica Lindström

Rådmannen Veronica Lindström har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

