



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-12-08
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 6182-16

SÖKANDE

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

MOTPART

Malmö stad
 205 80 Malmö

Ombud: advokaten Annika Andersson
 Advokatfirman Lindahl KB
 Studentgatan 6
 211 38 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Noxab i Malmö AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2016 -12- 0 8	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 347747

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsratteningmalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag-fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Malmö stad genomför en upphandling av videodisplayer till idrotts- och fritidsanläggningar i Malmö. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har Malmö stad beslutat att anta anbudet från 2nd Planet AB. Anbudet från Noxab i Malmö AB har förkastats från utvärdering.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Noxab i Malmö AB, nedan Noxab, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar rättelse på så sätt att ny utvärdering ska genomföras vid vilken Noxabs anbud ska delta och att anbudet från 2nd Planet AB ska diskvalificeras då samtliga skall-krav inte är uppfyllda.

Som grund för sin ansökan anför Noxab bl.a. följande. Det stämmer att Noxab inte gett in en undertecknad uppförandekod. Orsaken är helt en miss från Noxabs sida. Dokumentet var undertecknat och klart, men av någon oförklarlig anledning kom det inte med som bilaga i de bifogade handlingarna. Enligt Noxab är det oproportionerligt att ha krav på underskrift. För övrigt är Noxabs anbud korrekt undertecknat i anbudsdocumentet. Vidare anges i förfrågningsunderlaget när det gäller anbudens giltighetstid att "Anbudsgivare intygar genom undertecknande av anbud att föreskriven giltighetstid accepteras". Det betyder att Malmö stad kräver olika underskrifter för olika saker. Det borde räcka med högst en underskrift.

Det stämmer inte att Noxab i sitt anbud har angett mått avseende videodisplay till Hylliebadet som överskrider de i förfrågningsunderlaget angivna måtten. I svaret på publik fråga 14 står det "Beställare godkänner mindre avvikelser från det angivna måttet i förfrågningsunderlaget, men kravet på 16:9 kvarstår". Noxabs offererade skyltmått på 4.608 X 2.592 mm i storlek är en "mindre avvikelse". I gengäld blir bildformatet exakt 16:9 (1,777).

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Med tanke på att det finns ett helt fritt utrymme på mer än 5 meter till höger om indikeringsdosans nuvarande placering går det naturligtvis att få plats med en skylt som är både 4.500 x 2.500 mm, eller 4.608 x 2.592 mm.

Vidare har Malmö stad diskvalificerat anbudet då Noxab enligt staden i sitt anbud har villkorat begärd leveranstid av beställningen. Detta ska inte ses som ett villkor utan mer som information som grundar sig i att Malmö stad har villkorat att alla skyltarna måste vara på plats senast vid ett visst datum. Vidare stämmer det att Noxab har angett att leverans kommer att ske fritt levererat och installerat. Det finns i underlaget tydligt angivet vad som ska ingå i offererat pris men det finns inga som helst krav på att man ska redovisa varje enskilt krav. Det stämmer även att det i Noxabs försäljningsvillkor står "Garantitid. Två (2) år från leverans (SAT)". Kravet på garantitid är minst två år. Till detta ska läggas en vitesklausul som är den i särklass högsta som Noxab varit med om. Noxab vill ha prövat om dessa viteskrav är förenliga med proportionalitetsprincipen.

Vidare skulle 2nd Planet AB:s anbud ha diskvalificerats då ingen av de tre skyltarna som 2nd Planet AB offererar uppfyller kravet på formatet 16:9.

Noxab har lidit skada då Malmö stad totalt har ignorerat att 2nd Planet AB inte uppfyllt ett antal krav, trots att dessa var ytterst tydligt förklarade i Frågor och Svar. Detta i kombination med att Malmö stad förkastat Noxabs anbud på ogiltiga grunder gör att Noxab förlorade upphandlingen. Hade 2nd Planet AB:s anbud rätteligen förkastats, hade Noxab haft det vinnande anbudet.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Det utgör ett krav i förfrågningsunderlaget att undertecknad uppförandekod ska ges in med anbud. Bolaget har inte givit in undertecknad uppförandekod med sitt anbud. Det uppställda kravet är ett obligatoriskt krav som uppfyller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Malmö stad har således inte haft någon möjlighet att bortse från kravet vid anbudsprövningen och har rätteligen förkastat Noxabs anbud eftersom kravet inte uppfylls.

Vidare innehåller Noxabs anbud reservationer avseende såväl leveranstid, garantitid som leveransvillkor. Noxab anför i ansökan om överprövning att bolaget inte menat att detta skulle utgöra reservationer. Det saknas anledning för Malmö stad att göra någon förnyad bedömning i denna del eftersom Noxabs anbud ändå ska förkastas på andra grunder. Den av Noxab offererade skärmen uppfyller inte heller i förfrågningsunderlaget ställda krav vilket utgör grund för förkastande. Det har tydligt framgått av frågor och svar i upphandlingen att de aktuella måtten är "maxmått" och inte får överskridas då skärmen annars inte får plats. Det ligger i sakens natur att Malmö stad inte kan köpa in en skärm som inte får plats. Malmö stad vidgår att en skärm med i förfrågningsunderlaget angivna maxmått får plats på tilltänkt vägg på Hylliebadet först efter att indikeringsdosan flyttats. Omständigheten saknar emellertid relevans för bedömningen i målet eftersom det är uppgifterna i förfrågningsunderlaget som ska ligga till grund för bedömningen av om ett anbud ska förkastas eller inte. Malmö stad har således rätteligen förkastat Noxabs anbud även på denna grund. Uppställda krav är nödvändiga och tydliga och uppfyller därmed de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet. Malmö stad har agerat i enlighet med förfrågningsunderlaget och i enlighet med LOU genom att förkasta anbudet då det inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav. Ansökan om överprövning ska således lämnas utan bifall redan på denna grund.

Vidare har anbudet från 2nd Planet vid anbudsprövningen bedömts uppfylla samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav på anbud och anbudsgivare och har därmed kvalificerats för utvärdering. Malmö stad har mot bakgrund av ovanstående rätteligen kvalificerat anbudet från 2nd Planet och har även i

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

övrigt agerat helt i enlighet med LOU och i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget.

Malmö stads förfarande i upphandlingen har inte medfört att Noxab lidit eller kan komma att lida skada. Även om Noxabs anbud hade kvalificerats för anbudsutvärdering skulle Noxab inte ha tilldelats anbud i upphandlingen eftersom Noxab inte lämnat lägre pris än 2nd Planet. Vidare hade Noxab inte tilldelats kontrakt även om 2nd Planets anbud förkastats eftersom Noxabs anbud också rätteligen förkastats. Noxab har inte visat att Malmö stads förfarande i upphandlingen strider mot LOU. Noxabs ansökan om överprövning ska därför lämnas utan bifall.

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.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges under punkten 2.18.7, Sociala och etiska hänsyn, följande.

Beställarens leverantörer (avtalspartners) ska respektera grundläggande mänskliga rättigheter i sin verksamhet.

Leverantör som antas ska vid avtalsstart ha rutiner för att säkerställa att samtliga produkter som levereras under avtalsperioden är framställda under förhållanden som är förenliga med:

- ILO:s åtta kärnkonventioner nr 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 och 182,

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

- FN:s barnkonvention, artikel 32,
- det arbetarskydd och den arbetsmiljölagstiftning som gäller i tillverkningslandet, och
- den arbetsrätt, inklusive lagstiftning om minimilön, och det sociala socialförsäkringsskydd som gäller i tillverkningslandet.

Se härvid även dokumentet "Uppförandekod för leverantörer" som utgör del av förfrågningsunderlaget.

Anbudsgivare ska, till styrkande av att kravet enligt ovan är uppfyllt, till sitt anbud bifoga undertecknad version av uppförandekoden. Undertecknande ska ske av samma person som undertecknar anbudet i dess helhet.

Proportionalitetsprincipen innebär att kraven och kriterierna i en upphandling måste stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kravet ska vidare ha en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet och får inte gå utöver vad som behövs för att uppnå syftet med upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte visat att det aktuella kravet avseende undertecknande av uppförandekod inte skulle vara lämpligt, effektivt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den eventuella negativa effekt som kravet kan medföra kan inte heller anses vara oproportionerlig i förhållande till detta syfte. Det aktuella kravet kan därför inte anses strida mot proportionalitetsprincipen. Den omständigheten att det i förfrågningsunderlaget även föreligger krav på andra underskrifter såsom undertecknande av anbudet ändrar inte bedömningen.

En upphandlande myndighet får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget. I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i för-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

hållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling. När tiden för att lämna anbud har löpt ut kan det vara så, att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att godta ett anbud som inte uppfyller kravet. Myndigheten har enligt bestämmelser i LOU i detta skede vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud (se HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten kan konstatera att det i målet är ostridigt att Noxab inte bifogat undertecknad version av uppförandekoden och således inte uppfyller det aktuella kravet. Det har inte heller framkommit att denna brist är sådan att kommunen kunnat godta anbudet utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen. Malmö stad har således redan på denna grund haft skäl för att förkasta Noxabs anbud. Vid sådana förhållanden föreligger inte skäl för förvaltningsrätten att även pröva vad Noxab i övrigt anfört om anbudets uppfyllande av kraven i förfrågningsunderlaget.

Noxab har vidare anfört att den vinnande anbudsgivarens anbud ska diskvalificeras då samtliga obligatoriska krav inte är uppfyllda. Då Noxabs anbud rätteligen har förkastats och inte kan komma ifråga för den aktuella leveransen av videodisplayer, samt då ytterligare en anbudsgivare utöver den vinnande anbudsgivaren kvalificerat sig till utvärdering, så riskerar Noxab inte heller att lida skada, oavsett om den vinnande anbudsgivaren uppfyller samtliga krav eller inte. Med beaktande härav föreligger således inte heller skäl för förvaltningsrätten att pröva vad Noxab anfört i denna del.

Noxab har även anfört att förvaltningsrätten ska pröva om de viteskrav som förekommer i aktuellt förfrågningsunderlag är förenliga med proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten konstaterar att det, för att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga, inte är tillräckligt med att sökanden

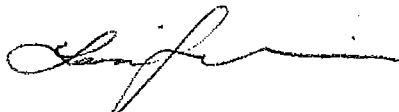
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalas (se HFD 2013 ref. 53). Förvaltningsrätten kan konstatera att Noxab i nu aktuellt mål inte klargjort eller konkretiserat på vilket sätt den påstådda bristen har medfört att Noxab har lidit eller kunnat komma att lida skada. Mot den bakgrunden saknas anledning att göra någon prövning av vad Noxab anfört avseende det aktuella kravet.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som Noxab anfört och åberopat i målet inte utgör skäl för att besluta om ingripande enligt LOU. Noxabs ansökan ska därför avslås.

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



Louise af Klint

Sune Wennerberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Göteborg. **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 kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

