

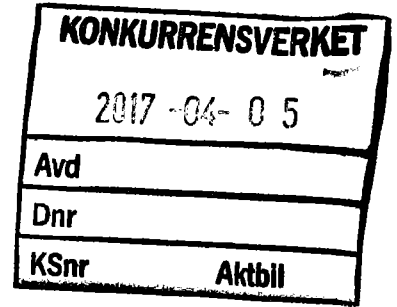


**KAMMARRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Avdelning 1:3

# DOM

2017-04-04  
Meddelad i Jönköping

Mål nr 3576-16



## KLAGANDE

Noxab i Malmö AB, 556752-0738

## MOTPART

Ronneby kommun, 212000-0837

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 2 december 2016 i  
mål nr 3229-16, se bilaga A

## SAKEN

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

## KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att  
upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 203833

**Postadress**  
Box 2203  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Slottsgatan 5

**Telefon**  
036-15 68 00 (vx)  
**E-post:** kammarrattenijonkoping@dom.se  
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-16 19 68

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**YRKANDEN M.M.**

Noxab i Malmö AB (bolaget) yrkar att kammarrätten ska förordna

- i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts och
- i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget sammanfattningsvis följande.

Kravet på att leverantören ska stå för alla fel som kan uppkomma på informationstavlorna, även sådana som orsakas av tredje man eller av dåligt väder, är oproportionerligt. Ronneby kommun har heller inte i besvarat den fråga bolaget ställde i anledning av detta krav. Vad gäller kravet på att underleverantörer inte får anlitas kan konstateras att om detta felaktigt ställda krav hade rättats till under anbudstiden hade bolaget kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbudspris. Övriga anbudsgivare saknar helt redovisning av kravuppfyllelse.

Ronneby kommun motsätter sig bifall till överklagandet och anför sammanfattningsvis följande. Samtliga ingående komponenter levereras som tjänst. Det är alltså inte fråga om köp utan av hyra av utrustning. Detta är en viktig förutsättning i upphandlingen som medför att kommunen ställer krav på ett helhetsåtagande. Kommunen instämmer i förvaltningsrättens bedömning att bolaget inte kan anses ha lidit eller kan komma att lida skada.

**SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. I övergångsbestämmelserna anges dock att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling alltjämt ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den sistnämnda lagen är alltså tillämplig vid bedömningen av den nu aktuella upphandlingen.

Som förvaltningsrätten konstaterat får en leverantör enligt 11 kap. 12 § LOU åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det har inte framkommit skäl att beträffande den nu aktuella upphandlingen frångå denna huvudregel. Punkten 3.26 i förfrågningsunderlaget – vari anges att underleverantörer inte får anlitas för att fullfölja den löpande tjänsten – strider alltså mot LOU.

Bolaget har anfört att det hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud ifall kravet inte hade ställts. Kammarrätten finner inte skäl att ifrågasätta denna uppgift. Härigenom och genom att bolagets anbud har förkastats på grund av bristande uppfyllelse av det olagliga kravet har bolaget lidit skada.

Sammantaget finns, genom vad som anförts ovan, förutsättningar för ingripande mot upphandlingen. Eftersom bristen hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Överklagandet ska alltså bifallas.

Vid denna utgång saknas skäl att pröva övriga invändningar som bolaget framställt mot förvaltningsrättens dom till stöd för sin talan om överprövning.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

*Ola Holmén* *Göran Mattson* *Anders Davidsson*

Kammarrättsråden Ola Holmén (ordförande), Göran Mattson (referent) och Anders Davidsson har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Håkan Jöngren / *HJ*



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I VÄXJÖ**

**DOM**  
2016-12-02  
Meddelad i Växjö

Mål nr  
3229-16

**SÖKANDE**

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

**MOTPART**

Ronneby kommun  
372 80 Ronneby

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 142304

---

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
Box 42	Kungsgatan 8	0470-56 02 00	0470-255 02	måndag-fredag
351 03 Växjö		<b>E-post:</b> <a href="mailto:forvaltningsrattenivaxjo@dom.se">forvaltningsrattenivaxjo@dom.se</a>		08:00-16:00
		<a href="http://www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se">www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se</a>		

**YRKANDEN M.M.**

Ronneby kommun har genomfört en offentlig upphandling av en tjänst i form av hyra av tre digitala informationstavlor med tillhörande mjukvaror, installationstjänster och konsultstöd. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att av de anbud som uppfyller de obligatoriska kvalificeringskraven så kommer det anbud som har lägst pris att antas. Genom tilldelningsbeslut den 9 september 2016 har det anbud som lämnats av leverantören 2nd Planet AB antagits. Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. följande. Noxab i Malmö AB:s anbud har diskvalificerats på grund av att det inte bedöms uppfylla de obligatoriska kraven i punkterna 2.4, 2.7, 2.10 och 3.26 i förfrågningsunderlaget. Noxab har inte någon egen teknisk kapacitet, efterfrågad kunskap och inte heller de efterfrågade resurserna. Eftersom Noxab saknar egen organisation har bolaget, för att fullfölja uppdraget, tecknat avtal med en annan leverantör som är att betrakta som underleverantör.

Noxab i Malmö AB (**Noxab**) ansöker nu om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte ska få avslutas förrän Ronneby kommun har vidtagit rättelse på så vis att anbudsutvärderingen görs om, varvid leverantörerna 2nd Planets respektive Focus anbud utesluts och Noxabs anbud beaktas. I andra hand yrkar Noxab att upphandlingen ska göras om.

**Ronneby kommun** bestrider bifall till Noxabs ansökan.

**VAD PARTERNA ANFÖRT**

**Noxab** har till stöd för sin ansökan anfört i huvudsak följande.

*Felaktiga grunder för diskvalificering*

Noxabs anbud har diskvalificerats på felaktiga grunder. Under punkt 2.4 i förfrågningsunderlaget anges, angående krav på anbudsgivare, endast att kommunens godkännande ska inhämtas om underleverantör krävs. På frågan "Accepteras kravet – Ja/Nej" har bolaget svarat "Ja". Det fanns ingen möjlighet att ange någon fritext i det elektroniska anbudet. Bolaget har, på sidan 5 i anbudsdokumentet under rubriken "Underleverantörer", inte angivit någon underleverantör, utan redovisat att sådan kommer att behövas och att godkännande från kommunen krävs. På samma ställe står det att "anbudsgivare och samarbetspartnern = leverantören". Noxab har i drygt 15 års tid och vid mer än 100 installationer av stora digitala skyltar, mestadels till svenska kommuner, haft en samarbetspartner i samtliga offentliga upphandlingar. Affärsavtalet för detta projekt fanns bilagt som bilaga 1 till anbudet. Det fanns därför inga sakliga skäl för kommunen att diskvalificera bolagets anbud på denna grund.

*Inskränkning av möjligheten att anlita underleverantör och oproportionerliga krav i förfrågningsunderlaget*

Noxab har under upphandlingen ställt frågor till kommunen angående punkt 3.15 i de kommersiella villkoren. Några av frågorna besvarades, men en mycket viktig fråga lämnades helt utan svar. Den handlade om vem som har ansvaret vid fel på skylten som inte är direkt skyltrelaterade, t.ex. fel orsakade av tredje man (sabotage, olycka eller dylikt), strömbrott och åsknedslag. I punkt 3.15 anges bl.a. följande. "Vid avbrott dvs. att en av informationstavlorna inte är i funktion (stillestånd), mer än en arbetsdag reduceras månadskostnaden per tavla med 25 %. Vid avbrott från två upp till fem arbetsdagar reduceras månadskostnaden per tavla med 50 %. Från och med sjätte arbetsdagen reduceras månadskostnaden per tavla med 100 %." Om det ska tolkas som att kommunen ska ha kompensation enligt skrivningen

oavsett vad som är orsaken till stilleståndet bordet det vara ett högst oproportionerligt krav. Det skulle innebära att vinnande anbudsgivare har ett ekonomiskt ansvar oavsett hur många gånger skyltarna blir t.ex. saboterade eller nerkörda av lastbilar. Det tar tre till fyra månader att få en ny skylt på plats, till en kostnad om 35 000-50 000 kronor per kvadratmeter, beroende på typ av skylt. Det är helt orimligt att detta ansvar ska ligga på leverantören.

I punkt 3.26 i de kommersiella villkoren anges vidare följande. ”Underleverantör för att fullgöra den löpande tjänsten får inte anlitas. Leverantören ska inom egen organisation och under hela avtalsperioden inklusive optionstid ha erforderlig personal för ett totalåtagande av tjänsten.” I det aktuella fallet har kommunen förbjudit leverantörerna att anlita en underleverantör för den löpande tjänsten och under hela avtalsperioden. Den löpande tjänsten innefattar förutom telefonsupport även reparation och underhåll av skyltarna. En kombination av kraven i punkt 3.15 och 3.26 innebär att en leverantör som befinner sig geografiskt långt bort ifrån Ronneby inte får anlita en lokal elektriker för service och underhåll av skyltarna, utan måste själv åka hela vägen för att reparera skylten. Kravet på att leverantören inte får ha någon underleverantör under avtalsperioden, i detta fall minst 41 månader, är oproportionerligt.

#### *Övriga anbudsgivares redovisning av kravuppfyllelse*

Digitala skyltar är rent tekniskt en ganska komplicerad produkt. Kommunens tekniska kravspecifikation innehåller cirka 150 detaljerade obligatoriska krav, där endast en bråkdel har redovisats i leverantörerna 2nd Planets och Focus anbud. Exempelvis har varken 2nd Planet eller Focus i sina anbud redovisat att de uppfyller kravet i punkt 2.14 att ”den interna kommunikationen i skylten ska vara redundant”, kravet i punkt 5.4 att ”kapslingen till modulerna ska vara tillverkad i aluminium” och kravet i punkt 11.2 att ”åsk-

skydd ska finnas och dimensioneras enligt SS 487 01 10". De båda anbudsgivarna har bara svarat "Ja" på frågan om kraven accepteras. Eftersom 2nd Planets och Focus anbud saknar kompletta redovisningar av att de uppfyller flera av de i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska kraven är deras anbud orena. En upphandlande myndighet måste ha möjlighet att kontrollera att samtliga uppställda obligatoriska krav är uppfyllda, något annat vore i strid med principen om likabehandling samt ett öppet och objektiva förfarande. Genom att låta 2nd Planets respektive Focus anbud gå vidare till slutlig utvärdering har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen.

#### *Skada*

Om Noxabs anbud inte hade diskvalificerats och kommunen hade insett att de andra två leverantörernas anbud helt saknade redovisning av uppfyllelse av de obligatoriska kraven hade Noxab rätteligen vunnit upphandlingen.

Noxab har således lidit skada i den mening som avses i LOU.

**Ronneby kommun** har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

#### *Inskränkning av möjligheten att anlita underleverantör och oproportionerliga krav i förfrågningsunderlaget*

Upphandlingen omfattar hyra av digitala informationsskyltar med tillhörande mjukvaror, tjänster, konsultstöd, underhåll, support samt drift- och servicetjänster under hela avtalsperioden inklusive optionsår samt sex månader därefter. Samtliga ingående komponenter levereras som tjänst, dvs. inget köp utan hyra av utrustning, och efter avtalets upphörande återtas utrustningen av avtalsleverantören. Detta är en viktig förutsättning i upphandlingen som medför att kommunen ställer krav på ett helhetsåtagande. Under punkt 1.4 framgår att anbudsgivare genom att inkomma med anbud godkänner de villkor som uppställts i förfrågningsunderlaget. I de fall anbudsgivare



finner att villkor eller förutsättningar som angivits i underlaget är felaktiga ska det uppmärksammas och eventuellt överprövas av förvaltningsrätten före anbudstidens slut, i syfte att möjliggöra förtydligande och eventuell rättelse från kommunen. Noxab ställde frågor under sista dagen för frågor, vilket är konstigt med tanke på att frågeställaren då riskerar att inte kunna följa upp svaren på sina frågor, som här verkar vara fallet. Att nu ifrågasätta svar på fråga som inkommit under annonseringstiden bedöms som en efterhandskonstruktion. Kommunen har i förfrågningsunderlaget tydligt angett att underleverantör inte får anlitas för att fullfölja åtagandet. Detta krav har varit tydligt på så vis att det beskrivits för vilka arbeten som underleverantör efter kommunens godkännande kan anlitas. Det är för att fullfölja den löpande tjänsten vad gäller support, underhåll, telefon-/mailstöd för såväl tekniska som användarmässiga frågor och underhåll som kravet på att underleverantör inte får anlitas har ställts upp. Kommunen upphandlar en löpande tjänst och anbudsgivaren ska ta ett helhetsansvar för leverans, installation, uppföljning, support, underhåll, drift, service m.m. under hela avtalsperioden inklusive optionsåret samt sex månader därefter. Av affärskontraktet mellan Noxab och underleverantören framgår att Noxab ges försäljningsrätt på underleverantörens digitala skyltar och rätt att disponera samtliga resurser som underleverantören förfogar över. Det framgår inte vem som kommer att ansvara för den löpande tjänsten och vems resurser som ska användas.

#### *Övriga anbudsgivares redovisning av kravuppfyllelse*

Av punkt 2.11 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare, för att kvalificera sig för utvärdering, ska acceptera och uppfylla samtliga obligatoriska krav. Av bifogad kravspecifikation framgår samtliga tekniska och funktionella krav som ska accepteras i sin helhet. Samtliga anbudsgivare har svarat "Ja", vilket var kravet för att få lämna anbud. Kommunen har inte ställt krav på att leverantörerna redan vid anbudsgivningen med intyg eller

liknande ska verifiera att de uppfyller de obligatoriska kraven. Samtliga anbudsgivare har behandlats lika. Kommunen har inte frångått förfrågningsunderlaget och inte heller tagit ovidkommande hänsyn eller i övrigt brutit mot någon bestämmelse i LOU.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 4 § LOU överpröva en upphandling.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandlande myndighet får enligt 11 kap. 2 § LOU ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att

leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Av förarbetsuttalandena till 11 kap. 12 § LOU framgår bl.a. följande. För den leverantör som inte för egen del klarar det kapacitetskrav som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ställt upp som krav i en upphandling är det möjligt att träffa en överenskommelse med ett annat företag om att detta företag ska ställa sina resurser till anbudssökandens eller anbudsgivarens förfogande. Kan denne med stöd av avtal eller på annat sätt visa att han förfogar över den andra partens resurser och därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen kan den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudssökanden eller anbudsgivaren (prop. 2006/07:128 s 245 f.). Vidare framgår av bestämmelserna i 11 kap. 12 § att en leverantör har rätt att vid kontroll av dennes lämplighet åberopa andra företags ekonomiska respektive tekniska kapacitet. Anbudsgivaren ska då förete bevis över åtagandet eller på annat sätt visa att han förfogar över nödvändiga resurser från dessa företag. Är anbudsgivaren beroende av en underentreprenör och dennes kapacitet för att hans ekonomiska ställning eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska räcka till för kontraktet, riskerar anbudsgivaren att hans anbud inte godtas om underleverantören och dennes kapacitet inte redovisas i anbudet när det i förfrågningsunderlaget har ställts upp krav på sådan redovisning (prop. 2006/07:128 s. 349 f.).

Av 6 kap. 11 § LOU följer vidare att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget får begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås.

Av förarbetsuttalandena till 6 kap. 11 § LOU framgår bl.a. följande. Efterkommer inte anbudsgivaren den upphandlande myndighetens begäran kan

detta utgöra grund för att förkasta anbudet. Bestämmelsen utgör inte grund för den upphandlande myndigheten att förbjuda eller begränsa användningen av underleverantör. Av EU-domstolens praxis framgår att en leverantör har rätt att använda sig av ett annat företag eller andra företags kapacitet för att fullgöra ett kontrakt (jfr EU-domstolens dom den 18 mars 2004 i mål C-314/01).

En upphandlande myndighet får inte, genom en klausul i förfrågningsunderlaget, uppställa ett krav på att den ekonomiska aktör som sedermera tilldelas kontraktet ska fullgöra en viss andel av det uppdrag som omfattas av kontraktet med egna resurser (jfr EU-domstolens dom den 14 juli 2016 i mål C-406/14, p. 37).

*Inskränkning av möjligheten att anlita underleverantör*

Av tilldelningsbeslutet framgår att Noxabs anbud har diskvalificerats på grund av att det inte bedömts uppfylla de obligatoriska kraven i punkt 2.4, 2.7, 2.10 och 3.26 i förfrågningsunderlaget, vari bl.a. anges att underleverantör inte får anlitas för att fullfölja den löpande tjänsten. Kommunen har bl.a. gjort gällande att det av affärskontraktet mellan Noxab och underleverantören inte framgår vem som kommer att ansvara för den löpande tjänsten och vilkens resurser som ska användas.

I punkt 3.26 i de kommersiella villkoren anges bl.a. följande. ”Underleverantör för att fullfölja den löpande tjänsten får inte anlitas. Leverantören skall inom egen organisation och under hela avtalsperioden inklusive optionstid ha erforderlig personal för ett totalåtagande av tjänsten. I de fall underleverantör erfordras för el-installationer och markarbeten för montage av informationstavlorna, skall kommunens godkännande inhämtas. Leverantören ansvarar gentemot beställaren för underleverantör som för eget arbete.”

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den upphandlande myndigheten genom punkt 3.26 i de kommersiella villkoren har inskränkt anbudsgivarnas möjlighet att uppfylla de obligatoriska kraven genom att åberopa andra leverantörers kapacitet. Den första frågan i målet är om en sådan inskränkning har stöd i gällande regelverk eller om den utgör ett brott mot, och i så fall grundar ett ingripande enligt, LOU.

En leverantör får, som nämnts ovan, enligt 11 kap. 12 § LOU vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. LOU innehåller inte någon bestämmelse som inskränker denna rätt. Redan bestämmelsens lydelse anger alltså att regeln utgör en skyldighet i det här hänseendet för den upphandlande myndigheten att även beakta andra leverantörers kapacitet om sådan åberopas (jfr EU-domstolens dom den 17 mars 2011 i mål C-95/10, p. 39-41 och 44-45). Den tolkningen står också i samklang med det syfte med regleringen som ovan relaterade förarbetsuttalanden ger uttryck för.

Mot den angivna bakgrunden anser förvaltningsrätten att leverantörens rätt att åberopa annans kapacitet inte kan inskränkas. Följdfrågan är då om Noxab, genom åberopande av underleverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet i det här fallet har visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

I punkt 2.4 anges följande. ”I de fall underleverantör krävs för att fullfölja ett arbete skall kommunens godkännande inhämtas. Anbudsgivaren svarar gentemot kommunen för underleverantör som för eget arbete.”

I punkt 2.7 innehållande krav på anbudsgivare anges vidare att "Anbudsgivaren skall ha en organisation och bemanning med teknisk förmåga och kapacitet och yrkeskunnande som säkerställer att förekommande uppdrag och leveranser kan genomföras. Som bevis på kravuppfyllnad om ovanstående teknisk och yrkesmässig kapacitet och kunnande skall anbudsgivaren beskriva sin uppdragsorganisation och dess kompetens. Leverantören skall ha kompetens för service, för support av drift, för teknisk utveckling och för uppgradering av de tekniska systemen. Det huvudsakliga arbete som projektledning, installation, testning, service och support skall ske med företagets egna resurser. För att vidimera företagets resurser skall leverera med två referenser där referenserna skall vara en skylt som är installerad utomhus, med DIP-dioder och ytan skall ej understiga 10 kvm. Referensen skall gälla ett avslutat projekt."

I punkt 2.10 anges följande. "Anbudsgivaren skall, under avtalsperioden, ha en supportfunktion. Supportfunktionen skall vara sammanhållande, en så kallad Single Point of Contact (SPoC), som ska vara tillgänglig 24x7x365 via mail och webb. Telefonsupport vardagar mellan kl. 07.00-18.00. Anbudsgivaren skall bifoga beskrivning där kravuppfyllande tydligt framgår. Beskrivningen skall minst innehålla hur uppdraget kommer att genomföras enligt följande: Organisation och funktion för supportfunktion med stöd för ingående tjänster samt under avtalsperioden införda teknologier."

Av utredningen framgår att Noxab till sitt anbud bifogat ett affärsavtal med den underleverantör som bolaget haft för avsikt att anlita i den aktuella upphandlingen. Av affärskontraktet framgår att Noxab ges försäljningsrätt på underleverantörens digitala skyltar och rätt att disponera samtliga resurser (t.ex. tekniska, yrkesmässiga, personella och ekonomiska resurser samt referenser m.m.) som underleverantören arbetat upp och förfogar över. Vidare framgår att Noxab, på sidan 4 i kommunens anbusssammanställningen under

punkt 2.7 b, har hänvisat till sidan 5 i det anbudsdocument som bolaget själv utformat och lämnat in som en del av sitt anbud. Där har bolaget lämnat en utförlig företagspresentation. Noxab har även, på sidan 5 i anbudssammansättningen under punkt 2.7 c, hänvisat till sidan 6 i det egna anbudsdocumentet, där bolaget angett två referensuppdrag avseende displayer som bolaget sålt och installerat de senaste två åren. Av uppdragsförteckningen framgår att referensuppdragen omfattat skyltar som installerats utomhus, att samtliga skyltar haft en yta som överstiger 10 kvadratmeter samt att båda uppdragen är avslutade. Vidare framgår att i vart fall fyra av de monterade skyltarna varit försedda med så kallade DIP-dioder. Dessa uppgifter har inte ifrågasatts av kommunen.

Kommunen har inte invänt mot att Noxab bifogat ett separat anbudsdocument och det har inte framkommit att utformningen av anbudet skulle vara i strid med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Kommunen har inte heller gjort gällande att den leverantör som Noxab ingått avtal med inte skulle uppfylla kraven på teknisk förmåga, kapacitet och yrkeskunnande. Enligt förvaltningsrättens mening får vad som anges i Noxabs affärsavtal med underleverantören, företagspresentationen på sidan 5 respektive förteckningen över referensuppdrag på sidan 6 i Noxabs eget anbudsdocument anses visa att Noxab uppfyller såväl kraven på uppdragsorganisation och dess kompetens, kapacitet och referenser i punkt 2.7 som kravet på supportfunktion i punkt 2.10 i förfrågningsunderlaget. Noxab får därigenom anses ha visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Angående kravet i punkt 2.4 i förfrågningsunderlaget att kommunens godkännande ska inhämtas i de fall underleverantör krävs för att fullfölja ett arbete konstaterar förvaltningsrätten att kommunen inte har angett vid vilken tidpunkt ett sådant godkännande ska inhämtas. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Ronneby kommun inte har haft fog för att förkasta Noxabs anbud på någon av dessa grunder.

Oproportionerliga krav i förfrågningsunderlaget

I punkt 3.15 i de kommersiella villkoren anges följande. "Vid avbrott dvs. att en av informationstavlorna inte är i funktion (stillestånd), mer än en arbetsdag, reduceras månadskostnaden per tavla med 25 %. Vid avbrott från två arbetsdagar upp till fem arbetsdagar reduceras månadskostnaden per tavla med 50 %. Från och med sjätte arbetsdagen reduceras månadskostnaden per tavla med 100 %. Som framkommit ovan anges i punkt 3.26 i de kommersiella villkoren bl.a. att underleverantör inte får anlitas för att fullfölja den löpande tjänsten samt att leverantören inom den egna organisationen och under hela avtalsperioden inklusive optionstid ska ha erforderlig personal för ett totalåtagande av tjänsten.

Noxab har gjort gällande att vad som anges i punkt 3.15 om kompensation vid avbrott utgör ett högst oproportionerligt krav då det enligt skrivningen gäller oavsett vad som är orsaken till stilleståndet. Enligt Noxab är det helt orimligt att detta ekonomiska ansvar ska ligga på leverantören. Kommunen har inte bemött denna invändning.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Såvitt framkommit har Noxab inte uteslutits på den grunden att bolaget inte uppfyller kravet i punkt 3.15 i de kommersiella villkoren. Enligt förvaltningsrättens mening kan Noxab således inte med framgång göra gällande att bolaget lidit skada till följd av att kvalificeringskravet i punkt 3.15 skulle vara oproportionerligt. Det finns således ingen skada kopplad till det påstådda felet. Vid dessa förhållanden finner förvaltningsrätten inte skäl att ta ställning till huruvida kravet i punkt 3.15, för sig eller tillsammans med kravet i punkt 3.26, strider mot proportionalitetsprincipen.



Övriga anbudsgivares redovisning av kravuppfyllelse

Noxab har gjort gällande att de två andra anbudsgivarna genom att endast svara "Ja" på frågan om de i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska kraven accepteras inte har visat att de uppfyller kraven. Kommunen har i sin tur invänt att samtliga anbudsgivare har svarat "Ja" på frågan om de accepterar kraven i förfrågningsunderlaget, vilket var kravet för att få lämna anbud. Det har inte ställt något krav på att leverantörerna redan vid anbudsgivningen med intyg eller liknande ska verifiera att de uppfyller de obligatoriska kraven.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Frågan är då vilken utredningsskyldighet den upphandlande myndigheten har i fall som dessa. Det finns vare sig i LOU, dess förarbeten eller rättspraxis något stöd för att den upphandlande myndigheten skulle vara skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Enligt förvaltningsrättens mening kan denna skyldighet normalt sett inte kan anses sträcka sig längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbudet och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet att också kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan således inte anses föreligga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 18 december 2009 i mål nr 4904-09). Vad Noxab anfört i denna del ger enligt förvaltningsrättens mening inte anledning att ifrågasätta de av leverantörerna 2nd Planet och Focus lämnade uppgifterna om att de accepterar och uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna obligatoriska kraven. Noxab har således inte visat att kommunen agerat i strid med någon bestämmelse i LOU eller någon upphandlingsrättslig princip då den valt att kvalificera leverantörerna 2nd Planets och Focus anbud.

*Skada*

En förutsättning för att domstolen ska ingripa i upphandlingen är att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada av felet i upphandlingen. Om felet är av sådant slag att upphandlingen kan rättas, t.ex. att den klagande leverantören ska vara kvalificerad, förutsätter skaderekvisitet att leverantören visar att denne har lidit eller riskerar att lida skada av felet. Om felet däremot är av sådant slag att det har påverkat det konkurrensuppsökande skedet, och således ska medföra ett förordnande att upphandlingen ska göras om, kan sökandens skada vara mer abstrakt beskriven. Det är i den situationen tillräckligt att den klagande leverantören kan övertyga domstolen om att felet har påverkat det sätt på vilket leverantören har utformat anbudet och att leverantören, om felet inte förelåg, hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud (jfr Rosén Andersson, Helena m.fl. *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, 1:1 uppl. Norstedts Juridik AB, s 611 f.).

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att Noxab genom att åberopa kapaciteten hos underleverantör visat att bolaget uppfyller efterfrågad teknisk och yrkesmässig kapacitet samt att Ronneby kommun således inte har haft fog för att förkasta Noxabs anbud på denna grund. Denna överträdelse är hänförlig till kvalificeringsfasen. Av punkt 1.1.1.1 och 1.5 i förfrågningsunderlaget framgår att avtal endast kommer att tecknas med en anbudsgivare samt att det anbud som har lägst pris kommer att antas. Av utredningen framgår att totalt tre leverantörer deltagit i upphandlingen, varav Noxabs anbud haft det högsta priset. Som konstaterats ovan anser förvaltningsrättens att kommunen inte agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att kvalificera 2nd Planets och Focus anbud. Då Noxab, med hänsyn till priset på sitt anbud, hamnat först på tredje plats finner förvaltningsrätten att Noxab inte

kan anses ha lidit eller komma att lida skada till följd av Ronneby kommuns  
agerande. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Anders Poulsen

rådman

Föredragande: Ylva Nilsson



## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.