



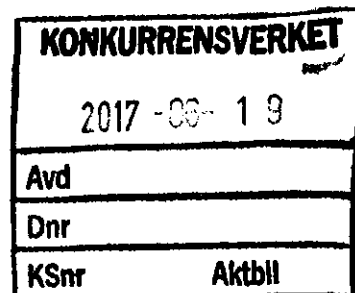
SÖKANDE

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

MOTPARTER

1. Tibro kommun
543 80 Tibro

2. LEDventure AB, 556772-5345
C/o Transtema AB
Flöjelbergsgatan 12 1 tr
431 37 Mölndal



SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÅLOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutats innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från LEDventure AB ska förkastas.

BAKGRUND

Tibro kommun har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande som benämns Digitala infartsskyltar Tibro (refnr: SHB 2016-000026). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör (LEDventure AB) än Noxab i Malmö AB (Noxab) antagits. Noxab har ansökt om överprövning.

Dok.Id 225434

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

Förfrågningsunderlaget

Upphandlingsföremålet och formerna för anbudsgivning

Kommunen har för avsikt att köpa in tre digitala informationsskyltar. De tre skyltarna ska placeras längs med olika infarter mot Tibro tätort. Två av skyltarna ska placeras vid väg 49 och en skylt ska placeras vid väg 201. Upphandlingen omfattar ett helhetsuppdrag där skyltar med tillhörande utrustning, programvara, skyltbärare, tillverkning av markfundament, montering och underhåll, support, reparation och uppgradering under garantitiden ingår. I uppdraget ingår också att de befintliga analoga skyltarna monteras ned och forslas bort. Anbud ska lämnas på hela upphandlingsföremålet. En anbudsgivare kommer att antas. Uppdraget ska påbörjas snarast efter avtalets tecknande. Kommunen ansvarar för att skyltplatsen är åtkomlig för de maskiner och fordon som krävs vid arbetet med: Nedmontering av befintliga skyltar. Nya fundament. Montering av skyltarna. Service och reparationer av skyltarna. Kommunen ansvarar även för framdragning av el till skyltplatserna med överlämningspunkt i apparatskåpet. Alternativa anbud, sidoanbud och reservationer tillåts inte.

Anbudens form och innehåll

Av punkten 3.2.3 Tillgång till andra företags kapacitet i förfrågningsunderlaget framgår att för underleverantör svarar leverantören såsom för sig själv. Underleverantör, som åt leverantören utför uppdrag i direkt kontakt med köparen, får inte anlitas utan kommunens skriftliga godkännande. Om leverantören avser anlita underleverantör för service ska underleverantören beskrivas utifrån kompetens för service, för support av drift och uppgradering av de tekniska systemen. Underleverantörer granskas liksom leverantören och kan uteslutas på grunder enligt 10 kap. ÄLOU.

Leverantören ska i sitt anbud, i form av fritextsvar, ange organisationsnummer för varje underleverantör som kan komma ifråga för utförande av upp-

draget och ange för vilken del av uppdraget som underleverantören kommer att svara. Om underleverantör inte kommer att användas ska frågan besvaras med "inget".

Vid anbudsprövningen kommer kommunen att pröva om det finns grund för uteslutning av underleverantör enligt 10 kap. ÄLOU.

Anbudsprövningen

Anbudsprövningen sker i tre steg:

1. Innehåller följande delmoment:
 - a. Prövning huruvida kraven i avsnitt 1.4, Anbudsförfarande, och avsnitt 3, Kontroll av leverantör, uppfylls
 - b. Kontroll huruvida leverantören har accepterat de i avsnitt 4, Avtalsvillkor, angivna kommersiella villkoren
2. Prövning huruvida de i avsnitt 2, Anbudsspecifika uppgifter, ställda kraven uppfylls
3. Utvärdering

Vid utvärderingen prövas vilket av den kvalificerade anbuden som är det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån i förfrågningsunderlaget angivna tilldelningskriterier.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fyra leverantörer har lämnat anbud. En leverantör har dock valt att dra tillbaka sitt anbud innan anbudsprövningen avslutats. Anbudet från Ledventure Media & Teknik AB (Ledventure) antogs som det kvalificerade anbud som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt. Noxabs anbud kom på andra plats vid anbudsvärderingen.

YRKANDEN

Noxab yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Ledventure ska förkastas.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

Ledventure anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Noxab

En underleverantör är ett företag som en anbudsgivare/leverantör beställer produkter och tjänster från till ett visst projekt. När en leverantör beställer t.ex. fundament från en tillverkare är denna att betrakta som underleverantör till leverantören. Ledventure har inte åberopat annat företags kapacitet och angivit att det inte kommer att anlita någon underleverantör. Allt arbete ska således utföras av Ledventures egen personal som består av tre till fyra personer. Detta framstår som orimligt och det är helt osannolikt att Ledventure skulle ha kapacitet att leverera hela upphandlingsföremålet utan att anlita någon underleverantör. Det ovan sagda berör särskilt:

- Punkten 2.1.4, Krav på fundament, underpunkterna 3,4 och 6
- Punkten 2.1.8, Krav på installation, underpunkten 17

För att kunna uppfylla ovan nämnd krav krävs bl.a. följande:

- Särskild utbildning

- Särskild utrustning i form av bl.a. entreprenadmaskiner som kräver särskilda tillstånd för att handha
- Certifikat för tillverkning av ståldetaljer som utgör stolpe och ram runt bildyta enligt standarden SS-EN 1091-1 – Bärande konstruktioner av stål och aluminium
- Särskild erfarenhet

Det är inte sannolikt att Ledventure har de resurser av ovan nämnt slag som krävs för att kunna utföra de anläggnings- och konstruktionsarbeten som ingår i upphandlingsföremålet utan att anlita underleverantör.

Kommunen

Upphandlingen avser tre digitala skyltar och utgör därmed ett sådant varukontrakt som avses i 2 kap. 21 § ÄLOU. I ÄLOU finns inte någon legaldefinition av begreppet underleverantör. Varje leverantör har i sin tur leverantörer, då detta är en förutsättning för att kunna bedriva affärsverksamhet. Av rättspraxis framgår att som gör en leverantörs leverantör till underleverantör i upphandlingsrättslig mening är att underleverantören anlitas av leverantör för att utföra hela eller delar av det efterfrågade uppdraget, se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 15 juni 2015 i mål nr 3150-14. Detta innebär att en leverantörs leverantör av bokföringstjänster per definition inte är underleverantör – utom för det fall det upphandlade uppdraget avser bokföringstjänster. Varuleverantör (däcktjänstleverantörs däckleverantör eller skyltleverantörs leverantör av skyltbärare) är definitionsmässigt inte heller underleverantör.

Då upphandlingen inte avser något uppdrag kan man ifrågasätta om underleverantörer överhuvudtaget kan bli aktuella annat än i undantagsfall. Oaktat detta har upphandlande myndighet ett visst utrymme att själv definiera vilka leverantörer som ska anses vara underleverantörer (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 22 april 2015 i mål nr 5-15). Kommunen har i

enlighet med detta i sitt förfrågningsunderlag (se punkt 3.2.3) formulerat en egen definition av begreppet underleverantör i den aktuella upphandlingen:

Underleverantör, som åt leverantören utför uppdrag i direkt kontakt med kommunen, får inte anlitas utan kommunens skriftliga godkännande.

Kravet på direkt kontakt avser de fall då uppdrag överläts på underleverantör som är ålagd att hantera en personlig kontakt mellan kommunen och underleverantören, således inte de fall då kontakterna sköts av leverantören medan tredje man bistår leverantören med exempelvis underhållstjänster. Begreppet underleverantör kan i denna varuupphandling företrädesvis bli aktuellt när det gäller att överlämna tillhandahållandet av tjänster som service, underhåll och liknande. Det faktum att Ledventure eventuellt anlitar någon för att hjälpa dem med installationen (en del av varukontraktet) gör inte att kommunen får direkt kontakt med denne och den assisterande leverantören blir därför inte att betrakta som underleverantör. Mot bakgrund av det ovan anförda kan kommunen inte anses ha brutit mot ÄLOU genom att utvärdera och anta anbudet från Ledventure.

Ledventure

Underleverantörer ska anges om sådana anlitas för att utföra kontraktsprestationer såsom demontering/bortforsling av befintliga skyltar, grävning för fundament och montering av de digitala infartsskyltarna. Att beställa färdiga fundament eller platsgjuta dessa, beställa färdiga skyltbärare från ett företag godkänt av Trafikverket och beställa ramverk som levereras till installationsplatsen är inte att betrakta som anlitage av underleverantörer.

Ledventure ingår i en större koncern som primärt bygger kommunikationsnät (fiberinstallation) i hela Sverige. Därigenom har Ledventure närhet till både certifierad personal och en gedigen maskinpark med bl.a. kranbilar och lastmaskiner/grävare. Det råder inte tvivel om och är dessutom visat vid ett

flertal tillfällen att Ledventure har kunskapen och erfarenheten av att genomföra sådan kontraktsprestation som är aktuell i upphandling och är därför inte i behov av att anlita underleverantörer.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom de upphandlingar som förevarande mål gäller har påbörjats före den 1 januari 2017 är ÄLOU tillämpliga dessa mål.

I 1 kap. 9 § ÄLOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 4 § ÄLOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

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

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. ÄLOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i ÄLOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (se dom i mål C-171/15, *Connexion*, med där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt. Enligt principen om likabehandling krävs dessutom att alla anbudsgivare som är intresserade av ett offentligt kontrakt ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet samt vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter. Kravet på öppenhet innebär också att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt ÄLOU 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)

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon definition av vad som avses med underleverantör. Med underleverantör får därför förstås vad som allmänt anses vara underleverantör, d.v.s. varje annan juridisk eller fysisk person som anbudsgivaren avser att anlita för att genomföra hel eller del av uppdraget. I förfrågningsunderlaget anges exempelvis vidare i punkten 2.1.4, Krav på fundament, och punkten 2.1.8, Krav på installation att om underleverantör kommer användas så ska denna namnges. Under punkten 3.2.3 Tillgång till andra företags kapacitet anges att för underleverantör svarar leverantör såsom för sig själv.

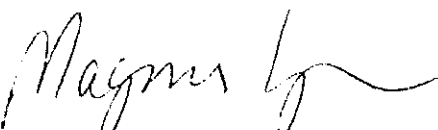
Ledventure har endast tre till fyra anställda. Trots detta har Ledventure i sitt anbud varken åberopat resurser hos andra företag eller angivit att det kommer att anlita underleverantörer. I förvaltningsrätten har Ledventure på ett övergripande plan hänvisat till sin koncerntillhörighet. Det är dock inte tillräckligt att relevanta resurser finns inom koncernen. Resurser som finns hos moderbolag eller systerbolag kräver att det finns ett åtagande från det specifika bolaget för att kunna tillgodoräknas vid anbudsprövningen. Annars måste det framgå att relevanta resurser finns hos Ledventure eller dess eventuella dotterbolag. Detta har inte uppfyllts av Ledventure. (jfr EU-domstolens dom i mål C-389/92, Ballast Nedam och Falk, Jan-Erik, Lag om offentligt upphandling – En kommentar, 2 uppl., 2011, s. 368 ff.)

Förvaltningsrätten finner därför att Noxab förmått göra sannolikt att Ledventures uppgift om att samtliga kontraktsprestationer kommer att tillhandahållas med egna resurser är felaktigt och att detta gäller även om resurser hos eventuella dotterbolag skulle räknas in. Ledventure har således inte uppfyllt förfrågningsunderlagets obligatoriska krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet, eftersom sannolikt behöver utnyttja kapacitet hos andra

företag (exklusive egna dotterbolag), alternativt underleverantörer, och inte har redovisat detta. Dess anbud skulle därför rätteligen ha förkastats.

Kommunen har således brutit mot ÄLOU genom att i strid med förfrågningsunderlagets föreskrifter, och därmed även de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU, anta och utvärdera Ledventures anbud. Noxab, vars anbud kom på andra plats vid anbudsprövningens utvärderingsdel, har därigenom lidit eller kan komma att lida skada i ÄLOU:s mening. Felet i upphandlingen är inte hänförligt till den konkurrensuppsökande fasen. Rättelse är därför en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns skäl att förordna att upphandlingen inte får avslutats innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Ledventure ska förkastas.

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



Magnus Isgren

Rådmannen Magnus Isgren har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



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 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.

