



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Antonia Wopenka

DOM
2012-06-19
Meddelad i
Växjö

Mål nr
865-12
952-12

SÖKANDE

1. Focus Elektronik Aktiebolag, 556106-9088
Box 9044
126 09 Hägersten

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

MOTPART

Ljungby kommun
341 83 Ljungby

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2012-06-19	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Focus Elektronik Aktiebolags ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten bifaller Noxab i Malmö ABs ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 50956

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Ljungby kommun har genomfört en upphandling av elektroniska informationstavlor med bärare. Genom tilldelningsbeslut den 5 mars 2012 antogs ProShop Europé som leverantör.

Noxab i Malmö AB (Noxab) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om eftersom upphandlingsformen är fel och strider mot LOU.

Focus Electronic Aktiebolag (Focus) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas så att ProShop Europé inte ska få delta och Focus Electronics anbud ska utvärderas.

Ljungby kommun (kommunen) yrkar att båda ansökningarna om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Noxabs ansökan om överprövning

Noxab anför i huvudsak följande. Kommunen har valt en entreprenadform som strider mot LOU. Upphandlingen är inte en entreprenad utan inköp av en vara. Ett kontrakt ska behandlas som ett tjänstekontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetet är mindre än värdet av varorna. Kostnaderna som är kopplade till monteringen av skyltar utgör endast cirka fem till tio procent av totalpriset i aktuell upphandling. Summan av arbetena som inräknas som entreprenadarbeten är inte i närheten av de mer än 250 000 kr som krävs för att det ska kunna anses vara en entreprenad. Eftersom det rör sig om en upphandling av ett varukontrakt hänvisar kommunen till fel upphandlingsföre-

skrifter. Ställda miljökrav är inte tillämpliga i upphandlingen och uppgifterna i dokumenten är förvirrande och motsägelsefulla. Noxab har lidit skada eftersom de inte kunde lämna anbud i upphandlingen, de är konsult i branschen och hade lämnat anbud om kommunen hade använt rätt upphandlingsform och föreskrifter i förfrågningsunderlaget.

Kommunen anför i huvudsak följande. I upphandlingen ingår förutom själva LED-tavlorna uppförande av bärare. I förfrågningsunderlaget ställs höga krav på skyltbärare och kommunen bedömer att ingen anbudsgivare kan använda sig av en på marknaden förekommande standardprodukt för dessa. Till detta kommer kostnaden för montage av skyltbärare med anpassning till befintligt fundament, kostnader för kranbilar, vägvästängning, dokumentation, testning, utbildning, elsäkerhet, montage, projektledning, platsbesök m.m. Dessutom ingår i den femåriga garantitid som begärs för LED-tavlorna underhåll, reparation och service, telefonsupport samt reservdelar. Även om förvaltningsrätten skulle finna att Ljungby kommun har valt en felaktig kontraktsform saknas skäl att ingripa på denna grund. Det föreligger inte hinder enligt LOU för att använda sig av AMA AF 07 eller AB 04 eller att ställa krav på miljöledningssystem. Noxab har inte lämnat anbud i upphandlingen eller visar någon intention på att lämna anbud och kan således inte anses ha lidit någon skada.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I målet är inledningsvis fråga om föremålet för den aktuella upphandlingen är ett varukontrakt eller ett byggentreprenadkontrakt.

Kommunen har genomfört den aktuella upphandlingen som en upphandling av en byggentreprenad med tillämpning av ett förenklat upphandlingsförfarande. Enligt inbjudan till anbudsgivning omfattar upphandlingen två stycken LED-tavlor och bärare. De fundament som finns på platsen ska

återanvändas. I punkt 1.4.2 i förfrågningsunderlaget anges att entreprenaden omfattar leverans, montage och inkoppling av skyltar, leverans av bärare och uppfyllande av krav och villkor enligt kravspecifikationen.

Med varukontrakt avses enligt 2 kap. 21 § första stycket LOU ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt. Ett kontrakt skall behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna.

Med byggentreprenadkontrakt avses enligt 2 kap. 3 § LOU kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 eller som medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.

Gränsdragningen av dessa två typer av kontrakt får avgöras utifrån vad som är det överordnade inslaget i upphandlingen. Förvaltningsrättens konstaterar att huvudföremålet är de två LED-tavlorna. Något sådant föremål, eller installering eller montering av sådana, finns inte med i uppräknningen av byggentreprenader i bilaga 1 till LOU. De är inte heller byggnadsverk. Upphandlingen avser därmed inte ett byggentreprenadkontrakt, trots att byggtjänster av viss omfattning omfattas, utan ett varukontrakt.

Fråga är därefter om Noxab har lidit skada på grund av att upphandlingen har genomförts i fel form.

Kommunen har anfört att Noxab inte har lämnat något anbud i upphandlingen eller uppvisat någon intention att göra det och att de därför inte kan sägas ha lidit skada. Noxab har invänt att de är konsulter i branschen och skulle ha lämnat anbud om inte kommunen valt fel upphandlingsform och föreskrifter i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att betvivla Noxabs uppgifter att man har haft för avsikt att lämna in ett anbud och det går inte att bedöma hur ett sådant anbud hade stått sig i konkurrens med andra. Det förhållandet att bolaget inte lämnat ett anbud när kommunen valt fel upphandlingsform utesluter vid dessa förhållanden inte att bolaget har lidit eller i vart fall kan komma att lida skada. Då felaktigheten har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen ska ansökan bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

Focus ansökan om överprövning

Focus anför i huvudsak följande. I tilldelningsbeslutet framgår att Focus anbud inte har beaktats eftersom det överskrider kommunens budget. Att budgeten inte ska överskridas är inte formulerat som ett skallkrav i anbudsfrågan. Likabehandlingsprincipen har inte följts. Trots att de har uppfyllt alla skallkrav och skulle ha haft det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har de inte tilldelats kontraktet. ProShop Europés anbud uppfyller inte skallkraven då kvalitetsansvarig och miljöansvarig saknas och den av dem offererade kamerans upplösning inte är i enlighet med frågan.

Kommunen anför i huvudsak följande. I anbudsfrågan står det klart uttryckt att ifall inget anbud under en miljon kronor inkommer så kommer upphandlingen att avbrytas. Hade Ljungby kommun utvärderat Focus anbud hade ändå inte de kommit ifråga som leverantör då ProShop Europé hade lägre utvärderingspris och anbudspris. Focus har inte lidit eller kom-

mer att lida skada då Ljungby kommun hade avbrutit upphandlingen vid anbudspris över en miljon.

Det aktuella villkoret återfinns i Allmän orientering i punkt 1.2.1 i förfrågningsunderlaget och lyder "I Ljungby kommuns budget finns 1 mkr avsatta för informationstavlorna. Om inget anbud hamnar under denna summa kommer upphandlingen att avbrytas."

Förvaltningsrätten konstaterar att den aktuella skrivningen inte är utformad som ett skallkrav. Det faktum att Focus lämnade ett anbud med ett pris överstigande en miljon kronor borde därför inte ha medfört att deras anbud förkastades. Det har å andra sidan klart framgått av underlaget att även om en ensam anbudsgivare står kvar med ett anbud som uppgår till mer än en miljon kronor kommer kommunen att avbryta upphandlingen. Vid dessa förhållanden kan Focus inte anses ha lidit skada av den felaktiga diskvalificeringen. Focus ansökan om överprövning ska därför avslås.

Oavsett hur bolagets yrkanden har utformats har förvaltningsrätten att välja mellan att upphandlingen ska göras om eller rättas (jfr RÅ 2005 ref. 47). Eftersom förvaltningsrätten i mål 952-12, se ovan, beslutat att upphandlingen ska göras om finns dessutom ingen reell möjlighet att samtidigt förordna om rättelse i upphandlingen.

Sammanfattningsvis har det i den aktuella upphandlingen förekommit sådana brister att det finns grund för ingripande enligt LOU. Förvaltningsrätten förordnar därför att upphandlingen ska göras om.

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

Göran Lundahl



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU