

KLAGANDE

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

MOTPARTER

1. Borlänge kommun
2. Falu kommun

Ombud för 1 och 2: Gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan
Ludvika kommun
UpphandlingsCenter FBR
771 82 Ludvika

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 16 oktober 2017 i mål nr
3086–3087-17, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och återförvisar målen till
förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

YRKANDEN M.M.

Noxab i Malmö AB yrkar på samma sätt som i förvaltningsrätten och anför i huvudsak följande. Det är i strid med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, att en upphandlande myndighet själv bestämmer om ett ska-krav är uppfyllt eller inte. Den upphandlande myndigheten har tagit det lägsta priset utan att kontrollera om kraven varit uppfyllda. Det har inte kontrollerats om t.ex. referenser varit riktiga. Bolaget har ringt upp en av den vinnande leverantörens angivna referenser som aldrig hört talas om den vinnande leverantören.

Nämnden anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Nämnden utvärderade inkomna anbud i den öppna annonserade upphandlingen och konstaterade att alla inkomna anbud var förenade med brister. Bolaget fick möjlighet att ta tillvara sina rättigheter i samband med beslutet att diskvalificera bolagets anbud i den öppna upphandlingen. Då något sådant steg inte tagits förutsätts att alla juridiska hinder för att övergå till ett förhandlat förfarande varit undanröjda. Det aktuella avtalet har varit föremål för annonsering i en öppen upphandling och avviker inte i sak från det annonserade förfrågningsunderlaget. Ingen domstol har interimistiskt beslutat att avtal inte får tecknas. I ett förhandlat förfarande tillämpas varken bestämmelserna om tilldelningsbeslut eller avtalsspärr varför ett brott mot dessa bestämmelser inte föreligger.


SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Ordalydelsen i 9 kap. 9 § första stycket LOU är enligt kammarrätten undantagslös när det gäller den upphandlande myndighetens skyldighet att underrätta andra anbudssökande och anbudsgivare om tilldelningsbeslut. Trots att förutsättningarna för att få till stånd en överprövning är begränsade när en avtalsspärr inte gäller kan det finnas fler anbudssökande eller

anbudsgivare som bör ha en möjlighet att begära överprövning av tilldelningsbeslutet (jfr prop. 2001/02:142 s. 81).

Eftersom nämnden har slutit avtal innan andra anbudssökande och anbudsgivare underrättats om tilldelningsbeslutet finns grund för att förklara avtalet ogiltigt med stöd av 16 kap. 13 § andra stycket LOU. En ytterligare förutsättning för ogiltigförklaring enligt nämnd bestämmelse är dock att de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Av instansordningsskäl bör en sådan prövning inte göras av kammarrätten som första instans. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas och målen återförvisas till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

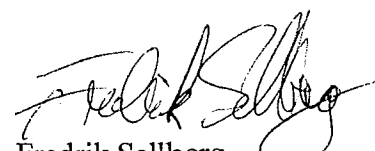
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Peter Lif
kammarrättslagman
ordförande



Carina Ferm Brodén
kammarrättsråd



Fredrik Sellberg
tf. kammarrättsassessor
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredraganden
Antonia Eriksson

DOM
2017-10-16
Meddelad i Falun

Mål nr
3086-17
3087-17

Ab11
Sida 1 (4)

Bilaga A

SÖKANDE

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

MOTPARTER

1. Borlänge kommun
2. Falu kommun

Ombud för 1 och 2: Gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan
Ludvika kommun, 771 82 Ludvika

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Noxab i Malmö AB:s ansökan om ogiltigförklaring.

YRKANDEN M.M.

Den gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan i Ludvika kommun har som ombud för motparterna genomfört en upphandling av digitala informationstavlor till infarterna till Falun och Borlänge (dnr GNU 2016/85). Upphandlingen har skett genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Den 22 juni 2017 underrättades anbudsgivarna om att avtal hade tecknats.

Noxab i Malmö AB (i det följande Noxab), som också deltog i upphandlingen, yrkar att förvaltningsrätten beslutar att avtalet med den konkurrerande anbudsgivaren ska ogiltigförklaras och att ett nytt tilldelningsbeslut ska utfärdas utan den anbudsgivaren.

Noxab anför i huvudsak följande. Det skickades aldrig något tilldelningsbeslut i upphandlingen. Istället skickades ett mail om att kontrakt hade tecknats med vinnande leverantör. Vinnande leverantör uppfyller inte flertalet av de obligatoriska krav som uppställts i upphandlingen. Att ändå teckna kontrakt med bolaget strider mot likabehandlingsprincipen och därmed LOU.

Gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan (i det följande nämnden) yrkar att Noxabs ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Efter att upphandlingen övergått till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inbjöds fyra leverantörer in för att läka bristerna i sina tidigare anbud. Av alla fyra som bjöds in tecknades avtal med vinnande leverantör den 20 juni 2017 utan beaktande av avtalsspärr, vilket är förenligt med gällande rätt. Underrättelse om att avtal tecknats skickades till övriga anbudsgivare den 22 juni 2017. Nämnden anser sig inte ha åsidosatt likabehandlingsprincipen genom sitt val av leverantör.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) har upphört att gälla och - såvitt nu är av intresse - ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Enligt övergångsbestämmelserna ska dock 2007 års lag alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Eftersom den i målen aktuella upphandlingen annonserades 2016 är 2007 års lag tillämplig, dvs. ÄLOU.

I 16 kap. 13 § ÄLOU finns en uttömmande uppräkningslista av de fall av felaktig eller underlåten upphandling som kan medföra att en domstol förklarar ett ingånget avtal ogiltigt. Den i målen tillämpliga bestämmelsen finns i andra stycket. Där stadgas - såvitt nu är av intresse - att ett avtal ska förklaras ogiltigt om det har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i ÄLOU har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av utredningen framgår - och är ostridigt i målen - att det kritiserade avtalet har tecknats utan att det dessförinnan skickats ut någon underrättelse om tilldelningsbeslut. En avgörande fråga i målen blir om det var nödvändigt att skicka ut en sådan underrättelse. Endast om så är fallet kan Noxabs talan om ogiltigförklaring bifallas. Frågan om de grundläggande principerna i ÄLOU har överträtts saknar betydelse om någon underrättelse inte behövde skickas ut.

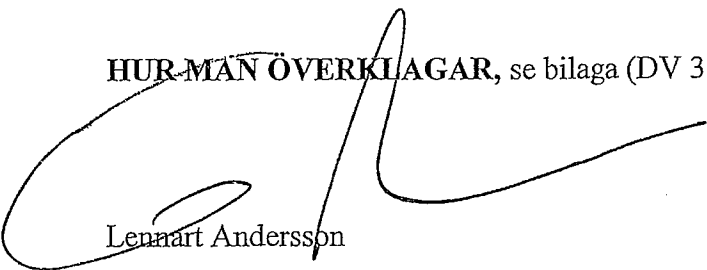
Bestämmelser om underrättelse om beslut finns i 9 kap ÄLOU. En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal inte får ingås (9 § första stycket).

Den i målen aktuella upphandlingen har skett genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det innebär att det inte råder någon avtalsspärr (16 kap. 2 § ÄLOU). Av lagens förarbetena framgår att när det inte föreligger någon skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut kommer inte någon avtalsspärr att gälla. Exempelvis kommer avtalsspärr inte att gälla i de fall det endast finns en anbudsgivare, varför det i sådana situationer alltså inte heller finns någon skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut (prop. 2001/02:142 s. 81 och prop. 2009/10:180 s. 117 f).

Ett av syftena med att underrätta om tilldelningsbeslut är att det efter tilldelningsbeslutet löper en avtalsspärr under vilken upphandlande myndighet är förhindrad att teckna kontrakt. Om det, som i det nu aktuella fallet, inte finns någon avtalsspärr att ta hänsyn till kan den upphandlande myndigheten enligt förvaltningsrättens mening teckna kontrakt utan att först underrätta anbudsgivarna om ett tilldelningsbeslut.

Av det anförda följer att nämnden i den i målen aktuella situationen inte var skyldig att underrätta anbudsgivarna om tilldelningsbeslut innan kontrakt tecknades. Eftersom det brister i denna grundläggande förutsättning i 16 kap. 13 § ÄLOU ska Noxabs ansökan om ogiltigförklaring avslås.

HUR MÅN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C/LOU).



Lennart Andersson
rådman

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 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. 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 upphandlingen inte får avslutas, 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.