



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-06-04
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2215-15

SÖKANDE

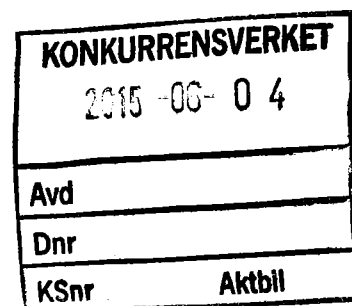
Noxab i Malmö AB, 556752-0738
Svansjögatan 29
217 66 Malmö

MOTPART

Norrköpings kommun
Rådhuset
601 81 Norrköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 209803

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Norrköpings kommun genomför en upphandling av digitala informationskyltar. Utvärderingsgrunden är lägsta pris. Av tilldelningsbeslut den 23 mars 2015 framgår att en annan leverantör än Noxab i Malmö AB vunnit upphandlingen.

Noxab i Malmö AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Norrköpings kommun (kommunen) anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA I HUVUDSAK ANFÖRT

Bolaget

Fel upphandlingsform

Kommunen har valt en upphandlingsform som strider mot LOU. På flera ställen i förfrågningsunderlaget används ordet *entreprenad*. Detta kan inte vara felskrivningar, eftersom det är upprepat på mer än tio ställen i förfrågningsunderlaget. Bolaget tolkar detta som att kommunen avser att upphandla en entreprenad. Det rör sig dock tveklöst om inköp av vara.

Fel i de administrativa- och entreprenadföreskrifterna

Eftersom det rör sig om en upphandling av ett varukontrakt, har kommunen hänvisat till fel föreskrifter och allmänna bestämmelser, t.ex. till ABM 07 med hänvisning till leveransklausuler för byggbranschen. Kommunen har utformat de administrativa föreskrifterna enligt AMA AF Köp 08. Detta standardavtal är inte tillämpligt, eftersom det handlar om inköp av varor specifikt till entreprenader inom byggsektorn. AMA AF Köp 08 innehåller många paragrafer och skrivningar som per automatik blir oproportionerliga för inköp av digitala informationskyltar.

Oproportionerliga krav

Säkerhet

Kommunen har krävt att leverantören ska ställa säkerhet på ett belopp motsvarande 5 procent av kontraktssumman under garantitiden. Kontraktssumman är 3 132 000 kr och fem procent av detta blir 156 000 kr. Eftersom garantitiden är fem år innebär detta att vinnande anbudsgivare tvingas "låsa" en mycket stor del av vinsten i fem år. Det krävs uppskattningsvis högst tre servicetillfällen per år och skylt, vilket blir en total kostnad på 6 750 kr per år, dvs. 0,2 procent av anbudspriset. Kravet på att leverantörerna ska ställa ekonomisk säkerhet under fem år är ett typiskt exempel på ett av många oproportionerliga krav som är hämtade från AMA AF Köp 08.

Byggmöten

Kommunen kräver att byggmöten ska hållas var fjortonde dag under entreprenadtiden. Det tar dock högst en vecka att göra klart hela arbetet. Naturligtvis kan det behövas ett eller ett par möten under byggprocessen, men att ha förutbestämda möten var fjortonde dag är oproportionerligt.

Uppgifter som gör det omöjligt att beräkna kostnaderna på rätt sätt

Den 25 februari 2015 besökte bolaget Norrköping och blev förevisat samtliga fem installationsplatser. Det konstaterades att de två installationsplatserna som ligger längs E4:an är helt omöjliga att komma till annat än från motorvägen. Det innebär problem vid avlastning och montering av skyltarna samt inte minst varje gång skyltarna ska rengöras.

Via upphandlingsverktyget frågade bolaget vem som ska stå för kostnaderna för tre stycken TMA-skydd på motorvägen vid installation och service med tillhörande TA-planer. Det enda svar som gavs var att "Vi anser att tillgång till skylten för service och underhåll kan ske från annan väg". Någon sådan "annan väg" finns dock inte. Det finns inte heller något i för-

frågningsunderlaget eller tilläggskrivningar som antyder att det eventuellt ska anläggas en "annan väg". Eftersom det visat sig omöjligt att komma fram till installationsplatserna från "annan väg", kände sig bolaget tvunget att räkna in mycket kostnadskrävande utgifter, för två eller tre TMA-skydd och TA-planer, i anbudspriset. Om det hade framkommit under anbuds-tiden att en annan väg kommer att finnas vid tidpunkten för leverans, hade bolaget inte behövt räkna med dessa merkostnader i sitt anbud.

Skada

Bolaget har lidit, eller kan komma att lida skada, eftersom det inte haft möjlighet att lämna ett adekvat anbud pga. fel upphandlingsform samt att flera avgörande uppgifter om vad som ska ingå i anbudet, saknades i förfrågningsunderlaget. Vissa av kraven i förfrågningsunderlaget är också missvisande och ytterst oproportionerliga. Eftersom bolaget inte fick svar på frågan om vad som ska ingå i anbudspriset, är risken uppenbar att bolaget kan ha räknat med onödiga kostnader och därmed lämnat ett för högt anbudspris.

Kommunen

Upphandlingsform

Upphandlingen avser köp av vara, vilket framgår tydligt av annonseringen i Visma Tendsign. Förfrågningsunderlaget är upprättat enligt AMA AF Köp 08 (Administrativa föreskrifter för köp av vara). Kommunen har använt detta som ett underliggande dokument för att strukturera informationen till anbudsgivarna. Detta strider inte mot LOU. I AMA AF Köp 08 förekommer felaktigt ordet entreprenad i undertexterna till några av rubrikerna. Det är helt uppenbart att detta är felskrivningar och att de inte har till syfte att ändra upphandlingens form. I de administrativa föreskrifterna anges vidare att "säljarens åtagande avser leverans, montage samt driftsättning av digitala informationsskyltar". Av detta framgår att upphandlingen avser köp av vara.

Oproportionerliga krav

Säkerhet

I upphandlingen ingår ett garantiåtagande på fem år. Under denna tid ska leverantören utföra erforderliga reparationer samt garantera att det finns reservdelar. Leverantören ska ställa en säkerhet till köparen med ett belopp motsvarande 5 procent av kontraktssumman, vilket för bolaget skulle innebära totalt 156 000 kr, dvs. 31 200 kr per år. Kravet är transparent och storleken på den säkerhet som krävs är proportionerlig.

Byggmöten

Eftersom köparen tillhandahåller fundament och skåp som skyltarna ska monteras i, är det nödvändigt att hålla byggmöten för att koordinera och samordna projektet. Ett första byggmöte sker innan monteringen påbörjas och sedan är det brukligt att hålla byggmöten var fjortonde dag. När leverans, montage och driftsättning är klar behövs inte fler byggmöten. Kravet på byggmöten är proportionerligt och transparent.

Inte kalkylerbara förutsättningar

Under anbudstiden har bolaget frågat hur man ska räkna gällande angöring till skyltarna. Kommunen har svarat att tillgång till skyltar sker från annan väg. Detta är en kalkylerbar förutsättning för samtliga anbudsgivare. Det viktiga för anbudsgivarna är att de kan räkna med att nå respektive skylt från annan väg än E4:an. Detta innebär att de i sina anbud inte behöver räkna med kostnader för TMA-skydd och TA-planer. Hur bolaget har tolkat kommunens svar, har kommunen ingen möjlighet att bedöma. Det är ostridigt att det inte finns någon annan väg vid anbudstillfället. Detta är dock inte samma sak som att ”annan väg” inte kommer att finnas vid tidpunkten för leverans.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50 framkommer bl.a. följande. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när. LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. I kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i

1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats.

Upphandlingsform och använt standardavtal m.m.

Det är ostridigt i målet att upphandlingen avser köp av vara, men att ordet *entreprenad* används på flera ställen i förfrågningsunderlaget. Av bolagets ansökan om överprövning framgår att bolaget varit medvetet om att upphandlingen avsåg köp av vara. Det bolaget uppgett visar inte att förekomsten av ordet *entreprenad* orsakat missuppfattning eller på annat sätt påverkat bolagets utformning av anbudet. Bolaget kan därmed inte sägas ha lidit eller riskerat att lida någon skada enbart på den grunden att ordet *entreprenad* använts i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har vidare anfört att kommunen i förfrågningsunderlaget felaktigt har hänvisat till *Allmänna bestämmelser för köp av varor i yrkesmässig byggverksamhet*, ABM 07, samt att det är oproportionerligt att förfrågningsunderlaget bygger på *Administrativa föreskrifter med råd och anvisningar för köp av varor inom byggsektorn*, AMA AF Köp 08. Förvaltningsrätten finner emellertid att den omständigheten att kommunen valt att basera förfrågningsunderlaget på AMA AF Köp 08, och hänvisa till ABM 07, inte har något omedelbart samband med frågan om upphandlingens rätta beteckning och vilket upphandlingsförfarande som ska användas (jmf Kammarrättens i Stockholm dom den 8 april 2010 i mål nr 7066–7071-09). Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget har deltagit i upphandlingen och att dess anbud har kvalificerats och utvärderats. Det bolaget uppgett visar inte att hänvisningen till visst standardavtal påverkat bolagets utformning av anbudet. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada på denna grund.

Proportionalitet

Bolaget har anfört att kommunen brutit mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU, dels genom kravet på att leverantören ska garantera reparationer och reservdelar i fem år genom att ställa säkerhet i form av 5 procent av kontraktssumman, dels genom kravet att byggmöten ska hållas var fjortonde dag. Vidare har bolaget anfört att AMA AF Köp 08 innehåller många paragrafer och skrivningar som per automatik blir oproportionerliga för inköp av digitala informationsskyltar.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget har uppfyllt förfrågningsunderlagets samtliga krav och därmed kvalificerat sig till utvärderingsfasen.

Det framgår inte att de förhållanden som bolaget tar upp så som oproportionerliga påverkat bolagets utformning av anbudet. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av utformningen av de krav som uppställts.

Transparens

Bolaget har slutligen anfört att det varit oklart vilka kostnader som skulle räknas med i anbudspriset. Frågan är härvid om förfrågningsunderlaget, samt kompletterande svar på frågor, varit alltför otydligt och om detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Det framgår av handlingarna i målet att bolaget under ”Frågor och svar” har frågat vem som ska bära kostnaderna för tre stycken TMA-skydd, med tillhörande TA-planer, på motorvägen vid installation och service. Kommunen svarade att ”Vi anser att tillgång till skylten för service och underhåll kan ske från annan väg”. Förvaltningsrätten finner att svaret, som visserligen hade kunnat var mer utförligt, på ett tillräckligt tydligt sätt markerar att kommunen inte kräver att angudsgivare ska räkna med kostnader för TMA-skydd och TA-planer i sina anbudspriser. Det finns inte heller angivet i förfrågningsunderlaget att sådana kostnader ska beaktas.

Att bolaget ändå medräknat sådana kostnader i det offererade priset kan därför inte anses vara orsakat av brister i förfrågningsunderlaget eller hos den upphandlande enheten och utgör därmed inte skäl för ingripande mot upphandlingen.

Bolaget, som efter kvalificering hamnat på fjärde plats i upphandlingen utifrån kriteriet lägsta pris, har inte heller visat hur stor del av dess anbud som består av kostnader för TMA-skydd och TA-planer, eller angett huruvida övriga anbudsgivare har inkluderat dessa kostnader i sina anbud. Bolaget har därmed inte visat att det lidit skada på grund av att det räknat med kostnader för TMA-skydd och TA-planer i sitt offererade pris.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som bolaget framfört inte utgör omständigheter som medför att det föreligger skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Mats Edsgården

Föredragande har varit Lovisa Forsblad.



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.