



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-07-17
Meddelad i Jönköping

Mål nr
5993-16

SÖKANDE

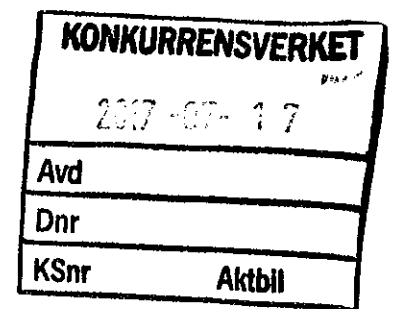
Focus Electronic AB, 556106-9088
Box 9044
126 09 Hägersten

Ombud: Advokat Viktoria Edelman och Advokat Maja Rothpfeffer
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Borås kommuns parkering AB, 556062-1640
Stora Kyrkogatan 12
503 31 Borås

Ombud: Jurist Rasmus Lundqvist
Borås Stad
501 80 Borås



SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att den förnyade konkurrensutsättningen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs i vilken kommunen inte beaktar det anbud som inhämtats efter anbudstidens utgång.

BAKGRUND

Borås kommuns Parkerings AB (kommunen) har genomfört en förnyad konkurrensutsättning avseende fyra anläggningar från ramavtalet Parke-
ringsdetekteringssystem 2015/IN0065. Två av leverantörerna inkom med
anbud. Kommunen fattade ett tilldelningsbeslut den 23 september 2016,
vilket återkallades efter påtalanden om att vinnande anbud inte uppfyllde

Dok.Id 229160

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
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

ställda krav. Kommunen kontrollerade om anbudet uppfyllde ställda krav och fattade den 22 november 2016 ett nytt tilldelningsbeslut genom vilket samma anbudsgivare tilldelades kontraktet. Detta tilldelningsbeslut är nu föremål för ansökan om överprövning.

Av avropsunderlaget och upphandlingsdokumenten framgår bl.a. följande av relevans för detta mål. I grunden finns en ramavtalsupphandling som genomfördes med ett förenklat förfarande. Avrop görs genom förnyad konkurrensutsättning vid vilka de tre ramavtalsleverantörerna tillfrågas om att komma in med anbud. Av teknisk kravspecifikation framgår att i alla anläggningar ska ett räkneselement installeras som ska registrera antalet in- och utpasserande fordon. I avropsförfrågan anges att detektering behövs på ett eller två ställen per område. På bifogade kartskisser är detta markerat på sex ställen totalt.

YRKANDE

Focus Electronic AB (Focus Electronic) ansöker nu om överprövning av kommunens tilldelningsbeslut och yrkar i första hand att den förnyade konkurrensutsättningen ska rättas på så sätt att en förnyad anbudsutvärdering genomförs där vinnande anbud inte tas upp till utvärdering och i andra hand att den förnyade konkurrensutsättningen görs om.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Focus Electronic

Kommunen har i strid med principerna om likabehandling och transparens tillåtit vinnande anbudsgivare att ge in ett nytt anbud som kompletterats med teknik som Focus Electronic hade som option i sitt anbud, och tillåtit att

priset justerats. En komplettering som justerar priset är en otillåten komplettering och anbudet skulle antingen ha förkastats eller utvärderats i enlighet med de uppgifter som förelegat vid anbudsöppning. Kommunen har vidare tilldelat kontraktet trots att det vinnande anbudet uppenbarligen inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen eftersom det endast offererar sex detektorslingor. Räknesystemet ska kunna detektera antalet in- och utpasseringar och för att kunna registrera åt vilket håll ett fordon passerar måste dubbla detektorslingor läggas. Det är därför inte möjligt att uppfylla funktionskravet genom att offerera färre än två slingor vid respektive passage, d.v.s. minst tolv slingor. Kommunen har den 17 november 2016 genomfört ett möte med vinnande anbudsgivare innan de meddelade nytt tilldelningsbeslut. Kommunen har inte redogjort för på vilket sätt sex slingor uppfyller kraven och vad anbudsgivaren har lämnat för förklaring till hur kravet uppfylls framgår varken av kommunens yttrande eller av anteckningarna från deras möte. Anbudet borde därför rätteligen inte ha utvärderats av kommunen. Kommunens felaktiga hantering har inneburit att Focus Electronic har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Kommunen har vidare brustit i genomförandet av den nya konkurrensutsättningen eftersom anbudsunderlaget har utformats på ett otydligt sätt och i strid med principen om transparens. Detta med hänsyn till att det bl.a. inte framgår om in- respektive utpassage till parkeringsområdena sker vid samma in- och utfart, vilket påverkar antalet detektorslingor som behöver offereras och således priset för anbudet. Bristerna innebär att anbudet inte utformats på ett jämförbart sätt, varför Focus Electronic har lidit skada.

Vidare anförs att det inte är tillåtet att som kommunen gjort begära att tilldelad anbudsgivare skulle lämna anbud på den alternativa lösning som Focus Electronic offererat i sitt anbud. I 1 § 13 ABT 06 framgår att en handling med förslag och idéer som lämnas i ett anbud inte får användas av den som infordrat anbud utan att anbudsgivaren lämnat sitt medgivande. Något med-

givande har inte lämnats, varför kommunen blir skyldig att utge skäligen ekonomisk ersättning om lösningen används. Kommunen har genom användandet av lösningen erhållit en ekonomisk fördel genom att kostnaden för projektering och framtagandet av lösningen bärs av Focus Electronic. Att kommunen sedan haft en kostnad för utförandet saknar betydelse.

Kommunen

Vid anbudsutvärderingen konstaterades dels att vinnande anbudsgivare hade lämnat det lägsta anbudet och skulle tilldelas kontraktet, dels att den option gällande skyltarnas strömförsörjning som lämnats av Focus Electronics var en mycket intressant lösning. Därför ställdes frågan om vinnande anbudsgivare kunde leverera en liknande lösning varpå ett nytt anbud med den nya lösningen och ett nytt pris inkom. Även utifrån den nya lösningen var anbudspriset lägre än Focus Electronics pris. Det faktum att utvärderingen genomfördes på det kompletterande anbudet har inte inneburit något brott mot principerna om likabehandling eller konkurrens eller någon förändring i utfallet och därmed inte inneburit att Focus Electronics har eller hade kunnat lida skada. Vid den vidare utvärderingen fick vinnande anbudsgivare möjlighet att närmare förklara hur den uppfyllde ställda funktionskrav. Den har svarat på ett tillfredställande sätt hur de ämnar uppfylla kravet med sex stycken detektorslingor och det saknas anledning att förkasta anbudet. Den möjlighet anbudsgivaren fick att förklara sitt anbud är inte att anse som en komplettering utan endast som ett förtydligande av redan inkomna uppgifter i syfte att säkerställa att anbudet uppfyllde ställda krav.

Underlaget kan inte anses vara otydligt av anledningen att information om antalet in- och utfarter saknas, eftersom det ingår i anbudsgivarens ansvar att skaffa sig kunskap om dessa förhållanden på de olika arbetsområdena. Det åligger ramavtalsleverantörerna att inför anbudslämning förvissa sin om arbetsområdets belägenhet och utseende och vid platsbesök framgår det tydligt hur fordon kommer att köra in respektive ut från områdena. Kommunen

har inte angivit hur många slingor som behövs vid varje anläggning utan lämnat det upp till leverantörerna att utifrån sina tekniska lösningar avgöra vad som behövs för att uppfylla syftet med parkeringsdetekteringssystemen.

Användandet av Focus Electronics lösning ger ingen ekonomisk fördel för kommunen eftersom användandet av lösningen innebär en ökad kostnad på 70 000 kr jämfört med användandet av den ursprungliga lösningen i det vinnande anbudet. Det faktum att Focus Electronic har lagt ner arbete på lösningen innebär inte per automatik att kommunen har erhållit en ekonomisk fördel. Frågan om ekonomisk ersättning utgör inte en grund för överprövning enligt LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

En ny lag om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2017. Eftersom den aktuella upphandlingen påbörjades innan den nya lagen trädde i kraft är det lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse före den 1 januari 2017 som är tillämplig i målet.

I 1 kap. 9 § LOU 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.

En upphandlande myndighet får enligt 9 kap. 8 § LOU tillåta att en anbudsökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Vidare anges att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I 16 kap. 4 § LOU anges att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU 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. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten ska pröva huruvida kommunen vid genomförandet av upphandlingen har brutit i sitt förfarande på ett sätt som strider mot någon av bestämmelserna i LOU och om Focus Electronic i så fall har lidit skada till följd av bristen. Det aktuella tilldelningsbeslutet och de anbud som är upptagna i det beslutet utgör ramen för förvaltningsrättens prövning. Beslutet tar upp tre anbud som inkomna och vad gäller vinnande anbudsgivare så är det endast det kompletterande anbudet som inkom efter anbudstidens utgång som tas upp och därmed faller inom prövningsramen.

Det Focus Electronic anför om att kommunen skulle utge ersättning till Focus Electronic kan inte prövas inom ramen för detta förfarande. Ersättning för den eventuella ekonomiska skada som Focus Electronic har lidit på grund av kommunens agerande är en civilrättslig talan som får prövas vid allmän domstol.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip 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).

Focus Electronic anför att upphandlingen ska göras om eftersom förfrågningsunderlaget har utformats på ett otydligt sätt och i strid med principen om transparens vilket innebär att anbudena inte utformats på ett jämförbart sätt. I kommunens avropsförfrågan anges att detektering behövs på ett eller två ställen och att det är markerat på respektive skiss. Av bifogade skisser över områdena är totalt sex platser markerade med "slinga". Förvaltningsrätten bedömer mot den bakgrunden att det av förfrågningsunderlaget framgår att detektering behövs på sex platser totalt och att förfrågningsunderlaget är så tydligt utformat att det inte kan anses bryta mot principen om transparens på det sätt som Focus Electronic anför.

Focus Electronic anför vidare att kommunen i strid med principerna om likabehandling och transparens har tillåtit vinnande anbudsgivare att ge in ett nytt kompletterande anbud med ett nytt pris. Det är i målet ostridigt att kommunen efter anbudstidens utgång har tillfrågat vinnande anbudsgivare om att komma in med ett nytt anbud utifrån den alternativa lösningen, varpå ett kompletterande anbud med ett nytt pris har lämnats av anbudsgivaren. Det nya anbudet faller inte inom ramen för vad som kan utgöra en tillåten komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU. Genom att tillåta ett nytt anbud efter anbudstidens utgång har kommunen brutit mot såväl likabehandlings- som transparensprincipen och det kompletterande anbudet borde aldrig ha inhämtats.

Focus Electronic anför att företaget till följd av kommunens agerande har lidit skada eftersom Focus Electronic, enligt gällande tilldelningsbeslut, skulle ha tilldelats kontraktet om det felaktigt inhämtade anbudet inte hade

utvärderats. Kommunen invänder om att den skulle ha antagit det vinnande anbudsgivares anbud i dess ursprungliga form, i det fall det nya anbudet inte hade inhämtats. Hur kommunen hade agerat i en sådan situation är ett hypotetiskt argument och utgör inte tillräckliga skäl för att anse att Focus Electronic inte har lidit skada till följd av bristen i förfarandet. Förvaltningsrätten bedömer att Focus Electronic har gjort sannolikt att bolaget till följd av bristen har lidit skada. Förvaltningsrätten finner därmed att det finns förutsättningar för ett ingripande enligt LOU på denna grund. Ansökan om överprövning ska därför bifallas och den förnyade konkurrensutsättningen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs i vilken kommunen inte beaktar det anbud som inhämtats efter anbudstidens utgång.

Vid den här utgången saknas förutsättningar att pröva det som anføres om att vinnande anbud inte uppfyller ställda krav.

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

Hans-Erik Jonasson

F.d. lagmannen Hans-Erik Jonasson har avgjort målet. Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Sara Hanberger.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.