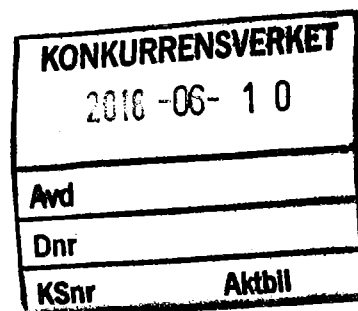




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2016-06-10
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1097-16



SÖKANDE

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

MOTPART

Upphandlingsavdelningen i Jönköpings kommun
551 89 Jönköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Upphandlingsavdelningen i Jönköpings kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende digitala infartsskyltar. Upphandlingen har genomförts genom ett öppet förfarande enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut den 26 februari 2016 har annan leverantör än Noxab i Malmö AB (bolaget) antagits. Bolaget har nu ansökt om överprövning.

Av p. 2.5.1.1 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Leverantören ska presentera sin förmåga och kapacitet att utföra uppdraget i den omfattning och helhet som avtalet omfattar. Bevis som styrker tillgång till andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska vid anmodan kunna visas upp.

Av upphandlingsprotokollet framgår bl.a. följande. Bolaget har inte uppfyllt samtliga kvalificeringskrav. Bolaget är ett enmansbolag som i sitt anbud har

Dok.Id 193083

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

hänvisat till annans kapacitet enligt p. 2.5.1.1 i förfrågningsunderlaget. Bolaget har bifogat ett avtal med sin samarbetspartner i en bilaga 1. Bilaga 1 är ett affärskontrakt mellan bolaget och dess samarbetspartner. Affärskontraktet ger bolaget rätten att företräda samarbetspartnern. Kontraktet sträcker sig fram till utgången av 2016. Av 11 kap. 12 § LOU framgår det att "en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företag i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras." Då det finns åtaganden i upphandlingen som löper på fem år så har Noxab inte visat att de kan fullgöra kontraktet då deras avtal endast sträcker sig till utgången av 2016.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse på så sätt att tilldelningsbeslutet ska göras om och bolagets anbud beaktas.

Kommunen bestrider bolagets yrkanden.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget: Kommunen har gjort en utvärdering med så kallad begränsad kontroll vilket innebär att endast anbudsgivaren med lägst pris kontrollerades. Bolaget begärde då ut samtliga anbudshandlingar och efter genomläsning visade det sig att alla ska-krav inte var uppfyllda. Bolaget ansökte då om överprövning och enligt förvaltningsrättens dom den 12 januari 2016 skulle en ny anbudsutvärdering göras. Nytt upphandlingsprotokoll presenterades den 26 februari 2016. Enligt upphandlingsprotokollet har bolagets anbud uteslutits på grund som inte har stöd i LOU eller rättspraxis. Kommunen har på ett felaktigt sätt förkastat bolagets anbud när de hävdar att bolaget inte

har visat att kontraktet kan fullföljas. Kommunen hänvisar till 11 kap 12 § LOU. Nyckelorden i texten är "får vid behov" samt "nödvändiga resurser". För bolaget föreligger själva behovet i att samarbetspartnern/underleverantören har en väl etablerad kontakt med flera olika fabriker i Kina samt mångårig erfarenhet/yrkesskicklighet av denna typ av skyltar.

Bolaget köper via samarbetspartnern in skyltarna inklusive installation. När skyltarna kommer till Sverige monteras de ihop och testas hos underleverantören, varefter de installeras hos bolagets kund. Efter att kunden har godkänt installationen enligt avtalet är behovet uppfyllt. Något ytterligare behov eller andra nödvändiga resurser från underleverantören föreligger inte efter godkänd leverans. Varken denna underleverantör eller någon annan underleverantör har något som helst att göra med bolagets uppfyllande av kraven i förfrågningsunderlaget efter att respektive underleverantör har fullföljt sina tjänster. Eftersom det är bolaget som är anbudsgivare och avtalspart gentemot kommunen är det också bolaget som i grunden ansvarar för allt som har med upphandlingen att göra, däribland att garantiåtaganden följs under fem år från godkänd leverans.

Bolaget har sedan 2008 uteslutande arbetat med digitala skyltar, företrädesvis till svenska kommuner och har själva, eller i vissa fall via lokala elektriker, tagit hand om alla service och reparation på de mer än sextio skyltar som hittills har levererats. Vid varje upphandling som bolaget vinner skrivs också ett specifikt avtal mellan bolaget och samarbetspartnern gällande just den aktuella upphandlingen. Där speglas samtliga avtalspunkter som finns i avtalet som bolaget tecknar med kommunen. Om det som i detta fall står att avtals- och garantitiden är fem år betyder det att underleverantören är bunden till detta i fem år från godkänd installation oavsett om själva affärskontraktet har gått ut eller inte. Det är det nya avtalet som gäller. Det är helt rätt som kommunen hävdar att detta inte framgår av anbudet men det finns inga krav i förfrågningsunderlaget på att något liknande ska framgå av anbudet.

Det står endast att ”bevis som styrker tillgång till andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska vid anmodan kunna visas upp”. Någon anmodan har inte kommit från kommunen. Det som bolaget ville visa med affärskontrakt är att bolaget har möjlighet att offerera underleverantörens produkter och helt eller delvis vid behov referera till deras övriga resurser.

I förfrågningsunderlaget finns inte något uttalat krav på att anbudsgivaren ska visa hur man kommer att fullfölja uppdraget, bara att man ska fullfölja det. När det gäller garanti ska det vara fem år. Det finns med som en del av punkt 14, garanti, service och support för skyltarna i den tekniska beskrivningen. Alla elva punkterna är noggrant redovisade i bilaga 5 i anbudsdocumentet, sidorna 14 och 15. Hänvisning görs till kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 8800-12, Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3454-10, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4460-12, Kammarätten i Göteborgs dom i mål nr 1439-13, Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2304-09 och EU-domstolens dom i mål C-176/98 Holst Italia.

Det ska finnas möjligheter för en anbudsgivare att kunna teckna kompletterande avtal med ”kapacitetspart” efter att ha vunnit tilldelningen. En anbudsgivare måste ha möjlighet att komplettera sin avtalslösning senast i samband med kontraktets fullgörande, ungefär på samma sätt som att det finns ett flertal EU-domar som konstaterar att vissa ska-krav inte behöver vara uppfyllda förrän vid tidpunkten för avtalets tecknande, alternativt när projektet startar. Hänvisning görs till EU-domarna C-234/03 Contse och C-158/03 samt T 567-02 från Svea Hovrätt. Bolaget har lidit skada i LOU:s mening. Hade bolagets anbud inte uteslutits på felaktig grund hade bolaget haft det lägsta anbudspriset. Med detta har bolaget visat att skaderekvisitet är uppfyllt. – Bolaget har bifogat sex bilagor.

Kommunen: Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser bl.a. köp, leverans och installation av digitala infartsskyltar och att avtalet

löper på fem år, dvs. lika länge som garanti, service och support är giltig. Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören på anmodan från kommunen ska kunna visa upp bevis som styrker tillgången till andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Bolaget har dock till sitt anbud bifogat ett affärskontrakt med sin samarbetspartner som endast löper fram till utgången av 2016. Av anbudet kan inte heller utläsas att bolaget endast använder samarbetspartnern i samband med leverans och installation av de digitala infartsskyltarna. Bolaget har därför vid tidpunkten för anbudstillfället inte visat att de uppfyller ställda krav på kapacitet beträffande bolaget och samarbetspartnerns resurser under hela avtalsperioden. Det kan inte anses oproportionerligt att ett grundläggande krav som kapacitet, när inget särskilt angetts i förfrågningsunderlaget om senare tid, ska vara uppfyllt i enlighet med huvudregeln, dvs. vid anbudstidens utgång. Kommunen har därmed rätteligen förkastat bolagets anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

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.

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

I 16 kap. 6 § LOU anges 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.

Av 11 kap. 2 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7–13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har i målet anfört att kommunen felaktigt har förkastat bolagets anbud då bolaget uppfyller ställda krav på att bolaget ska kunna styrka tillgång till andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Av kravspecifikationen framgår att avtalet löper på fem år framåt. Den omfattning och

helhet som avtalet omfattar rör därmed alla åtaganden för fem år framåt i tiden.

Huvudregeln enligt LOU är att en leverantör har rätt att åberopa andras kapacitet. I mål C-176/98 Holst Italia Spa mot Comune de Cagliari har EU-domstolen ansett att en leverantör har rätt att åberopa ett annat företags kapacitet för att bevisa att denne uppfyller de ekonomiska och tekniska kraven som ställs på leverantören i en upphandling. EU-domstolen har i målet ansett att detta gäller oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band leverantören har till de åberopade företaget i fråga. Detta gäller dock endast under förutsättningen att leverantören kan visa att denne faktiskt förfogar över resurserna hos det företag vars kapacitet åberopas.

Bolaget har därför genom att tillhandahålla ett åtagande från leverantören eller på något annat sätt att visa att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Den omständigheten att kommunen har angett att handlingen ”vid anmodan” ska kunna visas upp innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att skyldigheten att kunna visa att bolaget förfogar över de aktuella resurserna inträder först vid en anmodan från kommunen utan får tolkas som att det rent faktiskt ska finnas bevisning att visa upp. En förutsättning för att en upphandlande myndighet ska kunna ta ställning till huruvida bolaget i fråga uppfyller de ställda kraven är att det redan av anbudet framgår att de nödvändiga resurserna finns. Att det finns ett krav på att nödvändiga resurser ska kunna styrkas framgår även direkt av lagtexten i LOU. Den omständigheten att det inte krävs att en anbudssökande behöver rent faktiskt förfoga över de åberopade resurserna då anbudet lämnas in innebär inte heller att det inte krävs att ett åtagande från leverantören, såsom t.ex. ett avtal, lämnas in tillsammans med anbudet som kan visa att bolaget kommer att kunna förfoga över de aktuella resurserna vid uppfyllandet av avtalet.

I målet är det ostridigt att bolaget kan visa att de förfogar över resurserna från underleverantören fram till utgången av år 2016. Kravet från kommunen är att ”leverantören ska presentera sin förmåga och kapacitet att utföra uppdraget i den omfattning och helhet som avtalet omfattar”. Avtalet löper på fem år. Avgörande blir således om bolaget har kunnat visa att de kan uppfylla detta krav även utan att det finns ett konkret avtal med en underleverantör som sträcker sig längre fram än till utgången av år 2016.

Bolaget har anfört att när skyltarna kommer till Sverige monteras de ihop och testas hos underleverantören, varefter de installeras hos bolagets kund. Bolaget menar att efter det att kunden har godkänt installationen enligt avtalet är behovet uppfyllt och att något ytterligare behov eller andra nödvändiga resurser från underleverantören inte föreligger efter godkänd leverans. I anbudet har bolaget uppgett att de tillsammans med sin samarbetspartner har alla de resurser som krävs för att fullfölja uppdraget att installera fyra skyltar till kommunen och att de via affärskontraktet som sträcker sig fram till utgången av 2016 disponerar över samarbetspartnerns samtliga resurser. De har även anfört att det vid varje upphandling som bolaget vinner skrivs ett specifikt avtal mellan bolaget och samarbetspartnern gällande just den aktuella upphandlingen.

Även om bolaget har angett att de senare kommer att teckna ett avtal med leverantören krävs det att bolaget vid anbudets inlämnade kan visa att de kommer att förfoga över behövliga resurser. Av vad som har framgått i målet anser förvaltningsrätten att bolaget inte kan anses ha visat något som styrker kapaciteten efter utgången av år 2016. Förvaltningsrätten anser inte heller att bolaget har kunnat visa att de kan leverera och installera de aktuella skyltarna innan utgången av år 2016 och därmed fullgöra kontraktet i sin helhet på så vis. Mot bakgrund av detta anser därför förvaltningsrätten att bolaget inte kan anses ha uppfyllt ställda krav och att kommunen därför

har haft grund för att diskvalificera deras anbud. Överklagandet ska därför avslås.

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

Veronica Lindström

Föredragande har varit Cecilia Lindström.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.