



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2014-12-01
Meddelad i Stockholm

Mål nr
20866-14

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2014 -12- 0 2 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDE

Parkster AB
Ideon Science Park
Scheelevägen 15
223 70 Lund

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Parkster AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 554138

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

BAKGRUND

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende funktion för betalning av parkeringsavgift för anställda, förtroendevalda och besökare till Stadshuset i kommunen (dnr KFKS 2914/410-315) enligt ett förenklat förfarande. Staden har i tilldelningsbeslut meddelat den 2 september 2014 i upphandlingen antagit anbud från en annan leverantör än Parkster AB (Parkster). Sammanlagt inkom anbud från fyra leverantörer.

YRKANDEN M.M.

Parkster ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse i upphandlingen genom en ny utvärdering där Parksters anbud ingår och den vinnande leverantörens anbud utesluts. Till stöd för ansökan anför Parkster sammanfattningsvis följande.

Parksters anbud

En förutsättning för att ett anbud ska kunna förkastas är att det strider mot ett obligatoriskt villkor i upphandlingen. I den aktuella upphandlingen är de obligatoriska villkoren uteslutande kopplade till anbudsgivaren och inte till själva leveransen, vilket framgår av upphandlingsdokumentet "Svarsformulär skakrav parkeringsavgiftssystem". Det finns inga obligatoriska krav avseende en viss leveranstid för automaterna eller uppgifter om någon form av leveransplan med specifika tider. Parkster har i sitt anbud uppgett att bolaget kommer att leverera efterfrågad automat och att beställning kommer att ske omgående efter ingående av avtal. Trots detta har Parksters anbud förkastats av kommunen med motiveringen att parkeringsautomat inte levereras under år 2014. Det strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna att ställa krav på

omedelbar leverans, eftersom nya leverantörer inte skulle ha möjlighet att leverera. Den tid som går mellan tilldelningsbeslutet och avtalets ikraftträdande måste vara tillräckligt lång så att nya leverantörer kan få tillträde till kontraktet. I förevarande fall var sista anbudsdag den 24 juni och planerad avtalsstart den 1 augusti 2014. Tilldelningsbeslutet skulle då kunna ha fattats tidigast i början av juli, innebärande att tiden mellan tilldelningsbeslut inkluderande obligatorisk tiodagarsfrist skulle bli ca två veckor. Det är uppenbart att denna tid är för kort. Därtill meddelades tilldelningsbeslut i upphandlingen först den 2 september 2014, dvs. över en månad efter det att avtalet enligt ursprunglig plan skulle träda ikraft. När det inte finns en leveransplan angiven finns det inget sakligt skäl för en leverantör att i förväg köpa in utrustning innan man vet om man får uppdraget. Det avgörande är att utrustningen kan tillhandahållas, och i denna del råder ingen tvekan om att Parkster har full kapacitet då bolaget har verifierat att inköp för leverans vid tilldelning av kontrakt kommer att göras hos en ledande leverantör av automater på den svenska marknaden. Några krav på leveransplan eller viten kopplade till leveranstid finns inte angivet i upphandlingsunderlaget. Sammantaget finns inga skäl att förkasta Parksters anbud på grund av leveranstid.

Det framgår av upphandlingsunderlaget att avtalstiden är 2014-08-01 – 2017-12-31 med en möjlighet till maximalt två års förlängning, vilket ger en huvudavtalsperiod på tre år och fem månader. Kommunen har därför gjort fel som har gjort utvärderingen utifrån en längre period (4 år) än huvudavtalsperioden. Om anbudsgivarna hade haft denna kunskap hade det kunna påverka anbudens utformning. Huruvida Parkster har ställt frågor eller gjort påpekanden avseende upphandlingen saknar betydelse.

Kommunen har i tilldelningsbeslutet angett att Parkster har uppfyllt ställda skakrav. Parkster uppfyller också kravet avseende fakturaavgifter. Det

ställs i upphandlingen inget krav på fakturans form, t.ex. att faktura är liktydigt med pappersfaktura. Parkster tillhandahåller faktura i form av e-post eller SMS som standardlösning utan att någon avgift tas ut. Pappersfaktura finns som tillval mot en extra avgift. Parkster offererar därmed tjänster med kostnadsfri faktura i enlighet med villkoren. Den omständigheten att Parkster har upplyst om att det finns tillval utöver den kostnadsfria del som utgör anbudet förändrar inte anbudets innehåll i sak.

Av anbudsunderlaget framgår som obligatoriskt krav att betalning ska kunna ske mot faktura. Den leverantör som kommunen har valt tillhandahåller en lösning som innebär att fakturaunderlag tillställs kommunen, som därefter för egen del svarar för fakturering. Vid en korrekt hantering skulle kommunen därför ha uteslutit den vinnande leverantörens anbud.

Skada

Det är något oklart vilket utvärderingskriterium som har använts i upphandlingen, men det synes ha varit lägst pris. Parkster har lämnat lägst pris, bortsett från en leverantör vars anbud förkastades för att någon parkeringsautomat inte hade offererats. Vid en korrekt hantering skulle Parkster därmed ha valts till leverantör. Eftersom detta inte har skett har Parkster lidit skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och yrkar att den ska avslås. Till stöd för talan anför kommunen sammanfattningsvis följande.

Parksters anbud

Parksters invändning om att utvärderingskriteriet lägst pris har använts i upphandlingen är fel. Av de administrativa föreskrifterna framgår att

kommunen kommer att anta den anbudsgivare som uppfyller angivna kriterier, har beskrivit sitt anbud på ett tydligt och klart sätt, i inbjudan att lämna anbud uppfyllt samtliga skakrav och uppnått minst 3 referenspoäng på samtliga frågor i referenstagningen (bilaga skakrav) samt lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta innebär att utvärderingen sker på den totala kontraktstiden 2014-08-01 – 2017-12-31 med möjlighet till förlängning 1 + 1 år, längst till och med 2019-12-31. Om utvärderingen inte görs på den totala kontraktstiden hade det inte varit möjligt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Parkster har i sitt anbud angett att leveranstiden för parkeringsautomater av den typ som efterfrågas sannolikt är längre än vanligt och att det kan handla om leverans runt årsskiftet. Parkster har därmed inte angett någon leveranstid utan spekulerar i när leverans kan komma att ske, vilket innebär att Parksters anbud inte kan utvärderas på den totala kontraktstiden. Kommunen anser att det är underförstått att leverans ska kunna ske i omedelbar närhet till att avtal tecknas, eftersom inget annat har sagts i förfrågningsunderlaget. Dessutom kan det konstateras att Parkster inte har uppfyllt ett annat skakrav, eftersom inga faktureringsavgifter får debiteras och Parkster har angett att sådan debitering kommer att ske.

Skada

Parkster har inte lämnat ett pris som går att utvärdera i relation till det totala kontraktsvärdet. Den omständigheten att kommunen skulle teckna kontrakt med en leverantör som kanske inte kan leverera är inte aktuellt. Parkster hade kunnat ställa en fråga under anbudstiden om man hade ansett att frågan varit otydlig, vilket inte har skett.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om det finns skäl att förordna om ingripande mot den aktuella upphandlingen med stöd av 16 kap. 6 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Av vägledande praxis framgår att det enligt bestämmelsen i 16 kap. 4 § LOU är uppfattningen hos den anbudsgivare som har ansökt om överprövning avseende skada eller risk för skada som är relevant (HFD 2013 ref. 53), dvs. i detta fall vad Parkster har anfört. I 16 kap. 6 § regleras förutsättningarna för domstol att ingripa mot upphandlingen med stöd av vad som anförs i en sådan ansökan. Skäl för ingripande kan föreligga om kommunen som upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse LOU. För det fall förvaltningsrätten bedömer att någon sådan skada eller risk för skada som avses i bestämmelsen inte finns för Parkster, saknas redan på denna grund skäl för ingripande.

Parkster har i ansökan anfört att bolaget uppfyller samtliga skakrav som ställs i upphandlingen och bl.a. hänvisat till vad som framkommer av tilldelningsbeslutet om att kommunen har ansett att bolaget uppfyller kraven. Förvaltningsrätten konstaterar att Parkster i denna invändning har rätt, såtillvida att det i bilaga 1 till tilldelningsbeslutet under rubriken "Är skallkrav uppfyllda" står "Ja" vid Parksters namn. Det framgår emellertid att "Ja" har angetts för samtliga leverantörer som lämnat anbud. Av övriga rubriker framgår att någon prisuppgift inte har angetts för bl.a. Parkster och att detta i Parksters fall beror på att bolaget har angett att man inte kan leverera en parkeringsautomat under år 2014, utan hyra en automat från "ca år 2015". Det framgår även att kommunen för samtliga anbudsgivare har utgått från en avtalsperiod på 4 år när det offererade priset för den upphandlade tjänsten har beräknats.

Parkster har i denna del gjort gällande att bolaget i sitt anbud har uppgett att beställning kommer att ske omgående efter ingående av avtal och efterfrågad automat kommer att levereras. Kommunen hävdar å sin sida att Parkster i sitt anbud har angett att leveranstiden för den typ av parkeringsautomat som efterfrågas sannolikt är längre än vanligt och att det kan handla om leverans runt årsskiftet, vilket innebär att anbudet inte kan utvärderas utifrån den totala kontraktstiden. Kommunen anser vidare att det är underförstått att leverans ska kunna ske i omedelbar närhet till att avtal tecknas, eftersom inget annat anges i kommunens förfrågningsunderlag.

Förvaltningsrätten konstaterar att det står den upphandlande myndigheten fritt att ställa krav på leverantören så länge det görs på ett likvärdigt sätt samt med iakttagande av principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Förvaltningsrätten anser inte att de krav som kommunen har ställt på anbuden för att de ska kvalificeras strider mot de principer som gäller på upphandlingsområdet enligt 1 kap. 9 § LOU. Det framgår visserligen att kommunen i utvärderingen har utgått från en avtalsperiod på 4 år för att bedöma lämnade anbudsprisers förmånlighet trots att detta inte uttryckligen framgår av förfrågningsunderlaget, som därför inte är optimalt utformat. Det kan enligt förvaltningsrättens bedömning emellertid ändå godtas, då de principer som bär upp LOU inte har överskridits genom det sätt på vilket kommunen har tillämpat kriterierna lika i förhållande till samtliga lämnade anbud (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utifrån det sätt på vilket bilaga 1 till tilldelningsbeslutet har utformats och vad kommunen har invänt framgår att Parksters anbud inte har antagits eftersom kommunen har bedömt att det inte har kunnat utvärderas.

Av upphandlingsunderlaget framgår bl.a. följande av punkten 1.4 i dokumentet ”Administrativa Föreskrifter / Förenklat Förfarande”.

Kommunen avser teckna avtal att träda ikraft 2014-08-01 och gälla till och med 2017-12-31 med möjlighet till förlängning ett år i taget till och med 2019-12-31 från beställarens sida med oförändrade villkor. Avtal ska tecknas enligt bilagda kommersiella villkor, vilket anbudsgivaren ska utgå från vid upprättandet av anbudet. Av punkten 3.3 i samma dokument framgår att anbud ska vara bindande till och med 2014-09-22. Om upphandlingen blir föremål för rättslig prövning förlängs anbudets giltighetstid fram till dess att avtal kan tecknas, dock högst tre månader efter angiven giltighetstid. Av de bilagda kommersiella villkoren framgår motsvarande uppgifter om kontraktstid (punkten 2.0). Vidare framgår att uppdragets omfattning bestäms av kontraktshandlingarna (punkten 4.0) samt att omfattningen bl.a. avser leverans av betalsystemparkering och parkeringsautomat (punkten 6.0).

Parkster har i sitt anbud angett att leveranstiden av den efterfrågade parkeringsautomaten sannolikt är längre än vanligt och att det kan handla om leverans runt årsskiftet. Vidare anges i anbudet att detta enligt kommunens önskemål är giltigt till och med den 2014-09-22 och vid rättslig prövning kan utökas med upp till tre månader. Förvaltningsrätten finner utifrån nämnda förhållanden att det utifrån Parksters anbud inte kan utläsas när leverans kan ske eller om det ens kan ske innan år 2015. Därmed går det varken att utläsa om Parkster kan leverera enligt avtal för det fall bolaget tilldelas kontrakt även efter överprövning, eller att på ett tillfredsställande sätt bedöma förmånligheten av Parksters offererade pris. Förvaltningsrätten anser därför att Parkster inte har uppfyllt den omsorgsplikt som kan läggas vid utformandet av anbudet då det inte framgår om de kan fullgöra uppdraget enligt kontrakt (jfr EU-domstolens dom i mål C-599-10 SAG). Parkster har på grund av detta inte visat att bolaget i upphandlingen har lidit eller riskerat att lida skada. Skäl för ingripande enligt 16 kap. LOU saknas därför redan på denna grund.

Förvaltningsrätten anser därför inte heller att Parkster har lidit eller riskerat att lida skada i upphandlingen genom att det vinnande bolaget har tilldelats kontrakt (jfr Kammarrätten i Jönköping, dom den 28 mars 2012 i mål nr 3307-11). Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Monika Lozancic
Förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av förvaltningsrättsnotarien Henrik Kjellgren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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.