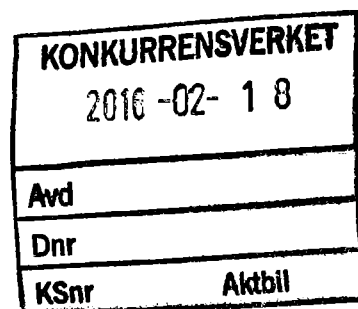




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2016-02-18
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
5192-15



SÖKANDE

Tunstall AB, 556135-1197
Box 9028
200 39 Malmö

Ombud: Jur.kand. Mattias Forsberg
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

Ombud: Advokat Johanna Jonsson
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

Ombud: Advokat Niklas Sjöblom
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

MOTPART

Eksjö kommun
575 80 Eksjö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Eksjö kommun (kommunen) genomför genom ett öppet förfarande en upphandling avseende köp och installation av trygghetslarmsanläggningar. Genom tilldelningsbeslut den 28 oktober 2015 har annan leverantör än Tunstall

Dok.Id 184002

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

AB antagits. Tunstall AB ansågs inte uppfylla alla ska-krav varför dess anbud uteslöts från vidare utvärdering. Tunstall AB har nu ansökt om överprövning.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Uppdraget avser köp och installation av digitala trygghetslarmsanläggningar för Solgårdens-, Almgårdens-, Mariebergs- och Mogårdens särskilda boenden i Eksjö kommun. I upphandlingen ingår även service och support. I åtagandet ingår också att montera ner och omhänderta befintliga larmsystem. Anbud kan endast lämnas på hela anbudsförfrågan och en anbudslämnare kommer att antas för hela uppdraget. Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal ska-krav. Samtliga ska-krav ska vara uppfyllda för att en anbudsgivare ska kunna ingå i den slutliga värderingen. De svar som anbudslämnaren lämnar i sitt anbud på de i förfrågningsunderlaget ställda kraven utgör underlag för den sammanställning och utvärdering av inkomna anbud som den upphandlande myndigheten genomför. Under p. 5.1.3 i förfrågningsunderlaget avseende personalorganisation och funktion anges att det ska gå att på handenheten bläddra bakåt och kontrollera de senaste larmen/sökningarna.

YRKANDEN M.M.

Tunstall AB yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Tunstall AB:s anbud ska beaktas. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Tunstall AB anför bl.a. följande. Kommunen har felaktigt diskvalificerat Tunstall AB:s anbud då detta uppfyller ställda obligatoriska krav, vilket strider mot LOU och de grundläggande unionsrättsliga principerna. I vart fall har kraven under position 5.1.3 i anbudsinvjudan inte utformats och tillämpats på ett för anbudsgivarna förutsebart och transparent sätt. Det har inte tydligt framgått vad som avses med ”senaste larmen/sökningarna” och ”bläddra bakåt och kontrollera”. Upphandlingen

strider därför mot de grundläggande unionsrättsliga principerna, framförallt den om transparens. Kommunen har anfört att den handenhets som Tunstall AB har offererat inte ger möjlighet att övervaka, granska eller förvissa sig om att larmen blivit riktigt åtgärdade. Som en följd av att kommunen har brutit i sina förpliktelser enligt LOU och de grundläggande principerna har Tunstall lidit, eller kan i vart fall komma att lida skada, i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU genom att inte tilldelas kontraktet i upphandlingen.

Kommunen synes göra gällande att kravet under position 5.1.3 i anbudsintjudan ska förstås på sådant sätt att det på handenhets ska gå att bläddra bakåt, samt övervaka, granska eller förvissa sig om att larmen blivit riktigt åtgärdade. Den tolkning av det aktuella kravet som kommunen har gjort är varken rimlig eller ändamålsenlig. Det saknas sakliga skäl för att ställa krav på att handenhets ska kunna hantera kvitterade och därmed åtgärdade larm. Den funktionen saknar relevans och är onödig eftersom dessa larm redan har åtgärdats och inte längre är aktuella eller relevanta för användarna. Om kommunen trots detta anser att man har behov av en sådan funktion har det ålegat kommunen att utforma kravet i anbudsintjudan på ett sådant sätt att behovet tillgodoses. I sådant fall hade Tunstall tveklöst kunnat offerera den aktuella funktionen. Så som det aktuella kravet i anbudsintjudan nu har utformats har det inte framgått att det avgörande momentet för om kravet under 5.1.3 i anbudsintjudan ska anses vara uppfyllt är om det går att bläddra bakåt och kontrollera sådana larm/sökningar som har kvitterats och därigenom förvissa sig om att larmen har blivit helt åtgärdade. Anbudsgivarna har istället haft att offerera en handenhets på vilken man kan bläddra bakåt och kontrollera de senaste larmen/sökningarna. Detta krav uppfyller Tunstall AB:s handenhets. Att det ska gå att bläddra och kontrollera sådana larm/sökningar som har kvitterats har inte utgjort ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Enligt de EU-rättsliga principerna om transparens och lika-behandling får inte kommunen frångå de obligatoriska kraven som angetts i anbudsintjudan. Tunstall AB:s anbud har uppfyllt de aktuella kraven och

borde därför rätteligen ha beaktats vid anbudsutvärderingen. Genom att pröva anbudet utifrån andra förutsättningar än de som har angetts i anbuds-
inbjudan har kommunen åsidosatt de EU-rättsliga principerna och därmed
också LOU. Det finns därför skäl att förordna om rättelse.

För det fall förvaltningsrätten finner att rättelse inte kan ske på redogjort sätt
eller av annan anledning finner att rättelse inte är en tillräcklig ingripande
åtgärd avseende upphandlingen ska upphandlingen göras om i dess helhet.
Den tolkning av det aktuella kravet som kommunen har redogjort för har
inte gått att utläsa ur eller förutse vid granskning av anbuds-
inbjudan. An-
budsgivarna har därmed under inga omständigheter haft möjlighet att bilda
sig en uppfattning om vad kommunen har avsett att tillmäta betydelse vid
prövningen av anbudets uppfyllelse av de obligatoriska kraven. Den tolk-
ning som kommunen nu för fram framstår snarare som en efterhandskon-
struktion. Om kommunen tydligt hade angett vilka krav som ställts på hand-
enheten samt redovisat den nu framförda tolkningen av kravet i anbuds-
inbjudan hade Tunstall AB med enkelhet kunnat förutse vad som krävs för att
uppfylla det obligatoriska kravet samt haft möjlighet att utforma sitt anbud
med hänsyn därtill. Genom att ge kravet en annan innebörd än den som
kommit till uttryck i anbuds-
inbjudan har kommunen förtagit Tunstall AB
möjligheten att utforma ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt för att
på så vis gå vidare till anbudsutvärderingen. De i andra hand påtalade bris-
terna har påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen varför
den enda åtgärd som kan komma i fråga i denna del om förvaltningsrätten
finner att skäl för rättelse saknas är att upphandlingen i dess helhet ska göras
om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås. För det fall förvaltningsrätten
skulle finna att fel har begåtts yrkar kommunen att upphandlingen ska göras
om. Kommunen anför bl.a. följande. Vid visning av offererat trygghetslarm
har det framkommit att Tunstall AB inte kan visa kravet under position

5.1.3. i förfrågningsunderlaget att: ”det ska gå att på handenheten bläddra bakåt och kontrollera de senaste larmen/sökningarna” då handenheten inte tillhandahåller denna funktion. Därför ställdes en förtydligande fråga till Tunstall AB. Av svaret framgår att man på handenheten endast kan se de inkommande larmen som inte har åtgärdats eller kvitterats. Efter det att larmet är kvitterat så kan man endast se de senaste larmen/sökningarna i larmloggen. Larmloggen kan inte nås via handenheten. Enligt svenska akademins ordlista har ordet kontrollera betydelsen: övervaka, öva tillsyn, uppsikt, granska, tillse, förvissa sig om att något är riktigt. Den handenhet som Tunstall AB har offererat ger inga möjligheter att vare sig övervaka, granska eller förvissa sig om att larmen har blivit riktigt åtgärdade. Kommunen har i kravet använt sig av vanligt förekommande ord. Vid hög arbetsbelastning och stort flöde av aktiviteter måste medarbetare kunna gå tillbaka och kontrollera det egna utförda arbetet. Medarbetarens kontroll av eget arbete måste kunna ske på ett sådant sätt att brukarens integritet respekteras. Kommunen menar därför att det uppställda kravet är sakligt och relevant. Att godkänna Tunstall AB:s anbud skulle innebära att man skulle göra avsteg från förfrågningsunderlagets krav, vilket strider mot LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna.

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.

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).

Av likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav, s.k. ska-krav, som uppställts i förfrågningsunderlaget. Anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav ska därför inte beaktas vid utvärderingen.

Tunstall AB har anfört att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i LOU genom att felaktigt ha diskvalificerat Tunstall AB:s anbud då anbudet ska anses uppfylla de ställda ska-kraven. Det i målet aktuella ska-kravet framgår under p. 5.1.3 i förfrågningsunderlaget avseende personalorganisation och funktion där det anges att det ska gå att på handenheten bläddra bakåt och kontrollera de senaste larmen/sökningarna. Förvaltningsrätten anser inte att det i förfrågningsunderlaget finns stöd för tolkningen att

det endast skulle gå att bläddra tillbaka och kontrollera de larm som inte har kvitterats.

Av vad som har framgått i målet kan förvaltningsrätten konstatera att det på den handenhets som Tunstall AB har offererat endast går att bläddra bakåt och kontrollera de larm/sökningar som inte har kvitterats. Därmed går det alltså inte att kontrollera alla de senaste larmen/sökningarna. Tunstall AB:s anbud kan därför inte heller anses uppfylla det aktuella ska-kravet. Kommunen har därför haft skäl att utesluta Tunstall AB:s anbud från vidare utvärdering och kan inte på denna grund anses ha brutit mot LOU eller någon av de grundläggande principer som gäller för upphandling.

Tunstall AB har även anfört att upphandlingen strider mot grunderna för LOU då det inte tydligt har framgått vad som avses i det aktuella uppställda ska-kravet. Av principerna om transparens och likabehandling i LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje anbudsgivare med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det bör ställas höga krav på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om mindre brister och oklarheter får godtas. (jfr RÅ 2002 ref. 50)

Av förfrågningsunderlaget framgår att det ska gå att bläddra tillbaka och kontrollera de senaste larmen/sökningarna. Den aktuella formuleringen kan inte anses vara otydlig eller formulerad på ett sådant sätt att det inte har gått att skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunen har därmed uppfyllt de krav som finns på noggrannhet, tydlighet och transparens. Kommunen kan därmed inte heller på denna grund anses ha brutit mot någon bestämmelse i LOU eller någon av de grundläggande principer som gäller för upphandling. Ansökan ska därför avslås.

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

Annette Spjuth

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.