



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2015-12-11
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21471-15

1

SÖKANDE

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

MOTPART

Telge Fastigheter AB, 556054-0345

Ombud: Telge inköp AB
c/o Ulf Olofsson
Telge Inköp AB, Box 633
151 27 Södertälje

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-12-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Noxab i Malmö AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 678540

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Telge Fastigheter AB (Telge Fastigheter) genomför via Telge Inköp AB (Telge) en upphandling avseende köp, leverans och installation av arenaskylt till Södertälje fotbollsarena. Telge Fastigheter har beslutat att teckna avtal med annan leverantör än Noxab i Malmö AB (Noxab).

Noxab ansöker om överprövning och yrkar rättelse på så sätt att Telge gör ett nytt tilldelningsbeslut där Noxab:s anbud är med. Till stöd för talan anför bolaget bl.a. följande. Telge har felaktigt förkastat Noxab:s anbud när de hävdar att bolaget inte kan visa att kontraktet kan fullföljas. Det är ett oproportionerligt och onödigt krav att samtliga arbetsgivare redan i anbudet måste ange vem de eventuellt ska samarbeta med i framtiden. Noxab har genom att bolagets anbud felaktigt förkastats lidit skada. Om anbudet inte uteslutits hade bolaget haft det i särklass lägsta anbudspriset.

Telge bestrider Noxab:s yrkande och vidhåller att Noxab:s anbud inte uppfyller ställda krav på kapacitet under angiven avtalsperiod

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap 9 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling, 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning

som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan därvid endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Fråga i målet är om det av Telge ställda kravet på anbudsgivare som använder sig av andra företags kapacitet, förmåga eller kunnande att i anbudet visa att denne förfogar över de resurser som erfordras för uppdraget strider mot principen om proportionalitet och om Noxab visat att de förfogar över de resurser som behövs för uppdraget.

Kravet avseende intyg att anbudsgivaren förfoga över andra resurser och proportionalitetsprincipen?

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa på leverantörer i ett upphandlingsförfarande. Myndigheten kan i förfrågningsunderlaget t.ex. ställa krav beträffande produktens egenskaper. De kraven måste vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten (jfr rättsfallet RÅ 2010 ref 78). Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande enhet i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. För att vara proportionerligt måste kravet anpassas efter sina syften. Om det finns ett annat och mindre ingripande sätt att uppnå syftet med kravet, ska detta mindre ingripande sätt användas.

Noxab har invänt att det är ett oproportionerligt och onödigt krav att samtliga anbudsgivare redan i anbudet måste ange vem de eventuellt ska

arbete med i framtiden. Det är inte ovanligt att tiden mellan anbudsinlämning och avtalsskrivande, med en utdragen överklagande-process kan ta upp till ett år. Det finns också domar från EU-domstolen som säger att vissa skall-krav inte behöver vara uppfyllda redan vid anbudstillfället. Domstolen konstaterade i mål C-234/03 "att skallkraven inte rimligen behöver vara uppfyllda vid anbudstillfället. I stället framhåller domstolen att det är fullt tillräckligt att skallkraven är uppfyllda vid tidpunkten för avtalets tecknande".

Telge har i denna del anfört följande. För att säkerställa service, underhåll och garantiåtagande för installerad skylt ställer myndigheten krav på att avtalsperioden sträcker sig på fem år från skylten levererats. Det finns inget orimligt med att i aktuell upphandling redan vid anbudets avlämnande redovisa hur anbudsgivare tänker sig utföra uppdraget som startar 23-25 veckor från avtal tecknas direkt efter avtalsspärrens utgång. Det är inte ett orimligt krav att i upphandlingen säkerställa leveransen av åtaganden under garanti tiden som börjar löpa direkt efter godkänd leverans.

Förvaltningsrättens bedömning

För att ett krav ska vara proportionerligt måste kravet vara nödvändigt för att uppnå de eftersträvande syftena, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns.

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser köp, leverans och installation av arenaskylt och att avtalet löper på fem år dvs. lika länge som garanti, service och support för skyltarna är giltig.

Enligt förvaltningsrättens mening står kravet att anbudsgivaren vid tiden för anbudsgivandet ska redovisa företagets generella resurser och intyg över andra resurser som anbudsgivaren förfogar över i proportion till kontraktsföremålet och det eftersträlvade syftet att säkerställa leveransen av

åtaganden under garantitiden som börjar löpa direkt efter godkänd leverans. Det åberopade avgörandet från EU-domstolen C-234/03 avser ett specifikt krav för den upphandlingen. Det nu aktuella kravet är av mer allmän karaktär varför det åberopade avgörandet inte kan jämföras med omständigheterna i den upphandling som nu är föremål för prövning.

Har Noxab visat att de kan fullgöra kontraktet under hela avtalsperioden?

Noxab har uppgett att tiden för affärsavtalets utgång är av underordnad betydelse eftersom det inte finns något behov av samarbetspartners resurser i och med godkänd leverans. Det är bolaget, som anbudsgivare och leverantör, som är ansvarig för att service och underhåll vidmakthålls under garantitiden, inte samarbetspartnern. Bolagets samarbetspartner har en väletablerad kontakt med flera olika fabriker i Kina och mångårig erfarenhet samt yrkesskicklighet av denna typ av arbete. Bolaget köper in alla skyltar via samarbetspartnern. När skyltarna kommer till Sverige monteras de ihop och testas hos samarbetspartnern, varefter de installerar skyltarna på plats hos bolagets kund, i detta fall Södertälje fotbollsarena. Efter att kunden har godkänt installationen enligt kraven i avtalet, finns inte något ytterligare behov av samarbetspartner eller andra nödvändiga resurser.

Eventuellt kan bolaget komma att anlita en lokal elektriker för utbyte av nätdelar och LED-moduler. Vem denna elektriker i så fall blir meddelas *Telge* i samband med eventuellt avtalsskrivande. Eftersom byte av t.ex. en LED-modul tar ca 15 minuter, är det inte ovanligt att kunden själv gör utbytet med support via telefon. I förfrågningsunderlaget finns inget uttalat krav på att anbudsgivaren ska visa hur man kommer att fullfölja uppdraget. Bara krav på att det ska vara fem års garanti.

Telge invänder att punkterna 1.3.7, 2.9 och 2.10 i förfrågningsunderlaget visar otvetydigt att avtalet löper i fem år från leverans av skylten och att under avtalsperioden sker åtaganden såsom all service och underhållsåtgärder med åtaganden som givetvis innebär fysiska åtaganden. *Noxab* har vid flera

punkter i sitt anbud och i sitt förtydligande i upphandlingen hänvisat till sin redovisade samarbetspartner för utförande av uppdraget. I det affärskontrakt som Noxab bifogat anbudet framgår ingenstans att Noxab:s affärskontrakt med samarbetspartnern sträcker sig längre än utgången av år 2016. Det benämns ingenstans i affärskontraktet, inte heller i anbud, att en muntlig överenskommelse finns mellan Noxab och Noxab:s samarbetspartner avseende automatisk förlängning av det affärskontrakt som bifogats anbud. I förtydligande med anledning av att Telge påtalat motsträmmighet avseende företagsrepresentation gällande antal anställda och kapacitet i det egna bolaget kontra uppgifter från skattemyndigheten uppger Noxab att de åberopar samarbetspartnerns samtliga resurser. Nu lämnade uppgifter om att Noxab själva tar över efterfrågat uppdrag har överhuvudtaget inte tidigare berörts.

Förvaltningsrättens bedömning.

Enligt förfrågningsunderlaget (p. 1.3.7) löper det upphandlade avtalet på fem år dvs. lika länge som garanti, service och support för skyltarna är giltig. Av förfrågningsunderlaget framgår under p. 1.6.4 och p 1.6.5. även att anbudsgivaren ska redovisa företagets generella kapacitet. Om anbudsgivaren använder sig av andra företags kapacitet, förmåga eller kunnande ska anbudsgivaren visa att denne förfogar över de resurser som erfordras för uppdraget. Noxab har i avlämnat anbud åberopat en samarbetspartners samtliga resurser och lämnat in ett affärskontrakt med samarbetspartnern som löper fram till utgången av 2016. Av anbudet kan inte utläsas att Noxab endast använder samarbetspartnern i samband med leverans och installation av arenaskylten. Vad Noxab åberopat visar inte att bolaget vid tidpunkten för anbudstillfället uppfyllde det ställda kravet på kapacitet beträffande bolaget och samarbetspartnerns resurser under hela avtalsperioden. Förvaltningsrätten anser att Telge haft rätt att förkasta Noxab:s anbud.

Sammanfattningsvis konstaterar förvaltningsrätten att vad Noxab anfört visar inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Lena Aronsson
Rådman

Ann-Kristin Rosén har föredragit målet.



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, midsommarafon, 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.