



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2016-01-13
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2866-15

SÖKANDE

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

MOTPART

Ronneby kommun, 212000-0837
372 80 Ronneby

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-01-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 123478

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42	Kungsgatan 8	0470-56 02 00	0470-255 02	måndag – fredag
351 03 Växjö		E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se		08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Ronneby kommun (kommunen) genomför en upphandling av hyra av tre stycken digitala informationstavlor med tillhörande mjukvaror, tjänster och konsultstöd, referensnummer 15/24. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande och utannonserades den 8 juli 2015. Sista anbudsdag var den 24 augusti 2015 och grund för tilldelning av kontrakt är lägsta pris.

Noxab i Malmö AB (Noxab) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkande.

VAD PARTERNA ANFÖR

Noxab

Felaktig upphandlingsform

Kommunen har valt en felaktig upphandlingsform i strid med LOU. I annonsen står det att det gällande upphandling av tjänster, specificerat till tjänstekategori "7A Databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster". Noxab utgår ifrån att kategorin är hämtad från bilaga 2 till LOU. Inte en enda CPV-kod som gäller för tjänstekategorin passar in på inköp av tre digitala informationstavlor. Då det inte är någon tjänst överhuvudtaget och det inte heller finns någon passande CPV-kod, kan det bara handla om ett helt vanligt varuinköp.

Oproportionerliga ska-krav som inte går att uppfylla

Både kraven i punkterna 2.3 och 2.4 i kravspecifikationen (betraktningvinklar och ljusvärde) gäller för själva dioden och måste därför bedömas tillsammans. Det finns endast en diodtillverkare som nästan klarar båda kra-

ven, japanska Nichia och deras diodmodell 346KS. Att den genomsnittliga ljusstyrkan inte riktigt når upp till kraven framgår av Nichias egna faktablad och bevisas genom tabeller där kraven enligt kravspecifikationen avseende genomsnittliga ljusvärden för röd, grön och blå diod jämförts med det sammanlagda snittvärdet för varje diod. Det korrekta sättet att räkna ut den genomsnittliga ljusstyrkan för Nichia-dioderna framgår av återopad mejlkonversation med en tjänsteman vid Nichia Europé. Genom kommunens sätt att räkna ut värdena får man värden som nästan exakt stämmer med kravspecifikationen. Även om det inte uttalats i kravspecifikationen kan det inte bli tydligare att det är fråga om ett riktat krav mot en specifik tillverkare, Nichia med diodmodell 346KS, vilket strider mot LOU. Vidare är kravet på att ”typvärde från tillverkaren jämställs med genomsnittligt ljusvärde” under punkten 2.4 ett oproportionerligt och vilseledande jämförelsekrav. Typvärdet visar endast ljusstyrkan för den mest producerade sorteringsgruppen och har inget med ljusstyrkan från enskilda bin:ar att göra. Vad gäller kravet på betraktningvinklar avseende röd diod under punkten 2.3 i kravspecifikationen är det, utifrån återopad graf och tabell, klart att Nichia bara nästan når upp till kravet. Bolaget har tydligt visat att varken kraven på ljusstyrka (gäller alla diodfärgerna) eller betraktningvinkel (gäller röd diod) går att uppfylla ens med marknadens bästa diod. Kan de inte uppfyllas av Nichias diod 346KS kan de inte uppfyllas av någon annan diod heller, oavsett tillverkare. Endast några få tillverkare erbjuder dioder med samma eller bättre betraktningvinklar jämfört med kravet. Det finns också ett fåtal tillverkare som kan erbjuda dioder med lika bra eller bättre ljusstyrka jämfört med kraven, men ingen som klarar både och. Kraven går inte att uppfylla och är oproportionerliga.

Inga giltiga anbud finns

Anbudsgivare Focus Electronic AB har inte bifogat de rätta databladen i enlighet med kravet under punkten 2.4 i kravspecifikationen och anbudsgivare JML System AB har inte bifogat några datablad överhuvudtaget. Ef-

tersom inte någon anbudsgivare uppfyllt ska-kravet har kommunen inte några giltiga anbud och upphandlingen måste därför göras om.

Noxab har visat att bolaget lidit skada eller kan riskera att lida skada. Bolaget har inte ansett sig ha möjlighet att lämna ett riktigt anbud då det i grunden är en otillåten upphandling samt då minst ett krav är oproportionerligt och i strid med LVU. Kommunen har ställt krav som inte går att uppfylla, vilket har gjort att Noxab inte kunnat lämna anbud.

Kommunen

Upphandlingen avser inte köp av produkter utan är en tjänst. Kommunen köper inte heller produkterna efter hyresperioden, utan de återgår till leverantören. Vad gäller kraven på ljusvärde och betraktningvinklar har anbudsgivare uppgett sig uppfylla ställda krav. Det finns ett sätt att räkna ut ett medelvärde och det är genom att addera det högsta och lägsta värdet och dividera det med två. Med en diods typvärde avses det utfall man får i produktionen och detta ger ett mer verkligt värde än det teoretiska genomsnittliga värdet. Det är upp till kommunen att ställa de krav som bedöms behövas för att produkten ska ha den prestanda som önskas och kommunen anser att kraven på dioderna är relevanta. Kommunen köper dessutom skyltar, inte dioder. Det står fritt för alla leverantörer att utrusta sina produkter med de komponenter som de bedömer uppfyller de ställda kraven. Focus har lämnat in produktblad och för att förtydliga det data som diodtillverkaren redovisar på sin hemsida. Data från diodtillverkarens hemsida vidimerar att dioden uppfyller de krav som kommunen ställt. Vidare har Noxab inte ens lämnat anbud och kan inte anses ha lidit skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag och att detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § 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.

Med tjänstekontrakt avses enligt 2 kap. 18 § LOU ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilaga 2 eller 3 (A- eller B-tjänster) och som inte utgör ett varukontrakt enligt 21 §. Ett kontrakt som avser varor och som även omfattar A- eller B-tjänster ska behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.

Med varukontrakt avses enligt 2 kap. 21 § LOU ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte ska anses utgöra ett tjänstekontrakt. Ett kontrakt ska behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna.

I mål om ingripande 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 (jfr RÅ 2009 ref. 69). Prövningen i förvaltningsrätten utgör således en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har

framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Förfrågningsunderlaget

Under punkten 1.7 i upphandlingsföreskrifter anges att upphandlingen omfattar tre stycken digitala informationstavlor med tillhörande mjukvara, installationstjänster till fullt driftsfärdig helhetslösning inklusive underhåll, support och drift- och servicetjänster under hela avtalsperioden, inklusive option samt sex månader därefter. Samtliga ingående komponenter levereras som tjänst.

I kravspecifikationen, under punkten 2.3, anges att betraktningvinklar för den använda dioden vid 50 procents ljusstyrka ska vara minst 105° horisontellt och minst 50° vertikalt.

Under punkten 2.4 anges följande. Ljusdioderna ska minst ha följande genomsnittliga ljusvärden vid 20 mA: röd diod 1.600 mcd, grön diod 3.400 mcd och blå diod 735 mcd. Lysdiodernas exakta typbeteckning och datablad ska bifogas anbudet. Med genomsnittligt ljusvärde avses det genomsnittliga värdet för produkten, inte för enskilda batcher eller biner inom produkten. Typvärdet från tillverkaren jämförs med genomsnittligt ljusvärde.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen genomför den aktuella upphandlingen som en upphandling av ett tjänstekontrakt. Noxab har bl.a. gjort gällande att kommunen har valt en felaktig upphandlingsform och att det rätteligen är fråga om en upphandling av ett varukontrakt.

I det meddelande om upphandling som publicerats i TED och Visma har ”7A Databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster” angetts såsom tjänstekategori. Samtidigt har CPV-koder hänförliga till varor, ”Permanenta informationsskyltar” och ”Skyltar och likande varor”, angetts. Utifrån hur upphandlingsföremålet formulerats i förfrågningsunderlaget kan konstateras att informationen i meddelandet om upphandling är missvisande. Förvaltningsrätten anser dock inte att den omständigheten i sig är grund för ett ingripande. Vad Noxab har anfört föranleder inte heller bedömningen att upphandlingen rätteligen avser ett varukontrakt. Vidare har Noxab inte närmare utvecklat hur klassificeringen av kontraktet medfört att bolaget lidit skada.

Noxab har även gjort gällande att kraven på ljusvärde för samtliga diodfärger och betraktningvinklar avseende röd diod inte går att uppfylla och att kraven därmed är oproportionerliga. Vidare har anförts att det är oproportionerligt och vilseledande att typvärdet från tillverkaren jämföras med genomsnittligt ljusvärde.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har stor frihet att välja vad man vill upphandla och vilka krav som ska ställas på det som ska upphandlas, under förutsättning att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och övriga bestämmelser i lagen beaktas. Kommunen har således rätt att ställa höga krav på lysdioderna, förutsatt att kraven är proportionerliga. Kommunen har gjort gällande att de uppställda kraven är relevanta och såsom talan får förstås anser kommunen att det finns anbud som uppfyller alla ska-krav och som kan utvärderas. Förvaltningsrätten anser inte att det utifrån den information och de bevis som Noxab åberopat går att avgöra huruvida kraven avseende betraktningvinklar och ljusvärde är möjliga att uppfylla eller ej eller att förfrågningsunderlaget i övrigt är vilseledande. Bolaget har således inte visat att kommunen förfarit felaktigt i denna del.

Bolaget har inte heller visat underlag till stöd för sitt påstående att de två anbudsgivarna inte uppfyller ska-kravet avseende datablad under punkten 2.4 i kravspecifikationen.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Noxab inte framfört sådana omständigheter som visar att kommunen brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU på ett sådant sätt att det finns skäl för ett ingripande. Noxab:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Anders Poulsen
rådman

Föredragande: Jessica Grönberg



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.

