



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2017-05-23
Meddelad i Växjö

Mål nr
911-17

SÖKANDE

Kontorsmaskiner i Kristianstad AB, 556064-0319
Box 557
291 25 Kristianstad

MOTPARTER

1. Nybro kommun
2. Fastigheter i Nybro AB, 556636-7586
3. Nybro Bostadsaktiebolag, 556044-5206
4. Nybro Brunn, 556137-5451
5. Nybro Elnät AB
6. Nybro Energi AB, 556527-9162
7. Nybro Kommunbolag, 556832-1110
8. Nybro Värmecentral AB, 556777-3923
9. Transtorpsfastigheter AB, 556755-4836

Ombud för 1-9: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om hävande av sekretess.
2. Förvaltningsrätten avslår Kontorsmaskiner i Kristianstad AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2017 -05- 2 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 156612

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Nybro kommun har tillsammans med ett antal kommunala bolag (Kommunen) genomfört en upphandling genom öppet förfarande kallad ”2016/01-020: Skrivare och Multifunktionsskrivare med tillhörande tjänster 2016”. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Enligt tilldelningsbesked den 2 mars 2017 inkom två anbud varav Konica Minolta Business Solutions Sweden AB tilldelades kontraktet. Ansökan om överprövning inkom till domstolen den 13 mars 2017 d.v.s. inom spärrtiden. Kommunen tecknade avtal den 14 mars 2017.

YRKANDEN

Kontorsmaskiner i Kristianstad AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkas att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning ska häva sekretessen från vinnande anbudet samt att avtalsspärren ska förlängas med minst tio dagar efter det att de frigjorda dokumenten har sänts till bolaget. Slutligen yrkas att förvaltningsrätten ogiltigförklarar upphandlingen då kommunen tecknat avtal den 14 mars 2017 trots att ansökan om överprövning skickats till Förvaltningsrätten den 13 mars 2017.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Kommunen har sekretessbelagt svarsformulär, referensuppgifter samt CV. Detta utgör underlag för utvärderingen och borde inte ha sekretessbelagts. Det är inte transparent.

Bolagets anbud har förkastats med hänvisning till att ställda krav på referenser inte uppfyllts. Bolaget har rätt att använda sig av kompetens inom Canon Sverige. Lämnade referenser är utförda inom franchisekedjan och måste därför godkännas. Det framgår av anbudet att bolaget är en del av Canon Business Center kedjan. Bolaget ingår i franschisekonceptet och iträder sig därför Canons roll. Bolaget har därför rätt att bl.a. använda sig av kedjans kundreferenser.

Kommunen

Eftersom de inte underrättades om att ansökan om överprövning inkommit teknades avtal med vinnande leverantören den 14 mars 2017. Överprövning av upphandlingen kan därför inte göras och ansökan ska avvisas. I andra hand ska ansökan ogillas.

Vinnande leverantör begärde sekretess på vissa handlingar, liksom bolaget. Handlingarna utgör affärshemligheter och det finns anledning att tro att leverantören lider skada om dessa lämnas ut. Kommunen har därför meddelat beslut om sekretess. Detta har inte överklagats av bolaget.

Enligt punkten två i förfrågningsunderlaget ska leverantören ha utfört minst tre uppdrag för olika beställare. Förteckning över detta ska bifogas anbudet. Det har varit möjligt att åberopa annat bolags kapacitet. Intyg om åtagande från det bolaget skulle då ha bifogats anbudet. Kontorsmaskiner har i anbudet angett tre referensuppdrag utförda åt Melleruds kommun. I beskrivningen av respektive referensuppdrag anges att det är ”Canon Business Center” som utfört uppdraget. Efter sökning i Bolagsverkets register framgår att detta är ett registrerat arbetsställe tillhörande Trollhättans Kontorsmaskiner, vilket även bekräftas av angivna referenspersoner. Bolaget har inte heller hävdats att uppdraget skulle ha utförts av dem själva. Bolaget har varken

åberopat det företags kapacitet eller presenterat bevisning om att man förfogar över det företags kapacitet för utförande av kontraktet. Dessutom har bolaget i anbudet angett att annat företags kapacitet inte åberopas. Det kan även konstateras att bolaget och Trollhättan kontorsmaskiner inte ingår i samma koncern. Huruvida bolaget och Trollhättan kontorsmaskiner genom "Canons franchisekoncept" har något avtal som gör att de förfogar över varandras resurser och kapacitet framgår inte. Om bolaget själv inte uppfyller ställda krav måste annans kompetens åberopas i anbudet. Bolaget måste i sådana fall även visa att de förfogar över den kompetensen.

Under alla förhållanden har bolaget inte gjort sannolik att de lidit eller riskerat att lida någon skada av de påstådda bristerna då de inte har visat eller ens gjort sannolikt att de skulle haft en chans att erhålla kontraktet om deras anbud inte uteslutits.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. I övergångsbestämmelserna anges att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling fortfarande ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den sistnämnda lagen är alltså tillämplig vid bedömning av den nu aktuella upphandlingen.

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.

Av 16 kap. 1 § LOU följer, såvitt nu är aktuellt, att om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

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, och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och det 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. Domstolen har enbart att pröva vad som omfattas av parternas yrkanden och åberopade handlingar.

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits bl.a. i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har fattat beslut om sekretess avseende vissa delar av Konica Minoltas anbud. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att pröva frågan om utlämnande av dessa handlingar. Yrkandet härom ska därför avvisas.

Bolaget har i ansökan angett att upphandlingen ska förklaras ogiltig med anledning av att avtal tecknats efter ansökan om överprövning inkommit. Förvaltningsrätten kan inte läsa ansökan på annat sätt än att yrkandet även innefattar ogiltighetstalan mot tecknat avtal. Det ankommer därför på domstolen att pröva om det finns grund för att ogiltigförklara avtalet i detta mål. För att sådan grund ska föreligga krävs att bolaget kan göra sannolikt att kommunen brutit mot LOU på ett sådant sätt att det medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Tilldelningsbeslutet är daterat den 2 mars 2017. Av handlingarna i målet framgår att meddelandet sändes elektroniskt samma dag. Avtalsspärr löpte därför till och med den 13 mars 2017. Ansökan om överprövning inkom till domstolen den 13 mars. Eftersom ansökan inkom via mejl efter kontorstid meddelades kommunen inte förrän dagen efter d.v.s. den 14 mars 2017. Domstolen meddelar upphandlande myndighet om inkomna ansökningar som en serviceåtgärd. Det är sålunda myndighetens ansvar att förvissa sig om att ingen ansökt om överprövning innan kontrakt tecknas. Kommunen har alltså tecknat avtal trots att förlängd avtalsspärr gällde vid tidpunkten. Kommunens agerande strider därför mot LOU. Frågan blir därefter om bolaget har gjort sannolikt att kommunen brutit mot LOU på ett sådant sätt att det medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i lagens mening.

Enligt punkt 2.4 i förfrågningsunderlaget ska leverantören under de tre senaste åren ha utfört minst tre uppdrag avseende leverans och service av multifunktionsmaskiner för olika beställare. Leverantören ska till anbudet bifoga en förteckning över uppdragen. Referenserna ska avse uppdrag hos tre olika juridiska personer.

Det är mellan parterna ostridigt att bolagets angivna referensuppdrag inte har utförts av anbudsgivaren utan av ett annat bolag med annat organisationsnummer trots att annat bolags kapacitet inte har åberopats. Enligt för-

valtningsrätten mening ger formuleringen av ifrågavarande krav inte utrymme för att åberopa annat bolags referensuppdrag. Annat bolags kapacitet har heller inte åberopats. Kommunen har därför rätteligen uteslutit bolaget p.g.a. av bristande kravuppfyllnad i punkt 2.4 i förfrågningsunderlaget.

Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten sålunda följande. Kommunen har felaktigt tecknat avtal i strid mot bestämmelserna om avtalsspärr i LOU. Bolaget har dock inte visat att de felaktigt uteslutits från utvärderingen och har därigenom inte visat att de lider skada eller kan komma att lida skada av kommunens agerande. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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

Malin Toivainen
t.f. rådman

Föredragande: Helene Larsson



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.