



SÖKANDE

Parkster AB, 556862-5841

Ombud: Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB

MOTPARTER

1. Bostads AB Vätterhem, 556012-3704
2. Högskolefastigheter i Jönköping AB, 556284-1089
3. Junehem AB, 556790-5541
4. Jönköping Airport AB, 556792-9905
5. Jönköping Energi AB, 556015-3354
6. Jönköpings kommuns Fastighetsutveckling AB, 559082-6847

Ombud för 1-6: Chefsjuristen Lars-Åke Svensson
Jönköpings kommun

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen om upphandling av koncessioner, LUK

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om vilandeförklaring och yrkandet om edition. Ansökan om överprövning avslås.

BAKGRUND

Ett antal bolag kopplade till Jönköpings kommun (beställaren) har inlett ett upphandlingsförfarande benämnt Tjänstekoncession – Tjänst för betalning av parkering samt laddning av elfordon via mobiltelefon (22/265). Genom tilldelningsbeslut har Mobill Scandinavia AB (Mobill) antagits. Parkster AB (Parkster), vars anbud har rangordnats på andra plats, har ansökt om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Parkster yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Mobill inte ska beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar Parkster att målet vilandeförklaras tills prövningen av sekretessen för Mobills anbud avgjorts och vunnit laga kraft, alternativt att rätten ska begära att beställaren ska ge in Mobills fullständiga anbud.

Beställaren anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR**Parkster**

I förfrågningsunderlaget samt tilldelningsbeslutet anges på skilda håll att upphandlingen genomförs enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Det anges dock på flera ställen i upphandlingsdokumenten både formellt och materiellt att upphandlingen avser en tjänstekoncession, bland annat titeln på upphandlingen, varför tillämplig lag rätteligen torde vara lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Grunden för denna ansökan om överprövning påverkas i och för sig inte oavsett om LOU eller LUK anses tillämplig.

Upphandlingen genomförs i verktyget Merzell och anbudsgivare har att ange priser och svar direkt i systemet, därtill kan dokument bifogas till anbudet. I punkt 3.4.6 anges att anbudsgivare ska ange pris för sina respektive åtaganden enligt avtalet i Bilaga 1 Prisfil. Totalt efterfrågas där fyra olika priser. I punkt 3.4.6 har anbudsgivare att fylla i det totala utvärderingspriset från Bilagan Prisfil. Upphandlingen innehåller dock ett uttryckligt förbud mot att ange ett negativt pris som utvärderingspris. Om anbudsgivare försöker detta anges tydligt med röd text ”Negativa priser inte tillåtna”. Det går då inte att komma vidare i programmet och lämna anbud överhuvudtaget. Således kan endast ett positivt tal eller noll kronor anges.

Av Mobills prisfil samt resultatrapporten som bifogades tilldelningsbeslutet och redovisning av priser i denna framgår dock att de facto har angetts ett negativt pris som ”Totalt utvärderingspris”, – 1 384 000 kr. Detta negativa pris har därefter legat till grund för de avdrag som erhållits genom kvalitetsvärderingen och de mervärden som anbudsgivaren erhållit och resulterat i att Mobills jämförelsesumma blev – 2 087 200 kr. Beställaren har också varit medveten om detta och begärt förklaring avseende priset. Mobills förklaring har sekretessbelagts. Mobills anbud skulle ha diskvalificerats.

Mobill har också angett fel pris i anbudet eftersom man i själva anbudsformuläret angett noll kronor när dess offererade pris är – 1 384 000 kr.

Vidare anges i punkt 3.2.9 p.1 att mobilapp ”ska fungera både i iPhone och Android-telefon. Redogör om det fungerar på andra plattformar.” Således finns ett formellt krav att redogöra för om appen fungerar på andra plattformar än iPhone och Android. Anbudet från Mobill innehåller ingen sådan information och skulle ha diskvalificerats även av denna anledning.

Som framgår av sekretessmarkeringen är det uppenbart att beställaren utan lagligt stöd har belagt icke ringa delar av anbudet med sekretess. Det får därför anses högst troligt att kammarrätten kommer att förordna om rättelse på så sätt att beställaren föreläggs göra en korrekt bedömning av vilka delar av anbudet som ska lämnas ut. Då det redan av det erhållna materialet kan konstateras ett flertal brister i anbudet från Mobill får sannolikheten för att det föreligger fler brister i resterande delar av anbudet vara hög. Starka processekonomiska och ändamålsenliga skäl talar därmed för att förvaltningsrätten bör vilandeförklara målet i avvaktan på ett lagkraftvunnet avgörande i sekretessdelen.

Parkster och förvaltningsrätten kan inte få vetskap om omständigheterna i upphandlingen för att kunna göra en fullständig bedömning av om beställaren agerat korrekt utan det fullständiga anbudet från Mobill. Parkster har begärt att få ut det kompletta anbudet från Mobill för att kontrollera om anbudet uppfyller upphandlingens krav. Beställaren har gett små delar av innehållet i anbudet.

Trots den hårda och felaktiga maskeringen av anbuden kan likväl av det material som erhållits konstateras att beställaren agerat felaktigt i upphandlingen. Det får därmed anses sannolikt att även ytterligare fel har begåtts. Parkster har begärt att erhålla ett överklagbart beslut och får därmed anses ha gjort vad som rimligen kan begäras av bolaget för att få del av uppgifter som de anser ligger till grund för deras talan. Målet bör vilandeförklaras till prövningen av sekretessen för Mobills anbud är klar, alternativt bör förvaltningsrätten begära att beställaren ger in Mobills fullständiga anbud till rätten för att möjliggöra kontroll av grunderna för Parksters ansökan om överprövning.

Beställaren

Förfrågningsunderlaget innehåller inte något obligatoriskt krav att negativa priser inte får offereras. Det går bra att ange ett negativt pris i prisfil och komma vidare i programmet. Att det vid ifyllnad av totalsumma i förfrågningsunderlaget visas röd text "Negativa priser är inte tillåtna" är en konsekvens av Tendsigns utformande av upphandlingsverktyget och inte något krav som är reglerat i förfrågningsunderlaget.

Mobill har inte angett fel pris genom att ange noll kronor i punkt 3.4.6. Mobill har i dess bilaga "Kommentar rörande prissättningen" förklarat att det är dess uppgifter i prisfil och däri angivna priser som offereras i upphandlingen. Det råder således ingen tvekan om vilket pris som har offererats. Av rättsfallet HFD 2023 ref. 7 framgår att det är tillåtet att uppställa obligatoriska krav som förbjuder negativa priser, dessa ska dock vara uttryckliga och tydligt ställda då utgångspunkten är fri prissättning. Några sådana tydliga och uttryckliga krav har inte ställts i denna upphandling.

Vad som stadgas i punkten 3.2.9 är att anbudsgivare ska lämna redogörelse endast om app fungerar på andra plattformar än Iphone och Android. Mobill har beskrivit detta i bilaga "Mobill parkering – Beskrivning av parkeringslösning-pf5" kapitel 3 och 6. Det noteras att ingen av de övriga anbudslämnarna

uppfattat förfrågningsunderlaget i denna del som Parkster. Förfrågningsunderlagets utformning och ordalydelsen ger inte stöd för Parksters tolkning. Parkster har inte heller under anbudstiden anfört att det föreligger någon brist avseende förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Fråga om vilandeförklaring, edition och partsinsyn

Parkster yrkar att förvaltningsrätten ska avvakta med målets avgörande tills prövningen av sekretessen för Mobills anbud har vunnit laga kraft. I början av målets handläggning hade Parkster även framställt ett yrkande om edition, det vill säga att förvaltningsrätten skulle förelägga beställaren att till Parkster eller till förvaltningsrätten utge Mobills fullständiga anbud, vilket skulle möjliggöra att kontrollera grunderna för Parksters ansökan. Beställaren har sedan självant gett in till förvaltningsrätten Mobills förklaring till prissättningen, men begärt att sekretess ska gälla för denna gentemot Parkster.

Förvaltningsrätten beaktar härvid att det är ostridigt i målet att Mobill har lämnat negativt pris i sitt anbud. Parkster har anfört som grund för sin ansökan att det i upphandlingen inte varit tillåtet att lämna negativa priser och att Mobill därmed har angett ett felaktigt pris. Det för målet relevanta innehållet i Mobills förklaring till prissättningen om att Mobills priser har angetts i dess prisfil har redan framkommit av beställarens yttrande i målet. I övrigt är innehållet i den aktuella handlingen inte av relevans för de grunder som Parkster gjort gällande. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte har framkommit skäl för att vilandeförklara målet. Parksters yrkande härom ska därmed avslås.

Det är i allmänhet inte tillräckligt att en leverantör anger att den vill kontrollera om konkurrentens anbud uppfyller upphandlingsdokumentens krav och kriterier för att genom förvaltningsrättens försorg få tillgång till uppgifter som enligt den upphandlande myndigheten omfattas av sekretess. Istället bör det krävas att den leverantör som vill ha tillgång till sådana uppgifter kan ange omständigheter som ger konkret anledning att anta att uppgifterna kan tjäna

som bekräftelse på att den upphandlande myndigheten brutit mot upphandlingsbestämmelserna.

Mot det sagda anser förvaltningsrätten inte att det med hänsyn till de grunder som Parkster gör gällande i målet har framkommit skäl för att begära Mobills fullständiga anbud. Yrkandet om edition ska därmed avslås.

Vad gäller frågan om att ge Parkster tillgång till ytterligare uppgifter från Mobills förklaring till prissättningen anser förvaltningsrätten att Parkster fått tillräcklig information om innehållet som motiveras av hänsyn till grunderna för ansökan om överprövning. Förvaltningsrätten anser att kommunikering av den aktuella handlingen kan underlåtas och Parksters rätt till insyn begränsas, för det fall att Parkster inte nöjt sig med att förvaltningsrätten fått ta del av handlingen.

Prövning av ansökan i sak

Gällande regler

Enligt 1 kap. 2 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, gäller lagen för upphandling av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner som genomförs av en upphandlande myndighet eller enhet. Med koncession avses enligt 1 kap. 13 § ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare där kontraktet utgör en tjänstekoncession, ersättningen för tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning och kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk (efterfrågerisk och/eller utbudsrisk) som anges i 22 § övertas av koncessionshavaren.

Upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUK).

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (16 kap. 6 § LUK).

Utdrag ur upphandlingsdokument

3.2.9 Mobilapp

1. Ska fungera både i Iphone och Android-telefon. Redogör om det fungerar på andra plattformar.

3.4.6 Pris

Leverantören ska ange pris för sina åtaganden enligt avtalet i Bilaga 1 Prisfil. Inga övriga kostnader får tillkomma.

a. Totalt utvärderingspris från Bilaga 1 Prisfil.

Prisfält

b. Bifoga Bilaga 1 Prisfil

Bifogad fil

Förvaltningsrättens prövning

Inledningsvis konstateras att det i upphandlingsmål som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas, där domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten anser också, i enlighet med Parkster, att LUK är tillämplig i målet i stället för lagen om offentlig upphandling (LOU).

Negativt pris

Vid offentlig upphandling gäller som utgångspunkt att den upphandlande myndigheten är fri att bestämma vilka obligatoriska krav som myndigheten vill ställa upp i en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande principerna för offentlig upphandling, bl.a. likabehandlingsprincipen, och med upphandlingslagstiftningen i övrigt.

Utgångspunkten är också att leverantören är fri att välja vilket pris som man vill erbjuda (jfr rättsfallen HFD 2018 ref. 50 och HFD 2023 ref. 7). Ett pris kan ur matematisk synvinkel vara negativt. Förbud mot negativa priser saknas i upphandlingslagstiftningen och följer inte av praxis. Inte heller i de aktuella anvisningarna för upphandling kan återfinnas något sådant förbud.

Förvaltningsrätten anser inte att beställaren har brutit mot upphandlingsbestämmelserna genom att man – efter utredning avseende onormalt lågt pris – har godtagit Mobills anbudspris. Den omständigheten att upphandlingsverktyget signalerat för negativt pris föranleder ingen annan bedömning.

Nollpris

Trots att Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet HFD 2016 ref. 27 gett uttryck för ett strikt upprätthållande av obligatoriska krav kan det enligt förvaltningsrättens mening inte bortses ifrån att den påstådda bristen i Mobills anbud i praktiken endast utgörs av att prisuppgiften pga. teknisk begränsning inte lämnats på avsedd plats i anbudet (punkt 3.4.6). Det har heller inte framkommit annat än att uppgiften lämnats på ett tillräckligt klart och tydligt sätt i anbudets prisfil, i enlighet med anvisningarna i samma punkt. I praxis har denna typ av misstag under vissa förutsättningar godtagits i den mån syftet med det obligatoriska kravet inte förfelas med en sådan tolkning (se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2896-16). Förvaltningsrätten konstaterar att Parkster inte visat i vilket avseende Mobill, genom utformningen av anbudet, skulle förändrat dess innehåll genom att lämna inaktuell uppgift om pris i anbudsbilagan med samtidig hänvisning till den mer detaljerade prisbilagan.

Felaktighet gällande appfunktion

Definitionsmässigt bör ett ska-krav innehålla ordet ska. Det kan konstateras att rekvisitet i första punkten under punkt 3.2.9 inte innehåller detta eller ett motsvarande ord. Det anges inte heller på något annat sätt att kravet är obligatoriskt. Rekvisitet ”om” måste grammatiskt och skäligen tolkas som att det är

tillräckligt ifall anbudsgivaren anger *för det fall* appen fungerar på andra plattformar. Då anvisningen om att ange om app fungerar på andra plattformar inte innehåller ordet ska och inte heller på något annat sätt angetts vara obligatoriskt finner förvaltningsrätten alltså att det inte varit ett obligatoriskt krav. Mobills anbud ska därför inte diskvalificeras av den anledningen att Mobill har underlåtit att uppfylla ett ska-krav.

Sammanfattningsvis har inte beställaren brutit mot aktuella upphandlingsbestämmelser och detta har medfört att Parkster har lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

Upplyningsvis har förvaltningsrätten samma dag meddelat avgörande även i mål nr 1108-23, som gäller samma upphandling.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga 1 (FR-05).

Anna Atanasova Andersson

Rådmannen Anna Atanasova Andersson har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.