



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

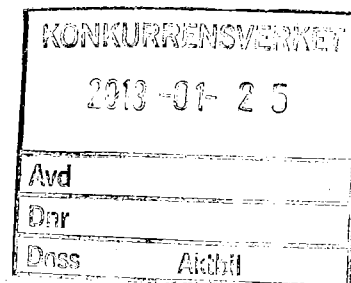
DOM
 2013-01-24
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 6746-12

SÖKANDE

Torell Pump AB, 556083-7725
 Box 633
 131 21 Nacka

Ombud: Jur.kand. Christoffer Stavenow
 Stavenow & Partners
 Kungsgatan 24
 111 35 Stockholm



MOTPART

Eskilstuna Energi & Miljö AB, 556458-1907
 Eskilstuna Kommun
 631 86 Eskilstuna

Ombud: Bolagsjurist Sara Devida
 Eskilstuna Energi och Miljö AB
 Kungsgatan 86
 631 86 Eskilstuna

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 108272

Postadress
 Box 406
 581 04 Linköping

Besöksadress
 Brigadgatan 3

Telefon
 013-25 10 00

E-post:
 forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
 013-25 11 40

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna Energi & Miljö AB (EEM) genomför en upphandling avseende snäckpumpar. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande. Kontraktet kommer, med eller utan föregående förhandling, att tilldelas det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt med hänsyn till pris, kvalité och servicetillgänglighet.

Av tilldelningsbeslut framgår bland annat att EEM tagit emot anbud från två anbudsgivare och att kontraktet tilldelats annan leverantör än Torell Pump AB. Av beslutet framgår vidare att anbudet från Torell Pump AB inte uppfyller samtliga skall-krav och därför inte utvärderats vidare.

Torell Pump AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand rättelse på så sätt att utvärderingen görs om och att bolagets anbud utvärderas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

EEM anser att upphandlingen ska göras om.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Torell Pump AB

Torell Pump AB har blivit felaktigt uteslutet ur upphandlingen, där det hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga priset i förhållande till förfrågningsunderlagets krav. Vidare uppfyller det vinnande anbudet inte alla skall-krav i upphandlingen. Det strider mot likabehandlingsprincipen att utesluta ett anbud som uppfyller skall-kraven samt att utvärdera ett anbud som inte uppfyller alla skall-krav. Torell Pump AB har därmed lidit skada.

Torell Pump AB har blivit felaktigt uteslutet ur upphandlingen med anledning av att det angett en valutajusteringsklausul som enligt EEM har lett till att anbudet inte går att jämföra. I förfrågningsunderlaget angavs dock endast att pris ska lämnas i svenska kronor. Det fanns alltså inget uttryckligt förbud mot en valutajusteringsklausul. Anledningen till att valutajusteringsklausuler används inom branschen är att det rör sig om stora investeringar och maskiner som tillverkas utomlands. Priserna är dock fullt jämförbara eftersom den andra anbudsgivaren också angett ett pris som är giltigt för dagens datum. Priset är vid anbudstillfället angett på samma vis för alla anbudsgivare och av den anledningen helt jämförbara. Bolagets anbud var prissatt med svenska kronor. En valutajusteringsklausul lades till för det fall euron ändrar sig mot den svenska kronan. Det är inget problem med jämförbarheten eftersom det är ett fast värde som jämförs mot ett annat fast värde, vilket först efter tilldelningen kan ändras. Detta innebär endast att bolaget inte tar valutarisken då anbudet ska vara giltigt i över tre månader. Om anbudsgivaren ensidigt måste stå risken för valutaväxlingar innebär det att väsentlig höjd måste tas för detta i anbudet.

Den vinnande leverantören har inte skrivit hela anbudet på svenska, till exempel är bilaga 5 helt på engelska. Denna bilaga innehåller flera viktiga uppgifter som i sig är skall-krav. Det var även ett skall-krav att anbudet och alla frågor avseende upphandlingen skulle vara på svenska. Det innebär att hela anbudet ska vara skrivet på svenska samt att all korrespondens ska vara på svenska. Kravet var inte villkorat och det framgick inte att endast delar av upphandlingen skulle vara på svenska.

Torell Pump AB:s anbud är i sin obligatoriska del författat på svenska. Däremot har bolaget, som allmän information utöver det som krävts i förfrågningsunderlaget, bifogat en icke obligatorisk ritning och broschyr till anbudet. Dessa handlingar finns inte tillgängliga på svenska. Ingen av dessa hör dock till anbudets obligatoriska delar och ska därför endast ses

som en allmän ytterligare information utöver vad som krävs i förfrågningsunderlaget. EEM kan naturligtvis bortse helt från denna information, då det är bolagets skriftliga anbud som ska utvärderas. Anbudet kunde ha lämnats helt utan bilaga med ritning och ändå uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget. Den vinnande leverantören har däremot skrivit en del av sin specifikation på engelska. Specifikationen var en del av den obligatoriska informationen som skulle lämnas på svenska.

Den vinnande leverantören har offererat en pump som endast har två skovlar och därför inte kan komma upp i de värden som angetts.

EEM

Det vinnande anbudet innehåller en bilaga som är författad på engelska och anbudet borde därför rätteligen ha uteslutits av EEM. Vidare har Torell Pump AB lämnat ett anbud med en ritning med kommentarer/termer på tyska. Båda anbudsgivarna har därmed brutit såvitt avser kravet på anbud avfattade på svenska språket. Mot bakgrund härav och med beaktande av det faktum att bolagets anbud innehöll en valutajusteringsklausul trots att EEM efterfrågat ett fast pris, kvarstår inga giltiga anbud. Förfrågningsunderlaget innehöll förvisso inget uttryckligt förbud mot valutajusteringsklausuler, men EEM har klart och tydligt efterfrågat ett pris i svenska kronor. Upphandlingen ska därför göras om i sin helhet.

Bolaget har påstått att den vinnande leverantörens offererade utrustning inte uppfyller de tekniska krav på funktionalitet som EEM uppställt. Bolaget har dock inte visat eller åberopat någon bevisning i detta avseende och EEM saknar anledning att ifrågasätta de uppgifter och den försäkran om uppfyllande av teknisk funktionalitet som den vinnande leverantören lämnat.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext m.m.

Av 1 kap. 24 § LUF framgår att upphandlande enheter 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.

Av 16 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I mål om offentlig upphandling 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 och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Torell Pump AB har gjort gällande att dess anbud borde ha varit med i utvärderingen och inte uteslutits på grund av att bolaget angett att priset kan justeras utifrån ändrad valutakurs. Bolaget har vidare gjort gällande att det vinnande anbudet borde ha uteslutits från utvärderingen eftersom delar av anbudet var skrivet på engelska.

Förvaltningsrätten har först att pröva om det var rätt av EEM att utesluta Torell Pump AB:s anbud.

Syftet med regelverket om offentlig upphandling är bl.a. att stimulera konkurrens bland anbudsgivare på så sätt att offentliga medel används på ett effektivt sätt. Av förfrågningsunderlaget, p. 5, framgår att pris ska lämnas i svenska kronor. Bolaget har i sitt anbud angett ett pris i svenska kronor, men har även angett att ”priset är baserat på säljkursen SEK 8,30 per EUR 1 och regleras vid ev ändring av denna fram till betalningsdagen”.

Denna valutajusteringsklausul innebär att bolagets anbud inte är fast, utan att anbudet kan ändras fram till betalningsdagen. Valutakurser kan ändras avsevärt på kort tid. Den anbudsgivare som förbehåller sig rätten att höja priset utifrån valutaförändringar får därför en avsevärd konkurrensfördel jämfört med den anbudsgivare som anger ett fast pris. Även om förfrågningsunderlaget inte innehåller ett uttryckligt förbud mot en valutajusteringsklausul skulle det strida mot likabehandlingsprincipen och därmed mot 1 kap. 24 § LUF att utvärdera ett anbud som inte uppfyller skall-kravet på att ett anbud ska anges i svenska kronor. EEM har således haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget från utvärderingen.

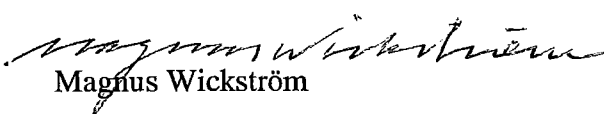
Det andra förvaltningsrätten har att ta ställning till är om EEM även borde ha uteslutit den vinnande leverantören från utvärderingen på grund av att anbudet innehöll viss information på engelska och om Torell Pump AB därmed lidit skada på grund av att så inte skett.

Av dom den 28 mars 2012 i mål nr 3307-11 från Kammarrätten i Jönköping framgår att den leverantör som rätteligen har uteslutits inte längre betraktas som en presumtiv leverantör och därmed inte heller kan anses lida skada i den mening som avses i LOU. Det finns inte anledning att skilja på fall där det endast finns en respektive fall där det finns flera anbudsgivare kvar efter det att kvalificeringsfasen har slutförts.

Av det ovan anförda framgår att EEM haft fog för att utesluta bolagets anbud från upphandlingen då anbudet inte uppfyllde alla obligatoriska krav. Oaktat om det vinnande anbudet i sin tur inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, kan bolaget därför inte anses ha lidit skada, eller kunna komma att lida skada, av att det vinnande anbudet tilldelats kontraktet.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att vad bolaget anfört i målet inte kan föranleda slutsatsen att EEM brutit mot bestämmelser i LUF eller de grundläggande EU-rättsliga principerna på ett sätt som inneburit skada för Torell Pump AB. Någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LUF kan därför inte bli aktuell. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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


Magnus Wickström

Föredragande har varit Johanna Blom.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1D LOU