



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-01-12
Meddelad i Linköping

Mål nr
7954-16

SÖKANDE

Flügger AB, 556479-2116
517 81 Bollebygd

Ombud: Hannes Alvin
Flügger
Grönkullen
517 81 Bollebygd

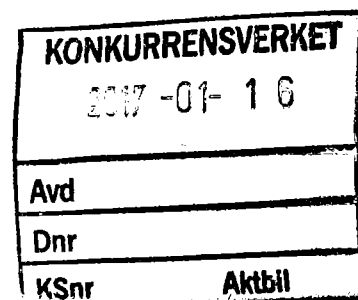
MOTPART

Norrköpings kommun
Rådhuset
601 81 Norrköping

Ombud: Upphandlingscenter
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 274376

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Norrköpings kommun genomför, genom Upphandlingscenter (UC), en upphandling av färghandelsvaror. Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande. Grund för tilldelning är lägsta utvärderingspris.

Flügger AB (Flügger) har lämnat ett anbud som inte utvärderades på grund av att alla kvalificeringskrav och obligatoriska krav inte ansetts vara uppfyllda. Genom tilldelningsbeslut den 17 november 2016 har UC antagit ett annat anbud än Flüggers.

I ansökan den 25 november 2016 yrkar Flügger att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska avslutas först efter att rättelse har skett. Rättelsen ska bestå i att en ny utvärdering sker varvid det ska bortses från kravet i punkt 6.2.

Norrköpings kommun motsätter sig bifall till Flüggers ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Flügger

Tilldelningsbeslutet grundar sig på en felaktig tolkning av lagen om offentlig upphandling. Vid en korrekt tillämpning av lagen skulle Flügger, som lämnat lägst anbudspris, ha tilldelats avtalet. Flügger lider därmed skada om beslutet inte omprövas.

Upphandlingen har flera formella fel, och brister mot proportionalitetsprincipen genom ska-kravet i Upphandlingsföreskrifter punkt 6.2. I det enskilda fallet har anbudslämnarnas årsredovisningar efterfrågats. Flügger har uppfyllt kravet genom att lämna in det efterfrågade

intyget, men på danska. Eftersom även en person med goda kunskaper i svenska kan ta till sig den relevanta informationen i en årsredovisning på danska, står kravet inte i proportion till upphandlingen. Till stöd för detta talar även Kammarrätten i Jönköpings mål 897-14.

Kravet är orimligt då uppgifter om ekonomisk stabilitet kontrolleras av UC (punkt 5.0).

Punkt 6.2 står även i stark kontrast till förfrågningsunderlagets punkt 4.0. Enligt punkt 4.1 ska bilagan "*Teknisk och yrkesmässig kapacitet*" biläggas som bevis. Flügger har bifogat vederhäftigt bevismedel och måste således anses ha uppfyllt ska-kravet.

Förfrågningsunderlaget har inte utformats på ett sätt som möjliggjort anbudslämning från så många leverantörer som möjligt. Det har redan inledningsvis varit gynnsamt för en specifik leverantör. Kommunen ändrade förfrågningsunderlaget efter påtryckning med hänvisning till 6 kap. 4 § LOU, eftersom de tekniska kraven bara kunde uppfyllas av en färgtillverkare på marknaden. Det otydliga förfrågningsunderlaget lämnar öppet för tolkning, och försvårar därför fri konkurrenssättning.

Slutligen får en upphandlande myndighet tillåta rättelse, förtydligande och komplettering av anbud. Flügger vill gärna komplettera de relevanta årsredovisningarna med svensk översättning, vilket kommunen inte begärt.

Kommunen

Flügers anbud har förkastats på grund av att det inte uppfyllde samtliga kvalificeringskrav eller obligatoriska krav.

En upphandlande myndighet får fritt besluta om vilket språk som ska tillämpas i en upphandling. I Upphandlingsföreskrifterna punkt 6.2 anges att anbudet ska vara skrivet på svenska.

Av praxis följer att inlagor till anbud, som anbudsgivaren ger in till stöd för att uppfylla kraven i en upphandling, är att anse som en del av anbudet (se Kammarätten i Stockholms mål 6969-10). Språkravet kan således inte anses stå i stark kontrast till förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav.

För de fall förfrågningsunderlaget inte ger vägledning, ska samtliga handlingar som anbudsgivaren lämnat in till den upphandlande myndigheten för uppfyllande av förfrågningsunderlaget anses omfattas av begreppet anbud (se Kammarätten i Stockholms mål 7483-13).

Eftersom även bilagor omfattas av språkravet, och då Flügger i sitt anbud skickat in årsrapporter på danska för uppfyllande av förfrågningsunderlaget, har Flügger inte uppfyllt kravet på anbudsspråk. Detta har i sin tur inneburit att kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet inte kunnat styrkas.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte får beaktas vid anbudsutvärderingen. Om UC frånfallit kravet på anbudsspråk skulle detta ha stridit mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Språkravet utgör vidare en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå sitt syfte, nämligen att underlätta genomförandet av upphandlingen. Kravet är nödvändigt, tydligt och objektivt, samt står i rimlig proportion till det eftersträvade syftet. Således är det även förenligt med proportionalitetsprincipen.

I mål 897-14 tog kammarrätten hänsyn till att de aktuella intygen var ensidiga, standardiserade, samt förståeliga för aktuella i branschen som saknade kunskaper i engelska. Information ur årsredovisningar lär däremot inte med samma enkelhet kunna utläsas eller förstås. Även omfattningen av det avsedda dokumentet bör ges betydelse, och därmed beaktas att en årsredovisning är betydligt mer omfattande än ett intyg. Dessutom hade situationen förmodligen, med hänsyn till Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2016 ref. 37, bedömts annorlunda om målet varit uppe för prövning idag.

I HFD 2016 ref. 37 fastslogs att upphandlande myndigheter inte kan förbise leverantörers bristande kravuppfyllelse med hänvisning till proportionalitetsprincipen ens om kravet är av ringa betydelse. Domen talar således för att språkravet inte bör anses strida mot proportionalitetsprincipen, samt att det stridit mot likabehandlingsprincipen om kravet hade förbisetts.

Flügger har även anfört att kravet i punkt 4.0 är orimligt då uppgifter om ekonomisk stabilitet kontrolleras av UC (kravet i punkt 5.0). Det är emellertid fråga om två olika krav, varpå det inte heller kan anses orimligt. Ska-kravet i punkt 4.0 utgör en kontroll av huruvida anbudsgivaren har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att leverera färghandelsvaror i enlighet med förfrågningsunderlagets övriga krav, medan punkt 5.0 utgör en kontroll över huruvida anbudsgivaren har en stabil ekonomisk bas.

Inte ingenting tyder på att förfrågningsunderlaget utformats på ett sätt som förtagit Flügger möjligheten att lämna anbud i upphandlingen (se Kammarrätten i Sundsvalls mål 2488-10). Tvärtom tycks det vara ett förbiseende från bolagets sida att handlingarna lämnats in på danska, och inte svenska. Att övriga anbudsgivare uppfyllt språkravet talar även för att

kravet inte bör anses vara alltför betungande eller konkurrensbegränsande. För det fall UC hade begärt in en komplettering från Flügger hade risk uppstått för särbehandling eller konkurrensbegränsning, eftersom likabehandlingsprincipen då inte kunnat upprätthållas (jfr HFD 2016 ref. 37).

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Upphandlingsföreskrifter punkt 6.2

Anbudet ska vara skrivet på det svenska språket. Intyg, certifikat, arbetsprover och tryckt informationsmateriel accepteras på det engelska språket. Anbudsgivaren ska dock inom fem arbetsdagar efter Upphandlingscenters begäran inkomma med en svensk översättning av intyg, certifikat, arbetsprover och tryckt informationsmateriel.

Ska-krav punkt 4.0

En kontroll kommer göras av huruvida anbudsgivaren har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att fullgöra nu aktuellt upphandlingsföremål, leverans av färgvaror. Anbudsgivaren ska ha god kunskap och praktisk erfarenhet av upphandlingsföremålet. Anbudsgivaren ska därför intyga att denne under samtliga verksamhetsåren 2013, 2014 och 2015 minst har haft en sammanlagd omsättning om 1 500 000 SEK/verksamhetsår vad gäller färghandelsvaror.

Bevis kan utgöras av utdrag ur anbudsgivarens bokföring, revisorsintyg eller annat vederhäftigt bevismedel.

Ska-krav punkt 4.1

Anbudsgivaren ska till anbudet bilägga bevis på att uppställt kvalificeringskrav enligt 4.0 är uppfyllt (Ska-krav punkt 4.1).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Dessutom ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas vid upphandlingar.

Av 16 kap.-6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

I HFD 2016 ref. 37 var frågan om det var förenligt med de allmänna principerna för offentlig upphandling för en upphandlande myndighet att förkasta ett anbud som avvikit från ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget. Domstolen underströk vikten av att potentiella leverantörer ska kunna utgå från att de krav som gjorts obligatoriska är så viktiga att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Med hänsyn till, framför allt, likabehandlingsprincipen fann domstolen att det varit rätt att förkasta ett anbud som inte uppfyllt ett obligatoriskt krav (I) samt felaktigt att godta ett anbud med bortseende från ett sådant krav (II).

I Kammarrätten i Jönköpings mål 897-14 hade den upphandlande myndigheten godtagit en anbudsgivares anbud omfattande ett intyg på engelska, trots att förfrågningsunderlaget angav att anbudet skulle vara på svenska. Domstolen konstaterade inledningsvis att ett krav på att ett anbud ska vara skrivet på svenska även omfattar intyg och andra dokument som bifogas anbudsformuläret. Med hänsyn till intygens omfång och art fann emellertid domstolen i det enskilda fallet att det skulle vara oproportionerligt att förkasta anbudet enbart på den grunden att intygen inte var skrivna på svenska.

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget ställs krav på att ett anbud ska vara skrivet på svenska. Inledningsvis finner förvaltningsrätten att språkravet är förenligt

med proportionalitetsprincipen. Det framstår såväl relevant som rimligt i förhållande till syftet med kravet. Vidare bedömer förvaltningsrätten att kravet omfattar samtliga handlingar som hör till anbudet.

Flügger har även i andra avseenden – i allmänna ordalag – påtalat brister i förfrågningsunderlaget. Inte heller utifrån detta kan konstateras att kommunen beträffande förfrågningsunderlaget begått något upphandlingsrättsligt fel.

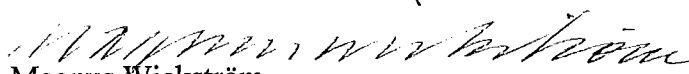
Flügger har alltså, i strid med föreskrifterna i förfrågningsunderlaget, med sitt anbud lämnat årsredovisningar på danska vilket i sin tur medfört att kommunen inte kunnat kontrollera uppfyllelsen av annat krav.

Obligatoriska krav som är bristfälligt uppfyllda i det ursprungliga anbudet får inte kompletteras i efterhand så att de efter komplettering är uppfyllda. Vidare ankommer det på den upphandlande myndigheten att avgöra om en komplettering ska begäras. Kommunen har mot denna bakgrund inte brutit mot LOU genom att inte begära att Flügger ska komplettera sitt anbud. I linje med detta ligger även att kommunen har agerat korrekt genom att inte självständigt hämta in information och på så sätt läka bristen i Flüggers anbud.

Av det som sagts ovan följer att kommunen haft rätt att förkasta Flüggers anbud på grund av bristande uppfyllelse av obligatoriska krav. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109-1D-LOU).


Magnus Wickström

Föredragande har varit Emma Pettersson.



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.