



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-09-27
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 34134-10
 Enhet 14

SÖKANDE

Cresto Safety AB, 556572-1163

Ombud: Martin Lundberg
 B&B Tools AB, Box 10024
 100 55 Stockholm

MOTPART

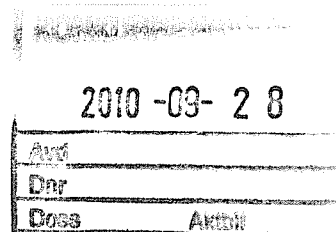
Försvarets materielverk
 115 88 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att en ny utvärdering genomförts varvid anbudet från C2 Vertical Safety AB inte ska beaktas.



Dok.Id 56052

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegeluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND

Försvarets materielverk (FMV) genomför genom öppet förfarande enligt LOU en upphandling av ramavtal avseende säkerhetsmateriel för klättring (dnr 354559-AI809212). Upphandlingen omfattar 167 produkter, var och en angiven som position 1-167 med individuell teknisk specifikation för respektive produkt.

Enligt tilldelningsbeslut den 14 juni 2010 har FMV beslutat att ingå avtal C2 Vertical Safety AB (C2).

Förvaltningsrätten har den 24 juni 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas till dess förvaltningsrätten förordnar annat i målet.

YRKANDE M.M.

Cresto Safety AB (Cresto) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anger Cresto att FMV har förfarit i strid mot LOUs grundläggande principer genom att bryta mot i vart fall principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitetsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.

FMV bestrider bifall till ansökan på den grunden att de omständigheter som Cresto anfört inte medför att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

UTVECKLANDE AV TALAN

Cresto anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Upphandlingen ska göras om dels då skall-kraven är otillåtna, dels då C2 inte uppfyller skall-kraven. Cresto bestrider vidare att det inte uppfyller samtliga skall-krav.

Det är fullt tillåtet för FMV att hänvisa till EN-krav (European Standards) och CE-krav (Conformité Européene) som generellt är objektivt fastställda och vedertagna krav. FMV har dock inte i alla delar hänvisat till sådana objektiva krav utan gått betydligt längre. I positionerna 15-17 anger FMV att CE-märkningen av de aktuella produkterna måste vara CE 0120. Kravet på "0120" innebär att CE-märkningen måste vara utförd av ett visst tekniskt kontrollorgan. Nämligen SGS United Kingdom Ltd, Worle Park, Weston Super Mare, Somerset, UK. Hela syftet med CE-märkningen är att den ska vara gemensam inom Europeiska Gemenskapen för att produkter ska kunna flöda fritt och att nationella hinder inte ska inskränka den fria rörligheten för varor. De institut som får utfärda CE-märkning är alla certifierade och har lika rätt att CE-märka produkter. Motsvarande produkt (eller t.o.m. samma produkt) som är CE-märkt t.ex. i Frankrike eller Tyskland är fullt utbytbar med märkningen hos SGS.

Ett antal tekniska krav som FMV har ställt upp är vidare omotiverat preciserade och strider på så sätt mot proportionalitetsprincipen. I det aktuella förfrågningsunderlaget har FMV vid ett flertal positioner ställt upp onödiga krav som leder till att produkter som just C2 erbjuder är de enda produkterna som uppfyller kraven.

Vidare kan nämnas kraven enligt EN. Endast i position 105 anges avseende ett tekniskt krav "eller motsvarande". FMV hade generellt behövt öppna upp de tekniska kraven och skriva "eller liknande", "eller motsvarande" efter. Så har alltså inte skett förutom på en av 167 produkter. Som exempel kan nämnas positionerna 37 och 49.

Otillåtna skall-krav i förfrågningsunderlaget "smittar" även normalt tillåtliga skall-krav. Detta innebär att för det fall domstolen delar Crestos uppfattning att en mängd av skall-kraven avseende tekniska specifikationer är otillåtna kan inte upphandlingen stå fast enbart på den grunden att domsto-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

len finner att något av skall-kraven som Cresto skulle anses inte ha uppfyllt är tillåtet.

Det finns även förutsättningar för förvaltningsrätten att förordna att upphandlingen ska göras om eftersom inte C2 uppfyllt samtliga skall-krav. Sålunda uppfyller den av C2 i position 83 offererade produkten (lsskruv 16) inte skall-kravet på 160 mm längd. Den av C2 offererade produkten är istället 140 mm. Som följer av detta uppfyller den av C2 offererade produkten inte det aktuella skall-kravet. Vidare har inte C2 offererat någon lavinryggsäck enligt de specifikationskrav som anges i position 142 i förfrågningsunderlaget. Detta följer av att det endast finns en leverantör av denna produkt och leverantören har endast erbjudit Cresto denna produkt. Sålunda uppfyller inte C2 skall-kravet avseende position 142. Cresto menar att det är en självklar följd att om ingen anbudslämnare uppfyllt skallkraven i förfrågningsunderlaget ska upphandlingen göras om. Att en upphandlande myndighet skulle tilldela kontraktet till en anbudslämnare som inte uppfyllt samtliga skall-krav är enligt Crestos mening orimligt och strider mot bl.a. likabehandlingsprincipen.

Om FMV hade tillämpat de av myndigheten uppställda skall-kraven skulle C2s anbud ha förkastats i diskvalificeringsfasen. Eftersom endast Cresto och C2 har lämnat anbud i upphandlingen skulle detta medföra att FMV skulle ha fått göra om upphandlingen. Cresto skulle givetvis ha varit med och tävlat om att vinna kontraktet i en sådan ny upphandling. Skaderekvisitet är därför uppfyllt.

FMV yttrar sig bl.a. enligt följande. FMV har vid prövning av Crestos anbud konstaterat att de skall-krav som framgår av tilldelningsbeslutet inte är uppfyllda. Prövningen av anbudet är korrekt utförd. Cresto har inte visat eller i övrigt lämnat någon förklaring till på vilket sätt FMV har brutit i sin prövning av Crestos anbud.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

För ett rättsligt ingripande krävs, förutom att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU, att den klagande leverantören på grund av dessa överträdelser har lidit, eller kan komma att lida, skada. Crestos anbud har förkastats till följd av att Cresto inte har uppfyllt de tekniska skall-krav som framgår av FMVs tilldelningsbeslut av den 14 juni 2010. I sin ansökan om överprövning anger Cresto ett flertal fall där FMV påstås ha brutit mot LOU och att Cresto till följd härav lidit skada. FMV konstaterar att ingen av de omständigheter Cresto anfört till stöd för sin talan sammanfaller med de skäl som har legat till grund för att förkasta Crestos anbud. De omständigheter som Cresto anfört har således inte i något fall inverkat på bedömningen av Crestos anbud. Cresto har därför inte lidit, och kan heller inte komma att lida, skada. FMV gör gällande att samtliga ställda krav är sakligt motiverade och därför uppfyller kravet på proportionalitet.

När det gäller påståendet om att FMV generellt hade behövt öppna upp de tekniska kraven och skriva "eller liknande", "eller motsvarande" anför FMV bl.a. följande. Materielen omfattas av svensk arbetsmiljölagstiftning med utgångspunkt i bl.a. arbetsmiljölagen (1977:1160) 3 kap. 8 §. Arbetsmiljöverket reglerar i sin författningssamling (AFS 2006:4) användning av arbetsutrustning. I bilaga B 4.2 anges förutsättningarna för repararbete. Texten hänvisar i flera fall till de EN-standarder som finns angivna i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund härav gör FMV gällande att FMVs agerande överensstämmer med LOU 6 kap. 2 § tredje stycket vari anges att 16 kap. första och andra stycket inte gäller om det i annan författning finns avvikande bestämmelser.

När det gäller påståendet om att C2 inte har uppfyllt skall kraven anför FMV följande. C2 har offererat lavinryggsäck (position 142) i enlighet med kraven. C2 har helt enkelt vänt sig till en annan leverantör än den Cresto anger. Kravet på 160 mm (avseende isskruv, position 83) beror på

en olycklig felskrivning. Den korrekta längden ska vara 140 mm. Mot bakgrund av felskrivningen har FMV vid anbudsprövningen godkänt samtliga anbudsgivare. Cresto har således inte lidit skada på grund av FMVs felskrivning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Eftersom upphandlingen påbörjats före den 15 juli 2010 tillämpas LOU i den lydelse som var gällande vid denna tidpunkt.

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse.

Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

16 kap. 2 § första stycket LOU har i tillämplig lydelse, följande lydelse.

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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Handlingarna i målet

Av tilldelningsbeslutet kan utläsas bl.a. att Cresto inte uppfyller krav enligt de tekniska specifikationerna för positionerna 2,9,10,57,86,99,105,115 och 148.

Pos Anmärkning

Pos	Anmärkning
2	Fel färg på karbin, se spec
9	Fel längd, fel grindöppning. Se spec
10	Fel grindöppning. Se spec
57	Fel bredd. Se spec

86	Utelämnad pos.
99	Fel längd. Se spec
105	Fel vikt. Se spec
115	Fel vikt. Se spec
148	Saknar våg

Av förfrågningsunderlaget, bilaga 2 kan bl.a. följande utläsas.

Pos 83. ISSKRUV 16

Isskruv med utbytbar borrarspets, längd 160 mm.

Pos 142.LAVINRYGGSÄCK ABS

Ryggsäck innehållande två uppblåsbara behållare om vardera 85 l. Ryggsäcken skall förhindra att bäraren blir begravd i en lavin. ABS-systemet skall kunna utlösas av bäraren. ABS-systemet skall uppfylla krav enligt PPE direktiv 89/686 EEC. Gasbehållarna skall uppfylla kraven enligt EU direktiv 1999/36EC. Tiden för att fylla behållarna får inte överstiga 2,5 s. Ryggsäcken skall fungera ned till 40° C. Efter utlösning skall ryggsäcken kunna laddas om av brukaren. Utöver ABS- delen skall ryggsäcken ha en förvaringsdel med en rymd på ca 50 l. Fästen för att bära utrustning på ryggsäcken skall finnas. Ryggsäcken skall vara försedd med midjebälte. Svart färg. Vikt skall vara ≤ 4 kg. Ryggsäcken skall vara försedd med utlösare och gasbehållare vid leverans. Ryggsäcken skall levereras individuellt förpackad i skyddande emballage. UN-märkt. IATA-dokument skall medfölja varje ryggsäck.

Förvaltningsrättens bedömning

Crestos anbud har förkastats på grund av att bolaget inte har uppfyllt ett antal skall-krav. Cresto har i förvaltningsrätten invänt att bolaget visst uppfyller dessa krav, men har inte närmare utvecklat sin talan i denna del. Det ankommer på den som påstår att ett visst förhållande föreligger att styrka detta, eller i vart fall göra det sannolikt, för att rätten i ett mål av förevarande slag ska kunna pröva invändningen. Mot denna bakgrund lämnar förvaltningsrättens Crestos påstående om att bolaget uppfyller samtliga skall-krav utan avseende.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Cresto har vidare bl.a. anfört att de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget avseende ett stort antal produkter är oproportionerliga och ägnade att gynna viss leverantör. FMV har invänt att Cresto inte har lidit någon skada i denna del eftersom FMV inte har förkastat Crestos anbud på någon av de anförda grunderna.

För att en anbudsgivare ska kunna anses ha lidit skada av en påstådd överträdelse av LOU ska den ifrågavarande överträdelsen ha påverkat anbudsgivarens möjlighet att tilldelas det aktuella kontraktet. Enligt förvaltningsrättens mening ska varje krav bedömas för sig. En proportionalitetsbedömning avseende ett visst krav kan inte inverka på motsvarande bedömning av ett annat krav.

Ingen av de invändningar Cresto riktar mot de tekniska specifikationerna avser någon av positionerna 2,9,10,57,86,99,105,115 och 148, vilka utgör grunderna för förkastande av Crestos anbud. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det saknas ett orsakssamband mellan de brister Cresto anfört föreligger och anledningen till att Crestos anbud inte godtagits. Även för det fall samtliga av Cresto anförda överträdelser skulle konstateras föreligger lider Cresto därmed ingen skada, varför ansökan i denna del inte kan bifallas.

Cresto har vidare anfört att FMV inte använt begreppet "eller liknande" vid hänvisning till certifiering i ett flertal positioner. FMV har anfört att certifiering krävs enligt svensk arbetsmiljölagstiftning och har hänvisat till Arbetsmiljöverkets författningssamling. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att FMV haft fog för att underlåta att använda uttrycket "eller motsvarande" vid de ifrågasatta tekniska specifikationerna.

Cresto har vidare anfört att C2 inte uppfyller skall-krav avseende lavinryggsäck och isskruv. FMV har anfört att C2 uppfyller kravet avseende lavinryggsäck, eftersom C2 vänt sig till en annan leverantör än den Cresto hänvisar till, samt att kravet avseende isskruven är en felskrivning och att de anbud som offererar den avsedda produkten, både C2 och Cresto, har godtagits.

Förvaltningsrätten finner att det mot bakgrund av vad FMV anfört saknas anledning att anta att C2 inte uppfyller kravet avseende lavinryggsäck.

Avseende kravet på isskruv gör förvaltningsrätten dock följande bedömning. Det saknas som regel möjlighet att efter anbudstidens utgång förändra eller frångå ställda krav avseende anbudsgivarna eller föremålet för upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening saknas anledning att anta att det skulle vara fråga om en felskrivning på det sätt FMV anfört. FMV har härigenom frångått förfrågningsunderlaget på ett sätt som inte är förenligt med LOU och dess bakomliggande principer.

I och med att ingen anbudsgivare uppfyller samtliga krav har FMV haft att agera i enlighet med denna situation. Att FMV i strid mot förfrågningsunderlaget antagit en anbudsgivare som leverantör har inverkat på Crestos möjligheter att tilldelas kontraktet. Cresto har därför lidit skada av FMVs agerande. Förutsättningar för ingripande enligt LOU föreligger därmed i denna del. Förvaltningsrätten finner, mot bakgrund av att förfrågningsunderlaget är klart utformat att ingripandet kan stanna vid en rättelse på så sätt att C2s anbud inte tas upp till utvärdering.

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



Ulrika Melin
Rådman

Föredragande har varit Mathias L. Jansson.





SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 3109/1A LOU

