



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 31

DOM
2015-06-03
Meddelad i
Stockholm

Sida 1 (7)

Mål nr
5262-15

SÖKANDE

Air Liquide Gas AB, 556019-3764

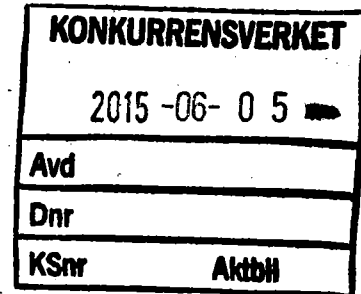
Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsinborg

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förklarar att upphandlingen ska rättas på så sätt att det görs en ny anbudsutvärdering avseende område A, i vilken anbudet från Air Liquide Gas AB ska tas med.

Dok.Id 599440

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

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför en upphandling av försörjning av gas (dnr 14FMV10789). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen är uppdelad på två områden, område A och B. Det anbud som har det lägsta priset per respektive område kommer att antas. Område A avser "fyllning av gas på flaska, flytande gas på bulk, hyra av gasflaskor, service/underhåll, tillsyn samt utbildning". Två leverantörer lämnade anbud, nämligen AGA Gas AB (AGA) och Air Liquide Gas AB (Air Liquide).

I tilldelningsbeslut daterat den 5 mars 2015 meddelade FMV att man avser att sluta kontrakt med AGA på område A. Som motivering på område A angavs att endast AGA:s anbud återstår då Air Liquide inte uppfyller krav 5.1.10 (direktleveranser). Detta då Air Liquide angett nya villkor som innebär att extra kostnader uppstår för att leverans ska kunna ske i enlighet med ställt krav. Svaret utgör då en oren accept som innebär att anbudet inte blir jämförbart med konkurrenternas anbud.

Air Liquide yrkar att upphandlingen ska rättas på område A på så sätt att en ny utvärdering ska ske, varvid deras anbud ska tas upp till prövning. Air Liquide anför bl.a. följande.

Air Liquide har svarat ett klart, tydligt och obetingat ja på att man uppfyller kravet om leverans av de vanligaste gaserna dagen efter beställning. Air Liquide har inte krävt någon extra ersättning för att uppfylla detta krav. Vad Air Liquide har gjort är att lämna information om vilka leveranstider som normalt gäller för de olika typerna av gas, och om att ifall kortare leveranstid önskas så sker det som en expressleverans. Det finns ingen uppgift om att priset då blir högre. Skrivningen innebär att expressleverans

sker för den typ av leverans som efterfrågas, nämligen leverans av de vanligaste gaserna dagen efter beställning som gjorts senast kl. 12.00. Den enda kostnad som kan tillkomma är om FMV som extra köp vill installera datorövervakning. Denna funktion är dock inget som behövs för att FMV ska kunna erhålla expressleverans. Det är en ren information som Air Liquide tillhandahåller att denna övervakningsfunktion finns. Air Liquide har i enlighet med instruktionerna redovisat vad som gäller avseende leveranstid för kundspecifika blandningar samt även upplyst att sådana kan göras till standardprodukter om leveranserna är frekvent återkommande.

Av kravspecifikationens systematiska utformning kan konstateras att kraven i punkterna 5.1.10-5.1.12 hänger ihop. Krav 5.1.12, som ställer krav på en leveranssäkerhet om minst 98 procent avseende direktleveranser, anser FMV att Air Liquide har uppfyllt. Om FMV hade ansett att Air Liquide inte skulle kunna leverera dagen efter beställning, hade FMV logiskt sett också ansett att framför allt kravet i punkt 5.1.12 inte vore uppfyllt. Det hade nämligen varit omöjligt att upprätthålla en leveranssäkerhet om minst 98 procent med leverans dagen efter beställning om leveranstiden som tillhandahålls överstiger denna tid. Det enda kvarstående skäl som FMV har för att betrakta Air Liquidess anbud som orent är att Air Liquidess leverans av de vanligaste gaserna dagen efter beställning skulle medföra en extra kostnad.

Det erbjudande som lämnas om datorövervakning innebär inte att datorövervakning krävs för att FMV ska erhålla leverans dagen efter beställning. Datorövervakning har inget med tidskravet att göra utan avser det faktiska momentet *avrop*. Datorövervakningen innebär att momentet *avrop* försvinner, men skrivningen säger inte att Air Liquide kommer att ta ut en extra avgift för direktleveranser som genomförs via *avrop*. FMV har således läst in en parameter i Air Liquidess svar som inte finns i svaret. Air Liquide har inte lämnat några otillåtna reservationer i anbudet. Det faktum

att FMV har erhållit kompletterande information medför ingen rätt för FMV att förkasta Air Liquides anbud. FMV borde ha begärt ett klarläggande från Air Liquide till undvikande av den felaktiga hantering som nu har skett.

Air Liquides anbud är kravuppfyllande och skulle rätteligen ha utvärderats. FMV har inte bestridit att Air Liquides anbud skulle vara det bästa anbudet prismässigt. Detta förhållande får därför anses som ostridigt i målet. Skada föreligger därför för Air Liquide.

FMV bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Det är i och för sig riktigt att FMV uppfattat det som att extra kostnader kommer att uppstå om man antar Air Liquides anbud. Förkastandet av anbudet har dock skett på en mer principiell grund, nämligen att anbudet utgör en oren accept som innebär att det inte blir jämförbart med konkurrenternas anbud. Ytterst är det således en fråga om att följa lika-behandlingsprincipen. Det framgår tydligt i förfrågningsunderlaget att avvikelser från avtalsvillkoren i anbudet ses som oren accept och kan komma att medföra att anbudet förkastas.

Den angivna lösningen med expressleverans går inte att tolka på annat sätt än att den medför extra kostnader för beställaren. Air Liquide anger i anbudet att kortare leveranser "kan erbjudas" som alternativ till normal avropstid om tre dagar. Vidare anges i ansökan om överprövning att vad Air Liquide har gjort är "att lämna information om vilka leveranstider som normalt gäller för de olika typerna av gas och att om kortare tid önskas sker det som en expressleverans". Vilken leveranstid som Air Liquide har normalt är irrelevant för upphandlingen.

Innebörden av direktleverans ska ställas mot det krav på geografisk täckning som ställts i punkten 4.3.4.2, vilket innebär att anbudsgivaren själv

eller med hjälp av underleverantörer ska tillhandahålla ett antal depåer. Krav 5.1.10 avser vidare leveranstidpunkter, 5.1.11 leveransplatser och 5.1.12 leveransprecision. Dessa tre krav är fristående från varandra, även om det föreligger viss kausalitet. Leveranstidpunkten är inte det enda ingångsvärdet för leveransprecisionen och ska därför ses som ett fristående krav. En begäran om ett "klarläggande" av Air Liquides anbud skulle ha inneburit en risk för särbehandling av nämnda anbud.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

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

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det krav i kravspecifikationen som FMV menar att Air Liquide inte har uppfyllt är rubricerat "Krav 5.1.10 (Direktleveranser)" och har följande lydelse:

"Anbudsgivare ska kunna direktleverera de vanligaste förekommande gaserna till en av FM/FMV/FOI angiven destination (oberoende av depå-orterna) dagen efter om beställning sker före kl. 12.00 vardagen innan. Undantag kan förekomma för vissa mindre frekventa gaser och/eller på vissa orter. I dessa fall ska leverans kunna ske minst två gånger i veckan till angiven destination. Anbudsgivare ska foga en beskrivning av vilken typ av gas alternativt ort som inte kan generera leverans dagen efter beställning."

I sitt anbud har Air Liquide kryssat i rutan "Ja" på frågan om krav 5.1.10 är uppfyllt och, under "Styrkande av krav: Beskrivning av de som ej anses vara ordinarie leveranser", angett fritext enligt följande:

”Normal avropstid för flytande oxygen och flytande nitrogen är 3 dagar. Om en övervakningsdator installeras finns ej behov av avrop. Vi kan erbjuda övervakning, pris för detta ligger utanför de offererade produktpriserna. Normal avropstid för flytande helium 5 dagar. Kortare leveranser utav flytande- oxygen, nitrogen och helium kan erbjudas som expressleverans. Kundenspecifika gasblandningar har en normal leveranstid på 4-8 veckor beroende på komponenter och homogeniseringstid. Kundenspecifika gasblandningar kan göras till standardprodukt om den är frekvent återkommande.”

Förvaltningsrätten instämmer i och för sig med FMV att information om Air Liquides normala avropstider är irrelevanta för besvarande av denna fråga. Motiveringen till att Air Liquides anbud har förkastats är dock att FMV anser att anbudet innehåller nya villkor som innebär extra kostnader, vilket får till följd att svaret inte blir jämförbart med konkurrenternas anbud.

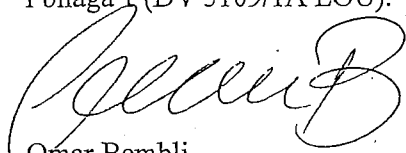
Air Liquide har upplyst om att man kan utföra expressleverans, vilket antyder att man har ett koncept och en metod för det som efterfrågas. Det anges inte att expressleverans medför någon extra kostnad. Vad som anges är att det till en extra kostnad erbjuds datorövervakning som medför att beställaren slipper utföra avrop. Det anges inte att beställaren måste köpa sådan övervakning för att kunna få expressleverans.

Air Liquide har således kryssat i att man uppfyller kravet på direktleveranser. I fritexten har Air Liquide angett namnet på sitt koncept (expressleverans) för sådana leveranser som FMV på denna punkt huvudsakligen efterfrågar, gett en del onödig information samt erbjudit en tilläggstjänst. Enligt förvaltningsrätten innebär det sistnämnda inte grund för uteslutning. Vidare finner förvaltningsrätten att det är rimligt att tolka kravspecifikationen som att begreppet ”direktleverans” avser just sådan leverans som berörs i krav 5.1.10, det vill säga leverans som – med vissa undantag – ska ske senast dagen efter om beställning sker före kl. 12.00 dagen innan.

Av dessa skäl finner förvaltningsrätten att FMV inte har haft skäl att förkasta Air Liquides anbud på område A, samt att detta förkastande strider mot likabehandlingsprincipen eftersom anbudet såvitt framkommit uppfyllt alla de obligatoriska kraven. FMV har inte bestridit att Air Liquides anbud skulle vara det bästa anbudet avseende pris. Air Liquide har därför lidit skada eller riskerar att lida skada, varför grund för ingripande föreligger enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom felaktigheten har begåtts i kvalificeringsfasen ska ingripandet ske genom rättelse. Rättelsen ska göras på så sätt att en ny anbudsutvärdering avseende område A görs, i vilken anbudet från Air Liquide ska tas med.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Omar Bembli

Förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



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. 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 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.