



KAMMARRÄTTEN
I SUNDSVALL

DOM

2011 -12- 0 7
Meddelad i Sundsvall

Mål nr 2147-11

1

KLAGANDE

Temp-rite International GmbH

Ombud: Peter Hermansson
Temp-rite International
Radarvägen 4
183 59 Täby

MOTPARTER

1. Diskomat Aktiebolag, 556541-9115

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och
jur. kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

2. Landstinget Dalarna
Box 712
791 29 Falun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 4 augusti 2011 i mål nr 1783-11,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

KONKURRENSVERKET	
2011 -12- 0 8	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 88026

Postadress
Box 714
851 21 Sundsvall

Besöksadress
Södra Tjängatan 2

Telefon
060-18 66 00
E-post: kammarrattenisundsvall@dom.se
www.kammarrattenisundsvall.se

Telefax
060-18 66 52

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Temp-rite International GmbH (bolaget) yrkar att kammarrätten ska ändra förvaltningsrättens dom och avslå Diskomat Aktiebolags ansökan om överprövning. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Att bolaget inte svarade på förvaltningsrättens föreläggande berodde på att denna skrivelse sändes till bolagets huvudkontor i Bremen. Föreläggandet borde ha sänts till kontaktpersonen i Sverige. I april 2011 fick den ansvarige för bolagets anbud en muntlig förfrågan från inköpschefen vid Landstinget Dalarna. Frågan gällde ett förtydligande. Bolaget hade i punkt 3.10 i kravspecifikationen angett att vagnarna uppfyllde kraven i fråga om skumrengöring. I bolagets anbudsbilaga 10, som innehåller en beskrivning av hur rengöring ska utföras, angavs att vagnarna uppfyllde kapslingskravet IPX6. Inom parentes angavs vissa uppgifter som var svåra att jämföra med de officiella krav som gällde för IPX6 och detta var också anledningen till att landstinget önskade ett förtydligande. Bolaget konstaterade att uppgifterna inom parentes var otydliga, eftersom bolaget inte angett spolavstånd eller tid för vattenbegjutning. Uppgifterna kunde därför inte jämföras med de officiella kraven enligt IPX6. Bolaget informerade landstinget att vagnarna uppfyller kraven i nämnda standard och att det som angetts inom parentes inte var relevant. Den belastning föremålet, i detta fall vagnen, utsätts för är det som är relevant för kapslingsklassificeringen. Av detta skäl måste alla fyra parametrar vara med för att man ska kunna göra en jämförelse med den officiella förklaringstexten för kapslingsklass IPX6. Det är omöjligt att dra den slutsats som förvaltningsrätten gör med bara två parametrar. Bolagets anbud uppfyller alla ska-krav.

Bolaget har under skriftväxlingen i kammarrätten inkommit med ett certifikat från TÜV NORD CERT GmbH i Tyskland, utfärdat den 16 juli 2009. Av certifikatet, som är giltigt t.o.m. den 15 juli 2014, framgår att produkten "Regeneration cart series TR400XX00/000" har testats i enlighet med vissa Europeiska standarder och att den uppfyller kraven enligt IPX6.

Diskomat Aktiebolag (Diskomat) motsätter sig bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande, utöver vad som anges i förvaltningsrättens dom. Diskomat yrkar i första hand att överklagandet ska avvisas och i andra hand att det ska avslås. Temp-rite International GmbH (i fortsättningen kallat Temp-rite) har på ett korrekt sätt av förvaltningsrätten förelagts att yttra sig, men har inte inkommit med något yttrande och saknar därmed talerätt i kammarrätten. Förvaltningsrätten har agerat korrekt genom att sända föreläggandet till den adress som angetts i anbudet. Till förvaltningsrätten har dessutom inkommit ett mottagningsbevis, vilket är daterat och underskrivet i behörig ordning. Det kan inte utläsas av vare sig rättspraxis eller förvaltningsprocessuella regler att talerätten för en leverantör som riskerar att påverkas negativt av en ansökan om överprövning ska utsträckas till att innebära att leverantören, om denne försuttit sin möjlighet att ta tillvara sin rätt i förvaltningsrätten, ska kunna överklaga domen till kammarrätten. Temp-rite har gjort ett förtydligande av sitt anbud efter anbudstidens utgång och detta strider mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Att Temp-rites anbud uppfyller kraven avseende avstånd och varaktighet är ostridigt. Dessa parametrar är dock inte relevanta för kammarrättens bedömning eftersom de är desamma för ett antal standarder avseende rengöring. Vid en jämförelse med den enklare standarden IPX5 är det bara munstycke och vattenflöde som skiljer de två standarderna åt. Att i efterhand förtydliga informationen i ett anbud, innebärande att tidigare bristfälliga ska-krav uppfylls, strider mot bestämmelsen i 9 kap. 8 § LOU. Vad Temp-rite i efterhand anført som bevis för att den offererade vagnen uppfyller kraven i upphandlingen är irrelevant. Det certifikat som åberopats först i kammarrätten borde ha åberopats tidigare och Temp-rite har inte någon giltig ursäkt för att så inte har skett.

Landstinget Dalarna medger bifall till Temp-rites överklagande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Talerätt

Förvaltningsrättens dom går Temp-rite emot och har en sådan betydelse för detta bolag som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att den angår bolaget i den mening som avses i 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. Kammarrätten finner därför att Temp-rite har rätt att överklaga förvaltningsrättens dom (jfr HFD 2011 ref. 29). Det förhållandet att bolaget underlåtit att inkomma med yttrande med anledning av ett föreläggande i förvaltningsrätten föranleder inte någon annan bedömning.

Fråga om uppfyllande av ska-krav och förtydligande av anbud

Frågan i målet är om Temp-rites anbud uppfyllt samtliga ska-krav i den pågående upphandlingen och om den upphandlande myndigheten på ett otillåtet sätt medgett bolaget att ändra sitt anbud efter anbudstidens utgång.

Av landstingets förtydligande i "Frågor och svar" till aktuell upphandling framgår att punkt 3.10 i kravspecifikationen innebär att vagnarna ska vara godkända för skumrengöring och vattenspolning enligt IPX6. I Temp-rites anbud (bilaga 10) anges att vagnarna uppfyller dessa krav. Samtidigt anges inom parentes vissa uppgifter som inte överensstämmer med den aktuella standarden. I målet har framkommit att den upphandlande myndigheten efter anbudstidens utgång tagit muntlig kontakt med Temp-rite för att få ett förtydligande av uppgifterna och att bolaget då uppgett att myndigheten kan bortse från de uppgifter som angetts inom parentes.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får en upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.


Förtydliganden och kompletteringar får inte komma i konflikt med likabehandlingsprincipen. Normalt upprätthålls likabehandlingsprincipen i detta sammanhang genom att samtliga leverantörer tillåts göra

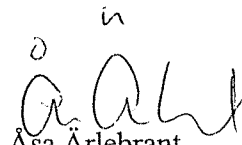
förtydliganden, kompletteringar eller rättelser, om en leverantör medges sådana justeringar. Att förtydliga eller komplettera något förutsätter att det redan finns uppgifter som kan förtydligas eller kompletteras. Det innebär att redan lämnade uppgifter konkretiseras. (Jfr Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 269 f.)


Kammarrätten gör följande bedömning.

Vid anbudstidens utgång framgick inte av Temp-rites anbud att ska-kraven för rengöring av vagnar var uppfyllda, eftersom vissa uppgifter som angetts i anbudet inte överensstämde med denna standard. Den upphandlande myndigheten har därför muntligen begärt ett förtydligande från Temp-rite efter anbudstidens utgång. Enligt kammarrättens mening strider det mot likabehandlingsprincipen att efter anbudstidens utgång ge en anbudsgivare tillfälle att förtydliga eller komplettera anbudet med uppgifter som erfordras för att samtliga ska-krav ska anses uppfyllda. Att Temp-rite numera inkommit med ett certifikat från ett tyskt certifieringsorgan ändrar inte denna bedömning. Kammarrätten anser att det inte föreligger skäl att ändra förvaltningsrättens dom. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Åsa Ärlebrant
kammarrättsråd


Petra Ebbing
kammarrättsråd
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Angelica Lavicka

DOM
 2011-08-04
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 1783-11

SÖKANDE

Diskomat Aktiebolag, 556541-9115
 Årsta skolgränd 12 A
 117 43 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur. kand. Sara-Li Olovsson
 Advokatfirman Delphi
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

1. Landstinget Dalarna
 Box 712
 791 29 Falun

2. Temp-rite International GmbH
 Theodor Barth Strasse 29
 D-28307 Bremen
 Tyskland

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras där anbud från Temp-rite International GmbH inte får ingå.

BAKGRUND

Landstinget Dalarna (Landstinget) genomför en upphandling av mattransportvagnar med diarienummer LD11/00817. Tilldelningsbeslut fattades den 11 april 2011.

YRKANDEN M.M.

Diskomat Aktiebolag (Bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först efter rättelse. Rättelsen ska bestå i att en ny anbudsutvärdering ska göras utan beaktande av Temp-rite International GmbH:s (Temp-rite) anbud, eftersom anbudet inte uppfyller alla ska-krav. Som grund för sin ansökan anger Bolaget bl.a. följande. Genom att ta upp anbudet från Temp-rite till utvärdering, trots att anbudet inte uppfyller samtliga ska-krav, har Landstinget brutit mot principerna om likabehandling och transparens. Bolaget har vid en närmare granskning av Temp-rites anbud kunnat konstatera att anbudet inte uppfyller samtliga ska-krav och borde således ha förkastats och inte utvärderats av Landstinget. Bolaget har därför varit i kontakt med Landstinget under avtalsspärren för att förmå Landstinget att ompröva och rätta sitt tilldelningsbeslut. Landstinget har dock valt att inte hörsamma Bolagets begäran. Temp-rite har i sitt anbud kryssat i rutan som innebär att kravet på rengöring av vagnarna är uppfyllt. Det framgår dock tydligt av bilaga 10 till Temp-rites anbud att den av Temp-rite offererade vagnen inte uppfyller ska-kravet avseende rengöring i punkten 3.10 till förfrågningsunderlagets kravspecifikation. Avvikelseerna mellan Temp-rites offererade vagn och den rengöring som vagnarna måste klara enligt IP X6 är följande:

- Enligt IP X6 har munstycket ett mått på Ø 12,5 mm. Temp-rites vagnar klarar endast rengöring med munstycke med Ø 6,3 mm.
- Enligt IP X6 är vattenflödet 100 liter/minut. Temp-rites vagnar klarar endast vattenflöde på 15 liter/minut.

I förevarande fall har det varit tydligt att ska-kraven avseende rengöring inte är uppfyllda i Temp-rites anbud. Detta borde således redan vid anbudsutvärderingen ha upptäckts av Landstinget. Även om Landstinget inte känt till bristen i Temp-rites anbud vid tiden för anbudens utvärdering, ska bristande ska-krav som uppdagas först efter det att en ansökan om överprövning inkommit till förvaltningsrätten medföra att ett bristfälligt anbud ska förkastas (se kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nummer 4904-09). Bolaget har placerats på andra plats i anbudsutvärderingen och skulle ha tilldelats kontrakt om det inte vore för Landstingets överträdelse av LOU. Bolaget har därmed lidit skada varför skäl för ingripande föreligger.

Landstinget motsätter sig Bolagets yrkanden och anför följande. Upphandlingen har skett i enlighet med grundprinciperna i 1 kap. 9 § LOU. Av förfrågningsunderlagets kravspecifikation punkten 3.10 framgår vilka krav som ställs på vagnarna när det gäller rengöring. Som svar på inkommen fråga har ett förtydligande gjorts som redovisar att vagnarna ska vara godkända enligt standarden IP X6. Av Temp-rites anbud framgår att vagnen är godkänd för skumrengöring och vattenspolning enligt IP X6, d.v.s. detta obligatoriska krav är uppfyllt. Däremot finns inga krav på att avspolning ska kunna ske med högtryck. I kravspecifikationen finns inget krav på att redovisning ska lämnas för hur kravet är uppfyllt.

Med anledning av Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 7 juni 2011 i mål 471-11, har förvaltningsrätten förelagt Temp-rite att yttra sig i målet. Temp-rite har dock inte hörts av.

BESTÄMMELSER

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

Av 16 kap. 5 § LOU följer 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.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Landstinget har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

I målet är det ostridigt mellan parterna att det i upphandlingen ställts upp ett ska-krav på att mattransportvagnarna ska vara godkända för skumrengöring och spolning enligt IP X6, vilket framgår av förfrågningsunderlagets kravspecifikation punkt 3.10 sammantaget med Landstingets förtydligande i "Frågor/svar och Kompletteringar - Upphandling av mattransportvagnar med tillbehör" daterat den 18 mars 2011.

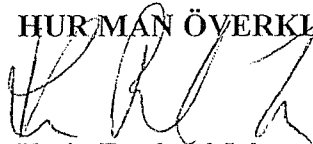
Bolaget gör gällande att anbudet från Temp-rite inte uppfyller samtliga ska-krav eftersom den av Temp-rite offererade mattransportvagnen inte klarar av skumrengöring och spolning enligt IP X6. Av utredningen i målet framkommer att Temp-rite angivit att den offererade mattransportvagnen uppfyller samtliga ska-krav. Av bilaga 10 till Temp-rites anbud framgår dock att den offererade vagnen inte klara av skumrengöring och spolning enligt IP X6.

Landstinget gör gällande att de inte ställt upp något krav på att redovisning ska lämnas för hur ska-kraven är uppfyllda. Detta innebär dock enligt förvaltningsrättens mening inte att Landstinget kan bortse från information som en anbudsgivare bifogat till sitt anbud.

Genom att anta Temp-rites anbud, trots att anbudet inte uppfyllt samtliga obligatoriska ska-krav, har Landstinget agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Bolaget får till följd av detta anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LOU.

Bristerna i upphandlingsförfarandet är inte hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd (jfr bl.a. RÅ 2005 ref. 47). Upphandlingen ska rättas på så sätt att Landstinget genomför en ny anbudsutvärdering där anbudet från Temp-rite inte får ingå.

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



Karin Forslund Johansson
rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.