



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2014-10-15
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1614-14 E

SÖKANDE

Øveraasen AS, 985 645 566
Roald Amundsens veg 1
GJØVIK
Norge

Ombud: advokaten Jesper Sundström
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Kramfors kommun
872 80 Kramfors

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-10-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 79720

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Kramfors kommun (kommunen) genomför upphandlingen Sop- och blåsmaskiner till Höga Kustens flygplats, dnr KS 2014/172. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande och det anbud ska antas som har lägst pris. Under anbudstiden kom det in två anbud. Av utvärderingsprotokoll framgår att anbudet från Øveraasen AS (Øveraasen) inte gick vidare till utvärdering med motiveringen att det inte uppfyllde ska-kravet 1.1 enligt vilket anbudet ska vara skrivet på svenska och utformas helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, och inte heller krav 10.1 att leverantören ska ha minst tio levererade maskiner i drift levererade under den senaste tioårsperioden i Sverige av samma modell som offereras. Kommunen beslutade den 16 maj 2014 att teckna avtal med den andre anbudsgivaren.

Øveraasen ansöker om överprövning, yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan kommunen vidtagit rättelse på så vis att Øveraasens anbud utvärderas, och i andra hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Øveraasen anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Anbudet från Øveraasen har felaktigt uteslutits efter som det uppfyller de krav som uppställs i upphandlingsbestämmelserna. Øveraasen har därmed riskerat att lida skada. Om det inte felaktigt uteslutits skulle Øveraasens anbud antagits då det innehöll lägst pris. För det fall att förvaltningsrätten anser att Øveraasen inte visat att syftet med kravet i 10.1 i förfrågningsunderlaget är uppfyllt menar Øveraasen att detta krav är oproportionerligt i förhållande till kravets syfte. Kravets utformning kan därför ha medfört att potentiella anbudsgivare avstått från att lämna anbud. Dessutom gynnas en anbudsgivare på ett otillbörligt sätt på bekostnad av andra potentiella anbudsgivare.

Anbudet är i sin helhet skrivet på svenska. Till anbudet har bifogats en beskrivning av den offererade maskinen på svenska. Den tekniska beskrivning som kommunen refererar till är en standardbroschyr som Øveraasen använder internationellt och den har bifogats anbudet som extra informat-

ion huvudsakligen för det bildmaterial som finns däri. Relevant teknisk information, som i och för sig finns i broschyren på engelska, framgår av den tekniska beskrivning som Øveraasen bifogat som bilaga till anbudet. Anbudet inklusive den tekniska beskrivningen är i sig tillräckliga för att uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget. Den broschyr som därutöver getts inte är inte nödvändig för att kraven i förfrågningsunderlaget ska uppfyllas. Broschyren utgör därmed inte en del av anbudet. Det är inte förenligt mer proportionalitetsprincipen att diskvalificera ett anbud enbart på den grunden att en ingiven broschyr, som inte behövs för att styrka att skalkraven i förfrågningsunderlaget är uppfyllda, är skriven på engelska. Enligt punkt 11.0 ska anbudsgivaren bifoga dokument med beskrivning av de offererade maskinerna. Øveraasen har bifogat dokument med fullständig beskrivning av den offererade maskinen. Denna bilaga innehåller detaljerad beskrivning av maskinen i sin helhet samt detaljbeskrivning av maskinens olika delar. Det är denna bilaga som Øveraasen hänvisar till för att styrka att kraven i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Därutöver har bilagts en kopia av en broschyr som används internationellt. Syftet var att i bild visa hur maskinen ser ut. I denna broschyr finns ingen text som inte återfinns i den fullständiga beskrivningen som bifogats anbudet och är skrivet på svenska. Broschyren innehåller ingen information eller några uppgifter som behövs för utvärdering av anbudet.

Vad gäller kravet på att visa referenser på minst tio levererade maskiner i drift i Sverige under den senaste tioårsperioden anges syftet vara att säkerställa att maskinerna klarar av svenska väderförhållanden. De maskiner Øveraasen offererat uppfyller väl detta krav. Den maskin som upphandlingen avser utgörs av dels ett dragfordon (till exempel en dumper av typ Volvo A25) och dels en sop- och blåsmaskin. Båda anbudslämnarna tillverkar och levererar sop- och blåsmaskiner, som kopplas till dragfordon tillverkad av tredje part, till exempel Volvo. Oavsett vilket dragfordon man väljer fungerar sop- och blåsmaskinen självständigt. Det finns således ingen anledning att ställa krav på att anbudsgivaren tidigare ska ha offererat

just den efterfrågade kombinationen. Det väsentliga är att dragfordonet och sop- och blåsmaskinen var för sig är väl anpassade efter svenska vinterförhållanden. Kommunen har föreskrivit att anbudsgivaren ska offerera en lösning med en dumper som dragfordon, och anvisar en dumper av modell Volvo A25. Således kan man utgå från att ett anbud där dragfordonet är en Volvo A25 uppfyller kravet på att klara svenska vinterförhållanden som är syftet med kravet på antal levererade maskiner, och det torde inte föreligga något egentligt behov av att styrka att den dumper kommunen rekommenderar uppfyller detta. Øveraasen har offererat en lösning med en Volvo A25 dumper som dragfordon, och det torde därför vara ostridigt att den maskin som offererats är väl anpassad efter svenska vinterförhållanden vad gäller dragfordonet.

Den sop- och blåsmaskin Øveraasen har offererat är väl beprövad och har levererats i ett stort antal i Sverige. Sop- och blåsmaskinen är väl anpassad för svenska vinterförhållanden, vilket styrks av de referenser som lämnats. Kravet att anbudsgivaren ska ha offererat just den kombinationen av dragfordon och sop- och blåsmaskin är inte proportionerligt för att uppnå syftet med kravet - att säkerställa att maskinen är väl anpassad för svenska vinterförhållanden. Det räcker för att nå detta syfte att anbudsgivaren kan visa att de komponenter som ingår i maskinen var och en för sig uppfyller kravet. Här ska särskilt beaktas att sop- och blåsmaskinens funktion inte påverkas av dragfordonet och vice versa.

Kommunen ställer upp ett nytt krav då man i förvaltningsrätten anger att de upphandlade maskinerna ska ge goda friktionsvärden och att maskinerna ska ha hög tillgänglighet. Inte ens detta krav motiverar dock att kravet i punkt 10.1 ska tolkas så som kommunen gör. Det är fullt tillräckligt för att syftet med kravet under punkt 10.1 ska uppnås att anbudsgivaren kan styrka att de offererade delarna, dragfordon och sop- och blåsmaskin, var för sig uppfyller de krav som ställs. Att kräva att just den offererade kombinationen ska ha levererats tidigare är avsevärt mer ingripande och långt-

gående än vad som motiveras av syftet. Dessutom är ett sådant krav diskriminerande eftersom det utesluter leverantörer som inte levererat på den svenska marknaden tidigare.

Att påstå att den maskin Øveraasen offererat inte är beprövad är felaktigt. Øveraasen är världens ledande producent av maskiner av den typ som efterfrågas och har levererat maskiner till alla delar av världen där det kan tänkas falla snö, som Nordamerika, Grönland, Svalbard, Finland och Ryssland. Kommunens uttalande att kombinationen av två enaxlade maskindelar skulle påverka maskinens följsamhet mot marken är helt taget ur luften. Om det vore på det viset borde kommunen ha ställt upp det som ett krav i upphandlingen och inte föra in det kravet i efterhand. Inte heller resonemanget om friktion och minimal beläggning i förhållande till hög arbetshastighet har ställts upp som krav i upphandlingen. Kommunen har inte heller ens påstått att den av Øveraasen offererade maskinen inte uppfyller detta krav.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen står fast vid att Øveraasens anbud inte är skrivet på svenska och inte uppfyller kravet i 1.1.

Vad gäller kravet på referenser avseende minst tio maskiner i drift levererade i Sverige under den senaste tioårsperioden, är det av yttersta vikt att de upphandlade sop- och blåsmaskinerna ska ge goda friktionsvärden efter sopning och att maskinerna har hög tillgänglighet. Den referens som Øveraasen lämnat intygar att ingen maskin med fastdumperdragare har levererats till Sverige från Øveraasen. I stället har man valt att offerera två maskindelar som var för sig finns levererade i ett stort antal men inte beprövade som ett hopbyggt ekipage. Att kommunen låter kravet väga så tungt beror på att om dumperdragaren varit självgående med två hjulaxlar som ett självgående dragfordon till sop- och blåsmaskinen så betar sig fordonsdelarna var för sig på känt vis. Men när dumperdragaren med en hjul-axel

monteras fast på samma ram som sop- och blåsmaskinen som också har endast en hjulaxel blir ekipaget ett nytt fordon som tillsammans beter sig annorlunda än om maskindelarna var för sig är tvåaxlade och därigenom inte påverkar varandra. Hopbyggnaden påverkar följsamheten mot marken för både plog och sopvals. Följsamheten mot marken är av största vikt och har stor påverkan på resultatet. Resultatet man vill uppnå är god friktion och minimal beläggning med så hög arbetshastighet som möjligt. Resultatet avgörs dels av vilken friktion som uppnås och vid pågående nederbörd i vilken hastighet sop- och blåsmaskinen kan framföras. Hög hastighet betyder att landande och startande kan nyttja en mer nysopad bana vilket innebär högre friktionsvärden vid start och landning. Friktionen på landningsbanan mäts efter varje åtgärd och rapporteras till varje landande och startande plan, och ingår i besättningens flygsäkerhetsbedömning. God friktion har stor påverkan på flygsäkerheten vilket påtalats den senaste tiden från tillsynsmyndigheten Transportstyrelsen, som också pekat ut friktionen på landningsbanor som ett speciellt fokusområde för flygsäkerhetsarbetet. Kommunen anser därför att kravet är proportionerligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Upphandlande myndighet 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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

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 efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande:

1.0 Anbudets form och innehåll

Krav 1.1

Anbud ska vara skrivet på svenska.

4.0 Allmänna krav som ska finnas på maskinen

Krav 4.1

Maskinerna ska vara självgående med en dumperframdel med plog samt en permanent ansluten sop- och blåsdel.

5.0 Dragfordon

Krav 5.1

Dumperdragare (typ Volvo A25) med god kapacitet för att ploga och dra sopblås även under svåra förhållanden.

10.0 Tidigare uppdrag

Krav 10.1

Leverantören ska ha minst 10 levererade maskiner i drift levererade under den senaste 10-årsperioden i Sverige av samma modell som offereras. Viktigt för oss att säkerställa att maskinerna klarar av svenska väderförhållanden. Ange uppdragsgivare i Sverige med plats, kontaktperson och telefonnummer.

11.0 Beskrivning på maskin

Krav 11.1

Dokument över de offererade maskinerna ska skickas med.

Krav på bilaga 11.2

En beskrivning på offererad maskin ska bifogas anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär

upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. I enlighet med vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalar i RÅ 2009 ref. 69 gäller vidare att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas, och förvaltningsrättens prövning begränsas till vad sökanden anför.

Øveraasen har i förvaltningsrätten anförts det lämnade anbudet uppfyller kravet på att vara på svenska och att kravet på referenser avseende ett visst minsta antal levererade maskiner i drift i Sverige i offererad fordonskombination, levererade under den senaste tioårsperioden, är oproportionerligt och diskriminerande.

Språkravet

Kammarrätten i Stockholm har i två avgöranden (mål nr 6969-10 och 7483-13) då fråga bl.a. varit om anbud uppfyllt ska-krav angående att anbudet ska vara på svenska konstaterat bl.a. följande. Om ett förfrågningsunderlag inte ger någon närmare vägledning om vilka handlingar som bör innefattas i begreppet anbud, ska samtliga handlingar som anbudsgivaren lämnat in till den upphandlande myndigheten för uppfyllande av förfrågningsunderlaget anses omfattas av begreppet. I båda målen hade anbudsgivare tillsammans med anbudet gett in vissa uppgifter i bilaga på engelska till styrkande av att ska-krav uppfylldes, och åberopat eller hänvisat till dessa. Kammarrätten ansåg i båda målen att detta medförde att anbuderna inte uppfyllde kravet på att vara avfattade på svenska, och att de i målen upphandlande myndigheterna brutit mot likabehandlingsprincipen genom att ändå låta utvärdera anbuderna trots denna brist.

Kammarrätten i Jönköping har i ett senare avgörande, mål nr 897-14, också uttalat att ett krav att anbud ska vara skrivet på svenska även omfattar intyg och andra dokument som bifogas anbudsformuläret. Emellertid ska proportionalitetsprincipen upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen,

varvid till exempel även uppgift som medför diskvalificering måste vara relevant för upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse. I målet var fråga om intyg för att styrka att anbudsgivaren uppfyllde förfrågningsunderlagets krav på tredjepartscertifierade kvalitets- och miljöledningssystem. Intygen var avfattade på engelska, var standardiserade och innehöll utöver rubrik med ordet "Certificate" och namnet på intygsskrivande organisation två meningar med leverantörens namn, uttrycket "certificate" och två ISO-beteckningar. Sammantaget ansåg kammarrätten att även en person i den aktuella branschen utan kunskaper i det engelska språket utan svårighet kunde bilda sig en uppfattning om vad handlingarna avsåg och avgöra om de uppfyllde kravet i förfrågningsunderlaget. Det skulle då vara oproportionerligt att förkasta anbudet enbart på den grunden att intygen inte var skrivna på svenska. Den brist i likabehandling som detta medförde ansågs godtagbar i sammanhanget.

Vad avser frågan om Øveraasen uppfyllt kravet på att anbudet ska vara avfattat på svenska konstaterar förvaltningsrätten följande. I brist på närmare definition i förfrågningsunderlaget av vad som utgör ett anbud får i enlighet med vad som framkommer av de ovan refererade kammarrättsavgörandena samtliga inlämnade handlingar inklusive bilagor i detta fall anses utgöra anbud, således även den broschyr på engelska som Øveraasen lämnat in. Øveraasen har anfört att det är en standardbroschyr som utgör extra information och den är inlämnad huvudsakligen för bildmaterialet. Vidare har Øveraasen anfört att man även till anbudet bifogat en beskrivning på svenska av den offererade maskinen, och att anbudet inklusive denna tekniska beskrivning i sig är tillräckligt för att uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget. Den ingivna broschyren behövs således inte för att styrka att ska-kraven i förfrågningsunderlaget är uppfyllda.

Oaktat vad Øveraasen uppgett i förvaltningsrätten har det emellertid inte kommit fram eller ens påståtts att det vid inlämnande av anbudet gjordes någon reservation från Øveraasens sida att den ingivna broschyren endast

gavs in för bildmaterialets skull. Kommunen hade därför fog för att uppfatta att även den inlämnade broschyren i dess helhet, alltså inte endast bilderna, utgjorde en del av anbudet. Förvaltningsrätten konstaterar att den ifrågavarande broschyren innehåller teckningar av två modeller av sop- och blåsmaskin, samt fotografier av såväl drag- som sop- och blåsmaskin. Till teckningarna av de båda modellerna finns angivet ”Technical Specifications” om en halv sida vardera och därutöver en och en halv sida med enbart information om dessa modeller av sop- och blåsmaskin i punktform, all text skriven på engelska. Med hänsyn till den omfattande information som således finns angiven på engelska finner förvaltningsrätten därför att det anbud som Øveraasen lämnat in inte uppfyller ska-kravet att det ska vara på svenska, oaktat om den information som anges i den svenska tekniska beskrivningen som lämnats som bilaga till anbudet i sig är tillräcklig för att uppfylla ska-kraven på den offererade maskinen. Med hänsyn till omfattningen av den engelska texten (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom ovan), kan det inte heller anses strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta Øveraasen från upphandlingen av denna anledning.

Det är således inte visat att kommunen brutit mot någon grundläggande princip för offentlig upphandling då man uteslutit Øveraasen från upphandlingen med anledning av att anbudet inte i sin helhet varit avfattat på svenska.

Tidigare uppdrag

Vad gäller invändningen att kravet på minst 10 levererade maskiner i drift levererade under den senaste 10-årsperioden i Sverige är oproportionerligt gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Förvaltningsrätten noterar att det är fråga om maskiner som ska användas på en flygplats. Motivet till det aktuella kravet är flygsäkerheten. Syftet är enligt kommunen att få till stånd så bra friktion som möjligt, med så hög hastighet som möjligt. Kommunen betonar att det därför är viktigt att säkerställa att maskinerna klarar av svenska väderförhållanden. Det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka krav som man vill ställa på upphandlingsföremålet. Enligt förvaltningsrättens mening kan det aktuella kravet mot denna bakgrund inte anses vara oproportionerligt. Vad Øveraasen anfört i denna del medför ingen annan bedömning. Förvaltningsrätten finner vid en samlad bedömning att kravet i förhållande till de syften som ska uppnås i förevarande upphandling inte är oproportionerligt. Skäl att göra om upphandlingen på denna grund saknas.

Förvaltningsrätten finner att grund för ingripande mot upphandlingen saknas och ansökan ska därmed avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd avtalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredraganden Gunilla Lavås.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 nå 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.