



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden
Karolina Sölsnaes

DOM
2011-05-03
Meddelad i
Växjö

Mål nr
881-11, 1041-11, 1042-11,
1043-11, 1044-11, 1046-11,
1047-11

SÖKANDE
Preagera AB, 556710-3360
Jägersrovägen 160
212 37 Malmö

Ombud: Bolagsjurist Robert Ågren
c/o Preagera AB
Jägersrovägen 160
212 37 Malmö

MOTPARTER

1. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

2. Lessebo kommun
Box 13
360 50 Lessebo

3. Ljungby kommun
341 83 Ljungby

4. Uppvidinge kommun
Box 59
360 70 Åseda

5. Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

6. Regionförbundet Södra Småland, 222000-0372
351 96 Växjö

7. Växjö Energi AB, 556187-5203
Box 497
351 06

Ombud: David Braic
c/o Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

KONKURRENSVERKET	
2011-05-05	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 26829

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM

881-11, 1041-11, 1042-
11, 1043-11, 1044-11,
1046-11, 1047-11

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Upphandlande myndighet i Lessebo, Ljungby, Uppvidinge, Växjö och Älmhults kommuner samt Regionförbundet södra Småland och Växjö Energi AB (de upphandlande myndigheterna) genomför en öppen upphandling enligt lagen om offentlig upphandling, LOU, av interaktiva skrivtavlor. Växjö kommun administrerar upphandlingen åt kommunerna samt företräder kommunerna i målet. Ramavtal kommer att tecknas med en leverantör för varje taveltyp (skrivtavlor med tryckkänslig yta, skrivtavlor med hård yta med "touchfunktion" och skrivtavlor med hård yta). Den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med hänsyn till vissa angivna kriterier, kommer att antas. Preagera AB:s anbud har inte tagits upp till utvärdering då det inte uppfyllde alla skall-kraven i förfrågningsunderlaget.

Preagera AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud utvärderas och tilldelas upphandlingskontraktet för delupphandlingen "skrivtavlor med tryckkänslig yta" samt delupphandlingen "skrivtavlor med hård yta med "touchfunktion", och i andra hand att upphandlingen görs om. Bolaget anför i huvudsak följande. Bolaget anser att de upphandlande myndigheterna brutit mot proportionalitetsprincipen genom att inte tilldela bolaget upphandlingskontrakt med grunden att samtliga produktblad inte har lämnats in på svenska språket. Vidare anser bolaget att de upphandlande myndigheterna brutit mot och principen om icke-diskriminering genom att uppställa som skall-krav att samtliga bilagor ska lämnas in på det svenska språket.

Bolaget anser att kravet om att produktbladen ska lämnas in på det svenska språket är oproportionellt. Bolaget hänvisar till Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 585-2002 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3950-2002. Det uppställda kravet ansluter inte till upphandlingsföremålet.

De varor som kommunerna har för avsikt att köpa in blir varken bättre eller sämre av att produktbladen finns på svenska. Att kvalificeringen av anbudsgivarna skulle vara beroende av att produktbladen finns på svenska språket kan knappast motiveras heller. Bolaget anser att det är oproportionerligt att deras anbud utesluts enkom av den anledningen. Bolaget noterar att de upphandlande myndigheterna uppenbarligen inte haft några problem att tolka och utvärdera bolagets anbud och dess bilagor. Av utvärderingsprotokollet framgår att bolaget skulle ha antagits som leverantör avseende "Skrivtavlor med tryckkänslig yta" och "Skrivtavlor med hård yta" om bolagets anbud inte hade förkastats. Bolaget har därmed lidit skada.

Det framgår av EU-domstolens praxis att diskriminerande kriterier som grundregel inte får användas. Att kräva att produktblad ska vara utställda på svenska språket påverkar faktiskt och potentiellt handeln mellan medlemsstaterna inom unionen, då inte samtliga tillverkare utfärdar certifikat eller produktblad på svenska. Undantag från förbudet mot diskriminerande åtgärder får endast göras i undantagsfall. De upphandlande myndigheterna har inte haft någon anledning att göra undantag från förbudet mot diskriminering eftersom de upphandlande myndigheterna uppenbarligen haft möjlighet att utvärdera bolagets anbud, trots att ett produktblad var inskickat på engelska. De upphandlande myndigheternas krav på att produktbladen ska vara inskickade på svenska strider mot principen om icke-diskriminering. Bolaget har lidit skada eftersom man inte tilldelats upphandlingskontrakt inom två av produktområdena. Det finns därför skäl för att upphandlingen ska göras om.

De upphandlande myndigheterna bestrider bolagets ansökan och anför i huvudsak följande. Av punkt 2.1.3. i förfrågningsunderlaget framgår att anbudet ska vara på svenska. Även eventuella bilagor ska vara på svenska språket. Upphandlande myndigheter har bara möjlighet att anta anbud som uppfyller samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget. Dessutom har det

vid annonsering av förevarande upphandling tydligt framgått att det är svenska språket som får användas i anbud eller anbudssökningar. Av punkt 2.3.4. framgår följande. ”Det går inte att göra ändringar i eller kompletteringar till anbud efter anbudstidens utgång. Däremot kan anbudsgivare få tillåtelse att av upphandlande myndighet rätta uppenbara felskrivningar eller felräkningar om det inte finns risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.” Det har inte funnits skäl för de upphandlande myndigheterna att begära förtydliganden eller kompletteringar av bolagets anbud. Av punkt 3.1.6. i förfrågningsunderlaget framgår följande. ”Efter att de formella kraven kontrollerats sker en prövning av att samtliga skallkrav på tjänsten är uppfyllda. Dessa krav är en förutsättning för att anbudsgivarens anbud skall kunna utvärderas.” Det är inte bolaget i egenskap av anbudsgivare som har diskvalificerats, det är bolagets anbud som inte kan tas upp till prövning på grund av att ett skallkrav inte uppfyllts. Tolkning eller utvärdering av bolagets anbud har därmed inte kommit i fråga varvid bolaget inte kan anses ha lidit skada. Likabehandlingsprincipen skulle ha åsidosatts om de upphandlande myndigheterna skulle ha tagit upp bolagets anbud till prövning. De upphandlande myndigheternas bedömning är att det varit relevant att kräva att både anbudshandlingar, produktblad och ev. bilagor ska vara författade på svenska språket just för att undvika miss- tolkningar i anbud, i synnerhet då förtydliganden och kompletteringar enligt LOU ska tillämpas mycket restriktivt. Produktbladen är en viktig del av anbudet varför det också finns en naturlig koppling till upphandlingsföremålet eftersom upphandlingen avser teknisk utrustning. Svenska språket är för övrigt ett godkänt och vedertaget språk inom EU varvid det åligger anbudsgivaren att göra nödvändiga översättningar för att lämna ett komplett anbud. Bolaget har med anledning av språkravet inte förtagits möjligheten att lämna ett komplett anbud. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de gemenskapsrättsliga principerna.

Bolaget anför följande. De upphandlande myndigheterna har inte visat hur ett krav på att produktblad ska vara författade på det svenska språket utgör en bedömningsgrund för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. För att använda språk som tilldelningskriterium krävs det att språket har en koppling till det aktuella upphandlingsföremålet, dvs. att de projektorer, eller interaktiva skrivtavlor på något sätt blir bättre, miljövänligare, billigare eller bättre på något annat objektivt sätt. I den mån ett krav inte är kopplat till upphandlingsföremålet och det kan anses vara ett utvärderingskrav, kan kravet inte användas för att automatiskt utesluta anbud eller anbudsgivare. Uppställande av olika formkrav har inte tillåtits i praxis. Enligt direktiven bör anbudsgivare få använda alla former av bevis för att bevisa att de uppfyller de ställda kraven. Det är inte tillåtet att kräva att produktblad lämnas in på A3, i PDF-format eller på svenska, om det inte finns särskilda skäl för detta. Att komplettera sådana uppgifter i syfte att förtydliga anbudet, eller strunta i kravet strider inte mot likabehandlingsprincipen, eftersom kraven inte är ägnade åt att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Det är uppenbart att de upphandlande myndigheterna har klarat av att tolka bolagets anbud. De upphandlande myndigheterna har bedömt bolaget och bolagets anbud på samtliga parametrar och kommit fram till att anbudet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är oklart vilket ändamål de upphandlande myndigheterna alls har att utesluta bolagets anbud. Det finns mindre inskränkande alternativ för att uppnå ett ändamål som har att göra med språk. Språkravet är inte kopplat till upphandlingsföremålet och därför skulle kompletteringar kunna krävas in utan att detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Detta skulle vara ett mindre inskränkande alternativ än att utesluta bolagets anbud, vilket leder till omfattande ekonomiska konsekvenser för bolaget. Även om AV produkter i vissa fall omfattas av tekniska begrepp blir dessa begrepp vare sig enklare eller svårare om de är på engelska eller svenska. Oavsett motiv till att utesluta bolagets anbud

är det svårt att se om det finns något sakligt motiverat skäl att utesluta anbudet och samtidigt hävda att åtgärden står i rimlig proportion till de allvarliga ekonomiska konsekvenser som åtgärden förorsakar.

De upphandlande myndigheterna har i sitt yttrande inte angivit något sakligt motiverat skäl till varför icke-diskrimineringsprincipen skulle frångås och att ett anbud skulle förkastas på grund av att vissa produktblad inte varit avfattade på svenska språket. De upphandlande myndigheterna har brutit mot proportionalitetsprincipen och principen om icke-diskriminering när bolagets anbud uteslutits. Detta har lett till att bolaget lidit skada på så sätt att bolaget inte tilldelats upphandlingskontraktet. Det finns skäl för förvaltningsrätten att förordna om rättelse.

De upphandlande myndigheterna uppger i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget ställs ett antal utvärderingskrav för att kunna fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Frågorna är därmed kopplade till upphandlingsförfarandet. Efter kvalificering går processen vidare till anbudskvalificeringen innan processen övergår till utvärderingsfasen, vilken naturligt kräver en översyn av inkomna anbud. Bolaget har exempelvis i en fråga avseende beskrivning av mjukvarans funktion hänvisat till en engelsk bilaga medan man i andra frågor ofullständigt svarat på svenska och bifogat engelska produktblad, utan att hänvisa till vilket produktblad som avses. Bolagets anbud har sammanfattningsvis inte varit föremål för formell utvärdering eftersom bolaget inte uppfyllt skall-kravet i förfrågningsunderlaget om att anbudshandlingar inklusive produktblad samt eventuella bilagor ska vara på svenska språket.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § lagen offentlig upphandling, LOU, ska upphandlande myndigheter 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 iakttas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder i enlighet med 16 kap. LOU. För att ett sådant ingripande ska bli aktuellt krävs det att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka krav som ska ställas i en upphandling samt hur leverantörerna ska styrka att kraven uppfylls, förutsatt att dessa inte strider mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

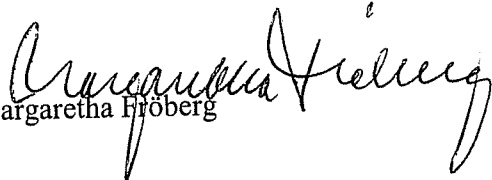
Bolaget har sammanfattningsvis invänt att skall-kravet om att anbudet samt bilagor och produktblad ska vara avfattade på svenska strider mot proportionalitetsprincipen och principen om icke-diskriminering.

Av LOU och direktivet framgår att den upphandlande myndigheten får välja vilket eller vilka av de officiella språken inom Europeiska gemenskapen som meddelande om upphandling ska författas på samt vilket eller vilka språk som anbudet ska skrivas på (se Artikel 36.4 *Rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster* samt 8 kap. 10 § LOU). Av förfrågningsunderlaget punkten 2.1.3. "Anbudets form och innehåll" framgår att "Anbudet skall vara på svenska. Även ev. bilagor eller produktblad skall vara på svenska språket." Det framgår därmed tillräckligt tydligt att språkravet är ett skall-krav som ska uppfyllas. Anbud som inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget ska förkastas och får således inte

beaktas vid utvärderingen. Den upphandlande myndigheten får inte ändra eller frånfalla uppställda krav, då ett sådant agerande skulle anses strida mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Av handlingarna i målet framgår att bolagets anbud inte uppfyller skall-kravet eftersom produktblad som bifogats anbudet är avfattade på engelska.

Mot bakgrund av att de upphandlande myndigheterna har en valmöjlighet att ange vilket eller vilka språk som får användas i annonsen och i anbudet kan ett krav om att anbudet samt bilagor och produktblad ska vara avfattade på det svenska språket inte anses strida mot proportionalitetsprincipen eller principen om icke-diskriminering. Kravet som uppställts är ett skall-krav och dessa ska följas. Anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget ska inte utvärderas. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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


Margaretha Fröberg



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. 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 3109/1D LOU