


FÖRVALTNINGSRÄTTEN DOM
I STOCKHOLM

Avdelning 32

2016-03-29

 Meddelad i
Stockholm

Mål nr

27081-15

SÖKANDE

Preem AB, 556072-6977

 Ombud: Advokat Eric Ericsson
Eric Ericsson Advokat AB
Box 4009
131 04 Nacka

MOTPART

 Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-03-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 695184

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegelluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

 forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

 måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför en upphandling av drivmedel till fartyg. Tilldelningsbeslut fattades den 3 december 2015. Ett annat anbud än det från Preem AB (Preem) har antagits.

Preem ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför *Preem* i huvudsak följande. Genom att utesluta *Preems* anbud har FMV åsidosatt kraven på likvärdighet, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. *Preem* har genom att gå miste om upphandlingskontraktet lidit skada på det sätt som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Enligt förfrågningsunderlaget skulle anbudsgivarna dels prissätta en varukorg, dels redovisa den prisformel som skulle användas vid fullgörandet av upphandlingskontraktet. Riksbankens valutakurs skulle användas. *Preem* använder dock en valutakurs från SEB och frågade därför FMV om det var ett krav att använda Riksbankens kurs. FMV svarade den 19 oktober 2015 att kravet att använda Riksbankens kurs stod fast men att det var möjligt att använda SEB:s kurs löpande och sedan stämma av mot Riksbankens kurs genom att efterfakturera eller kreditera eventuell differens. *Preem* uppfattade FVM:s svar som att FMV medgav att en annan valutakurs fick användas under avtalstiden och därmed även i prisformeln och varukorgen i anbudet. *Preem* angav därför priser med SEB-kurs i anbudet. Under utvärderingsfasen begärde FMV att *Preems* anbud skulle kompletteras med valutakursnoteringar från Riksbanken. *Preem* efterkom FVM:s begäran och ingav en ny version av svarsformuläret där Riksbankens kurs användes istället för SEB:s kurs. *Preem* har därmed uppfyllt alla krav i upphandlingen.

FMV:s hantering av anbudet har även brutit i öppenhet när FMV lämnat information till Preem om möjligheten till komplettering som FMV sedan inte följt i anbudsutvärderingen. Tillägget till förfrågningsunderlaget var tillgängligt för alla anbudsgivare och det skulle därför inte strida mot likabehandlingsprincipen om FMV accepterade anbud som utformats i enlighet med FMV:s svar den 19 oktober 2015. Om FMV inte hade haft för avsikt att godta andra anbud än de som baserats på Riksbankens valutakurs var svaret ägnat att försvåra tolkningen av förfrågningsunderlaget.

Vidare står FMV:s beslut att utesluta Preems anbud inte i proportion till det fel som Preem eventuellt gjort sig skyldig till. Det eventuella felet har inte haft någon negativ inverkan på konkurrensen i upphandlingen. Preems ursprungliga anbud var högre än vad som följde av den komplettering som Preem gjorde på FMV:s begäran. Trots detta var Preems ursprungliga anbud lägre än det andra bolagets. Användande av SEB:s valutakurs försvårar inte heller FMV:s kontrollmöjligheter eftersom kurserna finns allmänt redovisade på bankens hemsida.

FMV bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Preems anbud uppfyller inte de krav som ställts i upphandlingen. Anbud skulle inges med ifyllt svarsformulär som bl.a. innebar att prissätta en varukorg. Prisformeln för beräkning av priser skulle även redovisas i anbudet. Riksbankens valutakurs skulle användas. Preem ställde en fråga gällande om det var ett obligatoriskt krav att använda Riksbankens valutakurs. FMV svarade att kravet att anbudsgivaren ska använda valutakurser från Riksbanken i sitt anbud står fast. Skrivningen innebar således att kravet i förfrågningsunderlaget kvarstod. I samma svar förtydligade FMV att leverantörer som inte har möjlighet att använda Riksbankens valutakurs kvartalsvis kan priskorrigera fakturerade försäljningsvolymen mot Riksbankens valutakurs.

Preem inkom med anbud i vilket det saknades uppgift om vilken valutakurs som använts för prissättning. Eftersom Preem på en annan plats i samma anbud uppgett att SEB:s valutakurser använts begärde FMV ett förtydligande rörande att Riksbankens valutakurs använts. Preem inkom där- efter med nya prisuppgifter där bolaget räknat om sitt anbud efter Riks- bankens valutakurs. Därmed har Preem inte följt kravet i förfrågnings- underlaget gällande valutakurs i sitt, inom anbudstiden ingivna, anbud.

Genom Riksbankens valutakurser, som är allmänt redovisade, ges FMV en möjlighet till självständig kontroll av de priser som tas ut inom kontraktet. Valutakurser från enskilda aktörer är inte öppet redovisade på samma sätt. Kravet gällande att anbudsgivarna ska använda Riksbankens valutakurser är därmed en nödvändig och effektiv åtgärd. Leverantörer som använder andra valutakurser i sitt redovisningssystem har dock givits möjlighet att kvartals- vis revidera fakturor. Samtliga anbudsgivare har vidare fått samma information vid samma tillfälle, de krav som ställts har kunnat tolkas på avsett sätt och leverantörerna har behandlats lika. En justering efter anbuds- tidens utgång av krav som ställts i upphandlingen skulle däremot kunna strida mot likabehandlingsprincipen. Uppställda krav är således förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndig- heten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör således en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § första stycket LOU.

I 1 kap. 9 § LOU anges att en 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 iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår att anbud i det aktuella upphandlingsförfarandet skulle inges genom att fylla i ett svarsformulär som bl.a. innebar att prissätta en varukorg. Det är ostridigt i målet att förfrågningsunderlaget innehöll krav gällande att Riksbankens valutakurs skulle användas vid prissättning av varukorgen och vid konstruktionen av den prisformel med vilken produktpriset i varukorgen skulle beräknas. Preem ställde med anledning av detta en förfrågan till FMV gällande huruvida det var ett obligatoriskt krav att använda Riksbankens valutakurs i anbudet eller om bolaget istället kunde använda SEB:s valutakurs utan att riskera att bli utestängt från upphandlingen. Preem har anfört att bolaget uppfattade FMV:s svar på denna fråga som att myndigheten medgav att Preem kunde använda SEB:s valutakurs i sitt anbud.

Av principerna om öppenhet och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter för betydelse vid upphandlingen. Höga krav bör således ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att FMV i sitt svar till Preem den 19 oktober 2015 har uppgett att kravet gällande att anbudsgivaren ska använda Riksbankens valutakurs i sitt anbud står fast och att kraven i anbudsfrågan därmed inte ändras. FMV angav även i sitt svar att för det fall den vinnande anbudsgivaren inte har möjlighet att använda Riksbankens valutakurs i sitt ordinarie prisberäkningssystem ska priskorrigerig av fakturerade försäljningsvolymmer mot Riksbankens valutakurs ske varje kvartal.

Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår det klart och tydligt av FMV:s skrivelse den 19 oktober 2015 att kravet i förfrågningsunderlaget gällande valutakurs kvarstod. Av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget framgår även att anvisningen om valutakurs har utgjort ett obligatoriskt krav. FMV:s tillägg gällande möjlighet till priskorrigerig förändrar inte förvaltningsrättens bedömning i denna del. I FMV:s svar anges nämligen att möjligheten till priskorrigerig gäller den vinnande anbudsgivarens fakturering av försäljningsvolymmer.

Av utredningen i målet framgår vidare att Preems fråga, samt FMV:s svar på densamma, har varit tillgängligt för alla anbudsgivare samtidigt, dvs. den 19 oktober 2015. Det är även ostridigt att Preem har angett priser med SEB:s valutakurser i det anbud som inkom under anbudstiden. Preem har därmed inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. Under sådana förhållanden har FMV haft en skyldighet att förkasta Preems anbud. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Preem inte har förmått visa att FMV har genomfört upphandlingen i strid mot någon av principerna om likabehandling, icke-diskriminering eller öppenhet när myndigheten förkastat Preems anbud.

Preem har vidare anfört att kravet gällande att priser skulle anges med Riksbankens valutakurs i anbuden är oproportionerligt. FMV har anfört att

kravet är en effektiv och nödvändig åtgärd eftersom Riksbankens valutakurser är allmänt redovisade och därmed ger FMV en möjlighet till självständig kontroll av de priser som tas ut inom kontraktet. Valutakurser från enskilda aktörer är enligt FMV inte öppet redovisade på samma sätt. Vidare har FMV anfört att myndigheten gör det möjligt för leverantörer som använder andra valutakurser i sitt redovisningssystem att kvartalsvis revidera fakturor. Preem menar dock att eftersom SEB:s valutakurser finns allmänt redovisade på bankens hemsida försvårar inte användandet av dessa FMV:s kontrollmöjligheter.

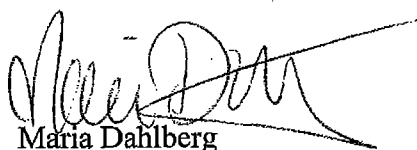
Enligt förvaltningsrättens mening utgör ett krav gällande att en prisuppgift ska vara angiven i en viss valutakurs ett formkrav. Vad gäller utformandet av formkrav får den upphandlade enheten anses ha stor frihet så länge det aktuella formkravet står i rimlig proportion till syftet med kravet och inte heller framstår som godtyckligt eller uppenbart osakligt. I motsats till andra obligatoriska krav saknar formkrav normalt koppling till föremålet för upphandlingen, varför en proportionalitetsbedömning med utgångspunkt i förhållandet mellan kravet och föremålet för upphandlingen inte låter sig göras (jfr t.ex. RÅ 2010 ref. 78 och Kammarrätten i Stockholms dom den 10 september 2013 i mål nr 2370-13).

Som framgår ovan finner förvaltningsrätten att det aktuella formkravet är klart och tydligt formulerat i förfrågningsunderlaget. Kravet gällande att priser ska anges i Riksbankens valutakurs i anbudet har inte heller hindrat att leverantörer som använder andra valutakurser i sina ordinarie prisberäkningssystem lämnar anbud. Vidare är kravet enligt förvaltningsrättens mening objektivt utformat och framstår vare sig som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kravet gällande att Riksbankens valutakurs ska användas i anbudet står i rimlig proportion till syftet med kravet, dvs. att kunna utföra en självständig kontroll av upphandlings föremålets pris.

Förvaltningsrätten finner således sammantaget att det utifrån vad Preem har anfört i målet inte är visat att FMV vid den aktuella upphandlingen brutit mot bestämmelserna i LOU. Skäl för ingripande finns således inte. Preems ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Maria Dahlberg

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Ellen Agrenius 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.