



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2017-02-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

15786-16

SÖKANDE

UNIFEQ Europé Sp.z o.o

Ombud: Advokat Katerina Strömsholm
Strömsholm Advokatbyrå AB
World Trade Center
Jungmansgatan 12
211 19 Malmö

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

PART

Oscar Pedersen AS
PO Box 9237
4697 Kristiansand
Norway

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-02-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att avtalet i upphandlingen avseende Dosimeter bag 71/76 med dnr 393949 - AI898530 mellan Försvarets materielverk och Oskar Pedersen AS ska förklaras ogiltigt

Dok.Id 766008

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomförde en upphandling av Dosimeter bag 71/76, dnr 393949 - AI898530. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut daterat den 4 maj 2016 meddelade FMV att man avser att sluta kontrakt med Oskar Pedersen AS, vilket också gjordes i mitten av maj 2016.

UNIFEQ Europé Sp.z o.o (UNIFEQ) yrkar att avtalet mellan FMV och Oskar Pedersen AS (Oskar Pedersen) ska förklaras ogiltigt. UNIFEQ framför bl.a. följande. UNIFEQ fick inte veta att FMV beslutat att tilldela Oskar Pedersen kontraktet genom tilldelningsbeslut den 4 maj 2016 förrän efter e-postkorrespondens den 7 juli 2016. FMV har vid e-postkorrespondens svarat att beslutet offentliggjorts den 9 maj 2016. UNIFEQ har inte fått något meddelande om tilldelningsbeslut innan den 7 juli 2016. FMV har istället skickat tilldelningsbeslutet till den revisionsbyrå där UNIFEQ:s auktoriserade revisor är verksam. Om avtal ingåtts med Oskar Pedersen ska det förklaras ogiltigt eftersom FMV agerat i strid mot bestämmelser om avtalsspärr eller ingått avtal utan att uppfylla sin skyldighet att på ett erforderligt sätt lämna meddelande om tilldelningsbeslut.

FMV:s utvärdering är behäftad med ett flertal allvarliga brister eftersom Oskar Pedersens anbud inte uppfyller alla obligatoriska krav som ställts i upphandlingen. Trots detta har Oscar Pedersen tilldelats kontraktet i upphandlingen. FMV har genom detta brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och särskilt principen om likabehandling av anbudsgivare och anbud och principen om transparens.

Oskar Pedersens anbud uppfyller inte kravet avseende anbudsprov. I förfrågningsunderlaget i avsnitt 6 ställs ett antal obligatoriska krav som siktar på inlämnande av anbudsprov. I p. 6.2 ställs kravet att den tekniska beskrivningen av anbudsprovet ("technical data sheet") ska styrka att anbudsprovet uppfyller den tekniska specifikationen TS 15MV289-55:1. Oskar Pedersen har till sitt anbudsprov bifogat ett dokument, s.k. datasheet, som inte styrker att provet uppfyller den tekniska specifikationen. Tvärtom visar denna datasheet att flera av de ställda tekniska kraven inte är uppfyllda eller verifierade. Det bekräftar inte heller parametrar i specifikationen såsom "4.8 Inner fabric", "4.9 Plastic foam, 3 mm" och "Label" överhuvudtaget. Vidare framgår att "coating adhesion" och "IR reflection" inte har testats och därmed inte verifierats. Oskar Pedersens datasheet är även ofullständigt gällande uppgifterna för "touch and close fastener 4.7". Denna datasheet verifierar således inte att Oscar Pedersens anbudstyp stämmer överens med den tekniska specifikationen, vilket är ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Oskar Pedersen uppfyller inte heller kravet avseende anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet i förfrågningsunderlagets p. 10.5 eller kravet på referenser i p.10.5.1. Oskar Pedersens referensuppgifter bekräftar inte framgångsrika leveranser och funktion. Kravet är inte utformat på det sätt FMV gör gällande. Att FMV i förfrågningsunderlaget anger vad referensdokumenten ska specificera innebär inte att de inlämnade referenserna inte behöver innehålla bekräftelse på framgångsrika leveranser och funktion. Inte heller den omständigheten att FMV ska ha möjlighet att verifiera referenserna genom kontakt med referenterna innebär att kravet skulle tolkas på det sättet. Oskar Pedersens anbud uppfyller inte de ställda kraven i förfrågningsunderlaget och borde ha uteslutits från utvärderingen.

FMV:s bedömning att Oskar Pedersens datasheet på ett godtagbart sätt skulle verifiera anbudsprovet har inte grund i förfrågningsunderlaget. Den

tolkning och tillämpning av kravet som FMV nu hävdar överensstämmer inte med kravets lydelse och är helt oförutsägbart. Vid en sådan tillämpning av kravet förbehåller sig FMV fri prövningsrätt vilket strider mot transparensprincipen och principen om likabehandling. FMV har i en tidigare upphandling i april 2016 uteslutit UNIFEQ:s anbud på grund av att bolagets datasheet inte innehållit verifikation av materialsammansättning. I upphandlingen lämnade UNIFEQ in en ”compliance matrix” och ”statements” vilka inte ansågs uppfylla kravet avseende verifikation i ett datasheet. I nuvarande upphandling har, trots att kravet är det närmaste identiskt som i tidigare upphandling, FMV emellertid godtagit ett anbud vars datasheet saknar och/eller inte verifierar mycket viktiga parametrar i den tekniska specifikationen. FMV har vid utvärderingen av Oskar Pedersens anbud bortsett från ett obligatoriskt krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget anger specifikt att uppfyllelse av den tekniska specifikationen avseende anbudsprov ska verifieras i ett datasheet.

UNIFEQ har lämnat ett korrekt anbud som uppfyller samtliga krav. Oskar Pedersens anbud borde ha förkastats och UNIFEQ rätteligen tilldelats kontraktet, och har därför lidit skada. UNIFEQ riskerar också att lida skada på grund av att FMV inte beaktat bestämmelserna om meddelande om tilldelningsbeslut eller avtalsspärr.

FMV medger UNIFEQ:s talan i den del som avser meddelande om tilldelningsbeslut och avtalsspärr. Avtalsspärren började därmed löpa den 7 juli 2016. I övrigt bestrider FMV UNIFEQ:s yrkanden och yrkar att bolagets ansökan om överprövning ska avslås. FMV framför bl.a. följande. Det är den upphandlande myndigheten som har bäst förutsättningar att bedöma och värdera anbuden i en upphandling. Den upphandlande myndigheten måste ges visst utrymme vid bedömningen och värderingen av anbud under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för

förfrågningsunderlaget. Endast om det framgår att den upphandlande myndigheten tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget kan det bli aktuellt att ingripa mot upphandlingen.

UNIFEQ menar att Oskar Pedersen inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen eftersom deras s.k. datasheet inte verifierar samtliga parametrar i specifikationen. Av kravet i förfrågningsunderlaget kan utläsas att leverantören ska bifoga ett anbudsprov i form av den aktuella väskan och att väskan ska vara i enlighet med den tekniska specifikationen samt att dessa data ska verifieras i ett "technical data sheet". Av kravet kan inte utläsas att verifieringen ska ske på sådan detaljnivå som UNIFEQ gör gällande. Oskar Pedersens ingivna datasheet verifierar på ett godtagbart sätt att det aktuella provet är utformat i enlighet med den tekniska specifikationen. Vidare har Oskar Pedersen i ingiven "compliance matrix" bekräftat att den tekniska specifikationen i de av UNIFEQ ifrågasatta delarna är uppfyllda. Till detta kommer att Oskar Pedersen i ingivna "statement" bekräftat att samtliga krav i förfrågningsunderlaget, den tekniska specifikationen och "statement of work" kommer att uppfyllas. Det är således visat att Oskar Pedersen uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlagets avsnitt 6.2 "tender sample".

Kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet och referenser ska uppfyllas genom att anbudsgivarna bifogar två referenser i enlighet med vad som stipuleras i förfrågningsunderlagets 10.5.1. Av kravet kan inte utläsas att referensdokumenten i sig ska bekräfta framgångsrika leveranser. Kravet är att referenterna ska kunna bekräfta framgångsrika leveranser. Vad referensdokumentet i sig ska innehålla framgår av den i kravet angivna uppräknings (date of delivery osv.) Av kravet framgår också att FMV ska ha möjlighet att kontakta referenterna för bekräftelse av att kravet är uppfyllt. UNIFEQ saknar således fog för sitt påstående att Oskar Pedersen

inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav på kapacitet i form av referenser. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de grundläggande principerna varför UNIFEQ inte lidit eller kan komma att lida skada.

Oskar Pedersen AS har getts tillfälle att yttra sig över UNIFEQ:s ansökan om överprövning. Oskar Pedersen AS har i yttrande hänvisat till FMV:s yttrande från den 19 augusti 2016.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän antalet föreskrivna dagar från utskickandet passerat.

Av 16 kap. 13 § LOU framgår bl.a. att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

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.

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer att göras och därmed skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. ska-krav. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt i målet att FMV ingått avtal med Oskar Pedersen under gällande avtalsspärr. UNIFEQ yrkar att detta avtal ska ogiltigförklaras. För att ogiltighet ska komma i fråga krävs att överträdelsen om avtalsspärr dessutom kombineras med en överträdelse av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. UNIFEQ har i detta hänseende framfört att Oskar Pedersens anbud borde ha uteslutits på den grunden att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget och att UNIFEQ lidit skada av att så inte har skett.

Högsta förvaltningsdomstolen har klargjort att det inte är förenligt med de allmänna principerna för offentlig upphandling att en upphandlande myndighet godtar en leverantörs anbud trots att anbudsgivaren inte lämnat en i förfrågningsunderlaget efterfrågad obligatorisk uppgift (Högsta förvaltningsdomstolens dom den 20 maj 2016 i mål nr 2691-15).

Av förfrågningsunderlaget till nu aktuell upphandling ("Dosimeter bag 71/61") ställs det ett antal ska-krav som rör inlämnande av ett varuprov. Av punkten 6.1 framgår att om anbudsgivarens varuprov inte uppfyller kraven ska anbudet förkastas. Av punkten 6.2 framgår att anbudsgivaren ska inkludera ett varuprov som är i överrensstämmelse med en viss teknisk specifikation. Att anbudsprovet uppfyller den tekniska specifikationen ska verifieras i ett s.k. "technical data sheet". Detta är formulerat som ett ska-krav och det kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget att det kan uppfyllas genom att motsvarande data framgår av något annat dokument eller på annat sätt i upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget ställs även ska-krav vad gäller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt referenser. Av punkten 10.5.1. framgår att anbudsgivaren ska ange två referenser som ska bekräfta framgångsrik leverans och funktion, att referensdokumenten ska specificeras med kontaktinformation, samt att FMV för verifieringssyften ska ha möjlighet att kommunicera med referenterna. Av detta ska-krav framgår att kontakten ska verifiera den begärda informationen som redan framgår av referensdokumenten. Detta ska-krav kan därför inte uppfyllas endast genom kontakt med referenterna.

Förvaltningsrätten konstaterar att det "technical data sheet" som Oskar Pedersen bifogat till sitt anbud inte visar att det anbudsprov som lämnats in uppfyller den tekniska specifikation som anges i förfrågningsunderlaget. Det saknar bl.a. uppgifter om ett antal tekniska krav och flera av de ställda tekniska kraven är inte uppfyllda eller verifierade. Förvaltningsrätten anser inte heller, i enlighet med vad som tidigare anförts om kravet på referensdokument i p.10.5.1, att Oskar Pedersens anbud gällande kravet på referenser är uppfyllt. Enligt förvaltningsrättens bedömning uppfyller alltså inte Oskar Pedersen samtliga obligatoriska ska-krav i upphandlingen och

anbudet borde därför ha förkastats. Genom att frångå ovan nämnda ska-krav vid utvärderingen för en anbudsgivare har FMV inte genomfört upphandlingen på ett förutsägbart och likvärdigt sätt och därmed överträtt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Överträdelsen har därtill medfört att UNIFEQ som enda andra anbudsgivare har lidit eller kan komma att lida skada. Det avtal som FMV slutit med Oskar Pedersen ska därmed förklaras ogiltigt

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Eva Norling
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Elin Liljenblad 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.