



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-05-16
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 2171-11
 Enhet 13

SÖKANDE

SFAB Scandinavian Facility Management AB, 556685-9186
 Barrstigen 2
 541 36 Skövde

Ombud

Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
 Jur.kand. Erik Olsson
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 465
 581 05 Linköping

MOTPART

Försvarsmakten
 Försvarsmaktens Logistik, Upphandlingsenheten
 107 86 Stockholm

Ombud

Anders Svensson
 Försvarsmakten Högkvarteret, juridiska staben
 107 85 Stockholm

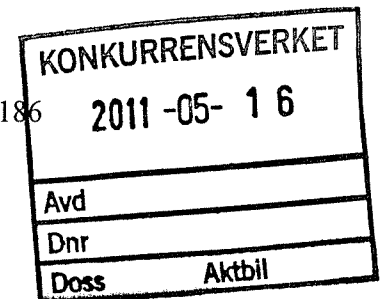
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår SFAB Scandinavian Facility Management AB:s ansökan samt yrkandet om editionsföreläggande.

Förvaltningsrätten avslår Försvarsmaktens yrkade att den förlängda avtalsspärren inte längre ska gälla.



Dok.Id 101996

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Försvarsmakten genomför en förenklad upphandling av Restaurant services and provisions in Afghanistan (case nr FM-1168-10).

Upphandlingen påbörjades under hösten 2010. Försvarsmakten angav genom tilldelningsbeslut den 21 januari 2011 att sex anbud hade kommit in inom anbudstidens utgång. Två anbud gick vidare efter kvalificeringsfasen och fyra anbud diskvalificerades. Försvarsmakten beslutade att anta anbudet från Supreme Foodservices GmbH (Supreme).

YRKANDEN M.M.

SFAB Scandinavian Facility Management AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse har gjorts. Rättelsen ska bestå i en ny utvärdering där bolagets anbud beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Bolaget yrkar även att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats samt att förvaltningsrätten ska utfärda ett editionsföreläggande mot Försvarsmakten vad avser vinnande anbudsgivarens Supremes anbud.

Till stöd för sin talan anför bolaget att Försvarsmakten brutit mot transparens - och likabehandlingsprinciperna genom att felaktigt och utan stöd i förfrågningsunderlaget ha förkastat bolagets anbud. Bolaget uppfyller samtliga ställda skall-krav. Bolaget har lidit skada genom att inte ha fått delta i utvärderingen. Försvarsmaktens överträdelse utgör således ett fel i utvärderingen och rör inte upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Av tilldelningsbeslutet framgår att Försvarsmakten anser att bolaget misslyckats med utformandet av sitt anbud i följande hänseende:

"Description of the screening process – the description of the screening process does not show that the tenderer has the capacity to perform the assignment. The description does not show that the tenderer has the capacity to obtain all information needed for a satisfactory screening process for this contract"

Av förfrågningsunderlaget och ordalydelsen följer att det ska finnas en beskrivning av en "screening process". Vad denna beskrivning ska innehålla för att uppfylla skall-kravet framgår inte. Bolaget anser inte att Försvarsmakten kan utvärdera innehållet i denna beskrivning eftersom beskrivningen av deras "screening process" inte utgör ett utvärderingskriterium utan ett skall-krav. Skall-krav är till sin natur, till skillnad från utvärderingskriterier, sådana krav som antingen uppfylls eller inte. Skall-krav kan inte endast uppfyllas till en del. Bolaget har lämnat en beskrivning av sin "screening process" samt efter förfrågan från Försvarsmakten även förtydligat sitt anbud just i detta avseende. Termen "screening process" verkar endast vara vedertagen för Försvarsmakten och möjligtvis för den vinnande anbudsgivaren. Någon begäran om ytterligare förtydligande har inte kommit.

Bolaget har accepterat handlingen "Framework agreement" i sin helhet vilket innebär att bolaget utfäst sig att senast 14 dagar före anställning av personal leverera en ifylld s.k. VF 1-blankett med all den information som Försvarsmakten efterfrågar. Därmed inte sagt att bolaget har för avsikt att anställa någon ny personal för genomförande av uppdraget, vilket innebär att kravet i fråga inte aktualiseras. För det fall bolaget tecknar kontrakt med Försvarsmakten och står inför en nyanställning kommer Försvarsmakten att få den relevanta blanketten inom den angivna tidsramen. Om Försvarsmakten önskar att de använder sig av VF 1-blanketten för redan anställd personal så kan bolaget givetvis också göra det. De kontroller som annars görs vid s.k. SUA-upphandlingar¹ är mer långtgående än de som

¹ säkerhetsprövning vid upphandlingar med säkerhetsskyddsavtal enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627)

görs i samband med ifyllnad av VF 1-blanketten. Bolaget behöver därmed inte använda sig av VF 1-blanketten.

Bolaget anser sig bundet av sitt anbudspris i alla delar så som offererat och är förvånat över Försvarmaktens påstående att deras anbudspris skulle vara onormalt lågt.

Försvarmakten anför i yttrande daterat den 24 februari 2011 att bolaget inte heller uppfyllt skall-kravet avseende referensuppdrag. Bolaget bestrider detta och finner det anmärkningsvärt att Försvarmakten nu, under pågående överprövningsprocess, inkommer med en ny grund för förkastande. Samtliga grunder för förkastande ska kunna utläsas av tilldelningsbeslutet. Skall-kravet avseende referensuppdrag har inte föranlett att bolagets anbud förkastats och ska således inte heller prövas i denna process.

Vad bolaget försöker styrka med sitt yrkade om editionsföreläggande är att andra bolag fått sina anbud utvärderade trots att dessa bolags beskrivningar inte heller svarar mot förfrågningsunderlagets krav på "screening process" i större utsträckning än bolagets anbud. Genom att få ta del av Supremes och även Sodexos anbud, i den del som avser "screening process", kan bolaget utröna om dessa anbud innehåller en sådan referens till VF 1-blanketten som Försvarmakten nu anger är helt avgörande.

För det fall förvaltningsrätten finner att Försvarmakten har haft grund för att förkasta bolagets anbud så anför bolaget att de skall-krav som åberopats som skäl för att förkasta bolagets anbud varit så vagt formulerade att de öppnat upp för ett skönsmässigt förkastande av vissa anbud medan andra accepterats. Genom att förkasta bolagets anbud utan stöd för det i förfrågningsunderlaget så finns det skäl att förordna i enlighet med andrahandsyrkandet, dvs. att upphandlingen ska göras om.

Bolaget bestrider att den förlängda avtalsspärren inte ska gälla.

Försvarsmakten bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. För det fall att rätten finner att ett ingripande ska ske enligt LOU så yrkar Försvarsmakten att upphandlingen ska göras om eftersom de av bolaget åberopade omständigheterna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökanden skede. Försvarsmakten har inte brustit mot likabehandlings- eller transparensprincipen eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Bolagets anbud har rätteligen förkastats eftersom det inte uppfyllt alla skall-krav. Försvarsmakten har i förfrågningsunderlaget lämnat utförlig information om uppdraget i Afghanistan och dess särskilda förutsättningar. Försvarsmakten har klargjort att uppdraget begränsas av de regler som gäller för ISAF² och därmed även den svenska kontingenten i Afghanistan. Försvarsmakten har också i förfrågningsunderlaget, utöver kravet på en ”risk and security analysis plan” ställt upp följande krav:

The contractor shall, before employment of personnel, deliver the completed form VF1 (digitally), provide by the Swedish Armed Forces, with pre-screening information as evidence that the employee has "no criminal" record.

Bolaget lämnade endast en uppgift med innebörd att all personal kommer att säkerhetskontrolleras enligt Försvarsmaktens instruktioner. Efter att Försvarsmakten bett bolaget att förtydliga sitt anbud avseende *a description of the tendering company's screening process* har bolaget lämnat en beskrivning av svenska s.k. SUA upphandlingar. Som skäl för att förkasta bolagets anbud har Försvarsmakten anført att bolaget inte uppfyllt skall-kravet då det inte visat att det har kapacitet att ta fram all nödvändig information som behövs för en tillfredsställande ”screening process”, att anbudsgivaren beskriver s.k. SUA- upphandlingar med säkerhetsskyddsavtal som används vid upphandlingskontrakt i Sverige men som saknar relevans för de nu aktuella uppdraget samt att det dessutom av

² International Security Assistance Force (ISAF)

beskrivningen framgår att anbudsgivaren är beroende av ISAF/Försvarmakten för att kunna genomföra en screening. Bolaget har inte lämnat någon beskrivning av sin "screening process". Istället har bolaget lämnat en beskrivning rörande sin säkerhetsprövning vid upphandlingar med säkerhetsskyddsavtal enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627) (SUA-upphandlingar). Det har Försvarmakten dock inte efterfrågat i det uppställda skall-kravet. Någon skyldighet för Försvarmakten att bereda bolaget möjlighet att ytterligare en gång förtydliga sitt anbud finns inte. I säkerhetslagen regleras säkerhetsskydd hos bl.a. staten om verksamheten är av betydelse för rikets säkerhet. Säkerhetsskyddslagen är inte relevant i det här fallet, Sveriges åtaganden i Afghanistan är inte hänförliga till rikets säkerhet. Sveriges åtaganden i Afghanistan är underkastade ISAF:s regler rörande bl.a. säkerhetsfrågor. Termen "screening process" är vedertagen i internationella sammanhang. Det framgår vidare av avtalsutkastet att leverantören, innan han anställer personal, av Försvarmakten erhåller blanketten VF 1 som han därefter ska återlämna ifylld och som ska innehålla *pre –screening information as evidence that the employee has "no criminal record"*. Detta är också vedertaget i internationella sammanhang. Försvarmakten tillbakavisar bolagets påstående om att en "screening process" ska tas fram i samverkan mellan parterna. Bolaget har överhuvudtaget inte lämnat någon beskrivning av hur bolaget avser att hantera sin "screening process". Vad bolaget uppgett i sitt anbud ger snarare vid handen att det inte ens äger kännedom om detta vid internationella insatser vedertagna förfarande. Enligt Försvarmaktens mening har det nu aktuella kravet utformats på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt aktsamma leverantörer har kunnat uppfatta kravet att beskriva en "screening process" på samma sätt. Bolaget är den enda anbudsgivaren i denna upphandling som lämnat en beskrivning av svenska SUA-upphandlingar. Under alla förhållanden är det uppenbart att kravet inte har avsett att en beskrivning av svenska SUA-upphandlingar skulle inges. Bolaget hade möjlighet, som alla andra, att

ställa frågor under upphandlingens anbudsfas men har inte utnyttjat sin möjlighet att ställa frågor rörande screeningen.

Bolaget synes mena att kravet på att fylla i blanketten VF 1 inte gäller bolaget då det endast har för avsikt använda sig av sin i Sverige anställda personal. Denna invändning är inte relevant då den skulle strida mot de EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens. I sitt anbud har bolaget angett att det kommer att ha anställda med andra nationaliteter än svenskar och andra nordbor varför påståendet om vilka anställda som kan komma ifråga för uppdraget blir motsägelsefullt. Skälen för att ifrågasätta uppgifterna om personalens sammansättning förstärks mot bakgrunden av vad som är känt om de ekonomiska villkor under vilka leverantörer verkar i Afghanistan.

Oavsett vilken personal som bolaget avser att använda sig av i Afghanistan så gäller kravet på screening samtliga anställda, även svenskar.

Försvarsmakten påminner om att kravet på screening följer av Sveriges åtaganden gentemot ISAF. Av ISAF:s regelverk följer att det beträffande alla, oavsett nationalitet, ska fyllas i en VF 1-blankett. Dessa uppgifter ska ligga till grund för screening enligt ISAF:s regler. Försvarsmakten har undersökt hur screeningen tillämpas i praktiken i Afghanistan. Det har därvid framkommit att det inte finns några kända fall där avsteg gjorts för nordisk personal. Hur det än förhåller sig med frågan om vilken personal som bolaget tänker sig ha i Afghanistan gäller således kravet på screening.

Försvarsmakten ifrågasätter inte att kontrollerna i svenska SUA-upphandlingar lämpar sig väl för personal i Sverige. Det nu aktuella uppdraget ska dock inte äga rum i Sverige utan i Afghanistan. Frågan huruvida någon leverantör endast kommer att ha svenskar eller andra nordbor som anställda saknar betydelse. Av bolagets anbud framgår att de kommer att ha anställda med andra nationaliteter än nordbor:

"The organization described below is the total number of staff which includes other nationalities".

Sodexo har inte missuppfattat kravet på screening utan har istället lämnat relevanta uppgifter rörande bl.a. bolagets kapacitet att kunna utföra de åtagande som framgår av det till förfrågningsunderlaget bifogade avtalsutkastet.

Försvarsmakten har på nytt gått igenom anbudet från bolaget och även funnit att det inte uppfyllt skall-kravet avseende referensuppdrag. FM gör således gällande att bolaget, även på denna grund, möter hinder mot att utvärdera bolagets anbud. Av bolagets anbud framgår att de endast kan åberopa referensuppdrag från Sverige. Det är uppenbart att dessa referenser inte avser uppdrag som är likartade med det uppdrag avseende restaurangtjänster i det av inbördeskrig präglade Afghanistan. Referenserna från de olika svenska orterna kan omöjligen anses uppfylla kravet på "similar or corresponding services" detta i synnerhet som det understryks att referenserna ska avse uppdrag under "trying conditions". Bolaget var den enda anbudsgivaren som endast kunde redovisa referensuppdrag från Sverige.

Försvarsmakten tillbakavisar att Supreme skulle ha gynnats i upphandlingen. Vad bolaget anfört i dessa delar är endast spekulationer. Försvarsmakten vill dock anmärka att nuvarande leverantörer i Afghanistan, bl.a. Supreme, har upphandlats i konkurrens enligt LOU:s annonserade förfarande.

Vad gäller yrkandet om editionsförläggande konstaterar Försvarsmakten att bolaget redan förfogar över de handlingar som föreläggandet omfattar, utom såvitt avser de uppgifter som bedömts vara föremål för sekretess enligt 31 kap. 16 § OSL. Bolaget begärde ut anbudet från Supreme redan i

januari 2011. Försvarsmakten beslutade den 27 januari 2011 att lämna ut anbudet, inklusive förtydliganden, utom såvitt avser sekretessbelagda uppgifter som maskades. Beslutet har inte överklagats av bolaget. Bolaget begärde därefter i mars, via sitt ombud, på nytt ut anbudet samt dessutom all skriftlig kommunikation som förekommit mellan Försvarsmakten och Supreme efter inlämnandet av anbudet. Genom beslut den 14 mars 2011 förordnade Försvarsmakten på nytt att anbudet inklusive förtydliganden samt korrespondens som Supreme gett in skulle lämnas ut utom såvitt avser uppgifters om bedömts omfattas av sekretess. Handlingarna lämnades ut i sin helhet med de sekretessbelagda uppgifterna maskade. Likaså lämnades all korrespondens från Försvarsmakten till Supreme ut. Beslutet har inte överklagats. De delar av anbudet och annan korrespondens som inte lämnats ut med stöd av sekretessreglerna är begränsade till de uppgifter som Supreme begärt ska vara föremål för sekretess. Försvarsmakten har bedömt att dessa specificerade uppgifter kan leda till att Supreme lider skada om de lämnas ut till en konkurrerande leverantör. Någon synnerlig anledning att lämna ut dessa uppgifter finns inte.

Enligt Försvarsmaktens mening är bolagets ansökan om överprövning uppenbart ogrundad och Försvarsmakten lider skada till följd av den förlängda avtalsspärren som därmed bör upphävas.

UTREDNINGEN I MÅLET

Av förfrågningsunderlaget (Enquiry basis) framgår bl.a. följande skalkrav:

I punkten 2.6 sid. 8 står det att;

See Annexe 3. In the tender, the tenderer shall confirm the acceptance of the Draft Agreement conditions in their entirety. Any deviation in the tender from the Draft Agreement conditions may result in the tender being rejected. An agreement will be concluded when signed by both parties.

Av punkten 3.2 i förfrågningsunderlaget framgår det bl.a. att;

The following information about the tenderer shall be submitted with the tender, in accordance with Annex 2, Answering form.

Av punkten 3.2 v) framgår vidare följande skall-krav;

"At least 2 current (not older than 4 years) references showing that the tenderer has conducted, or is conducting, similar or corresponding services, especially experience from kitchen services and delivering provisions in trying conditions to good quality, and demonstrating the ability to co-operate."

Under punkten 3.2 b) sid.11 under rubriken Security finns följande skall-krav;

"The tendering company shall include a risk and security analysis plan. A detailed description of how tendering company applies it's security policy, including (but not limited to), a description of "screening process", internal control functions, how the tendering company handles urgent security issues, key storage and monitoring the personnel during the time of the agreement."

Under punkten 11.13 sid 13 i Framework Agreement står det att;

"The contractor shall, before employment of personnel, deliver the completed form VF1 (digitally), provide by the Swedish Armed Forces, with pre-screening information as evidence that the employee has "no criminal" record. The VF 1 shall be handed over to the Swedish Armed Forces Security Officer fourteen (14) days before employment."

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsägbart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Principerna om transparens och förutsebarhet innebär dels att den upphandlande enheten ska tillförsäkra en öppenhet genom att lämna tillräcklig och godtagbar information om upphandlingen och hur den kommer att genomföras, dels att samma information ska lämnas till samtliga anbudsgivare och presumtiva anbudsgivare, och dels att förfrågningsunderlaget ska vara tillräckligt klart och tydligt och innehålla samtliga krav och kriterier så att anbudsgivarna förstår vad som efterfrågas samt hur deras anbud kommer att behandlas.

Innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. LOU ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. LOU.

Prövningen i förvaltningsrätten är 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. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

I förevarande mål har förvaltningsrätten att pröva huruvida bolaget uppfyllt dels skall-kravet gällande referenser i punkten 3.2 v) i förfrågningsunderlaget och dels om bolaget uppfyllt skall-kravet gällande "security" under punkten 3.2 2.

Förvaltningsrättens bedömning

Referensuppdrag

Av tilldelningsbeslutet framgår det att bolaget inte uppfyllt skall-kravet avseende "screening process". Bolaget har begärt överprövning och anfört att de har uppfyllt nämnda skall-krav. Försvarsmakten har sedan under

överprövningsprocessen, efter en ny genomgång av bolagets anbud, funnit att bolaget inte heller uppfyller skall-kravet avseende referenser.

Allmänt gäller att förvaltningsrättens prövning är begränsad till de omständigheter och grunder som den part som påkallat överprövning av upphandlingen har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69 och Kammarrättens i Stockholm dom den 5 augusti 2010, mål nr 3481-10). Förvaltningsrätten kan inte heller pröva en upphandlande myndighets invändningar i en överprövningsprocess om att leverantören som begärt överprövning inte uppfyller alla skall-krav, när den upphandlande myndigheten tidigare ansett att leverantören uppfyller alla skall-krav (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 19 november 2010, mål nr 5929-10, och däri åberopade avgöranden från Kammarrätten i Göteborg). Det faktum att skälen för beslutet enligt 9 kap. 9 § LOU ska anges måste emellertid enligt förvaltningsrätten innebära att samtliga skäl som kan vara av intresse ska redovisas. Detta krävs för att en leverantör ska kunna bedöma om upphandlingen har gått rätt till eller om det finns anledning att ansöka om överprövning (jfr Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s. 273 f.). Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att domstolens prövning i ett fall som det förevarande i regel måste vara begränsad till de grunder för förkastande av ett anbud som anges i den upphandlande myndighetens underrättelse om tilldelningsbeslut. Förhållandet att leverantören som påkallat överprövning bemöter de nya grunderna som upphandlande myndighet framför i överprövningsprocessen föranleder ingen annan bedömning. Forsvarsmakten har i sin underrättelse endast angett att bolagets anbud förkastas då det inte uppfyller kravet gällande en beskrivning av sin ”screening process”. Förvaltningsrätten prövar därför bolagets invändningar mot upphandlingen enbart till den del de gäller dessa krav och sålunda inte huruvida kravet på referenser uppfyllts.

Security och "screening process"

Frågan som förvaltningsrätten därefter har att pröva är huruvida bolaget uppfyllt skall-kravet gällande "security" och om bolaget har lämnat in en sådan beskrivning av sin "screening process" som åsyftas i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har anfört att Försvarmakten har utvärderat anbudet på ett felaktigt sätt och att det inte framkommit av förfrågningsunderlaget hur bedömningen skulle komma att göras. Enligt bolagets mening fanns det inget krav från Försvarmakten på *hur* beskrivningen av en "screening process" skulle vara utformad. Bolaget anser att man har lämnat in en beskrivning som är tillfyllest. Bolaget anser att Försvarmakten inte kan utvärdera innehållet i denna beskrivning eftersom beskrivningen av dess "screening process" inte utgör ett utvärderingskriterium utan ett skall-krav.

Försvarmakten anser i sin tur att bolaget inte har lämnat en beskrivning av sin "screening process" som visar att det har kapacitet att uppfylla uppdraget.

Syftet med att ställa krav på leverantörerna, s.k. kvalificeringskrav, är att göra en bedömning av leverantörernas förmåga att leverera de varor respektive utföra de tjänster eller byggentreprenadarbeten som upphandlingen avser. Syftet med leverantörskvalificeringen är med andra ord inte att hitta den leverantör som har den bästa förmågan utan att identifiera de leverantörer som har tillräcklig erfarenhet, ekonomisk styrka etc. för att utföra uppdraget, dvs. tillräcklig förmåga för att kunna tillgodose den upphandlande myndighetens/enhetens behov. Det får inte heller förekomma någon relativ bedömning av leverantörerna, dvs. någon bedömning av i vilken utsträckning leverantörerna uppfyller kraven. Antingen bedöms en leverantör klara av att genomföra det aktuella kontraktet, eller också bedöms han inte klara av det. Vid

anbudsprövningen, som infaller efter leverantörskvalificeringen och före anbudsutvärderingen ska den upphandlande myndigheten/enheten kontrollera om anbudet uppfyller de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Bakgrunden till uppdelningen mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen är att en upphandlande myndighet/enhet, med hänsyn till proportionalitetsprincipen, inte får ställa mer långtgående krav på anbudsgivarnas ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet än vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Kvalificeringskraven ska därför utgöra den miniminivå som anbudsgivarna måste uppfylla för att kunna fullgöra kontraktet och någon jämförelse mellan anbudsgivarna är, med avseende på kvalificeringskraven, därför varken nödvändig eller tillåten. De anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven går vidare till anbudsutvärderingen, medan övriga anbudsgivares anbud förkastas. (se Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, Kristian Pedersen, 2 uppl., 2011, s. 111, 117 och 122).

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållandena som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Bolaget synes mena att enbart det faktum att man inkommit med en beskrivning av en "screening process" innebär att det uppfyllt skall-kravet och att dess anbud därmed inte skulle ha förkastats utan gått vidare. Ett dylikt synsätt skulle innebära att vilket anbud som helst skulle ha kunnat gå vidare så länge det skrivits någonting om hur en "screening process" ska gå till, hur undermålig beskrivningen än må ha varit.

Bolaget har under tiden för överprövningen stått fast vid att de kontroller som görs vid s.k. SUA-upphandlingar är mer långtgående än den "screening process" som efterfrågas och att de därför inte heller behöver lämna in VF 1-blanketten. Det är dock Försvarmakten som ställer upp skall-kraven i upphandlingen och dessa ska efterföljas av anbudsgivarna. Det står inte anbudsgivarna fritt att välja vilka skall-krav de ska efterfölja.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget är så klart och tydligt utformat att en anbudsgivare på grundval av detta har kunnat avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening bör alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ha tolkat kriterierna på samma sätt, även om de inte exakt har kunnat avgöra hur de ska utforma sina anbud. Det har också stått klart och tydligt att det är ISAF:s regelverk som gäller varför man får förutsätta att anbudsgivarna har satt sig in i vad det innebär gällande t.ex. "screening process". Det har inte heller framkommit att bolaget utnyttjat sin rätt att ställa frågor till Försvarmakten om eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget.

Det omdiskuterade skall-kravet är att hänföra till kvalificeringsfasen och Försvarmakten har haft att bedöma huruvida de olika leverantörerna kan genomföra kontraktet eller inte. Förvaltningsrätten finner att Försvarmakten haft fog för sin bedömning att bolaget inte har kapacitet att genomföra uppdraget i förhållande till det uppställda skall-kravet.

Sammanfattningsvis ger vad bolaget anfört inte stöd för att den aktuella upphandlingen skett i strid med de gemenskapsrättsliga principerna eller reglerna i LOU. Det saknas därför grund för ingripande enligt LOU varför ansökan ska avslås.

Editionsföreläggande

Bolaget har begärt att Förvaltningsrätten ska utfärda ett editionsföreläggande mot Försvarsmakten avseende vinnande anbudsgivarens, Supremes, anbud för att kunna utröna om Supreme har behandlats mer förmånligt än de andra anbudsgivarna. Försvarsmakten har anfört att bolaget redan fått ta del av de begärda handlingarna utom såvitt avser sådant som är föremål för sekretess.

I 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) anges bl.a. följande. Skriftlig handling, som åberopas till bevis, ska tillställas rätten utan dröjsmål. I fråga om sådant bevis gäller i övrigt 38 kap. 1-5 och 7-9 §§ rättegångsbalken i tillämpliga delar.

I 38 kap. 8 § rättegångsbalken (1942:740) anges bl.a. följande. Om allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten förordna att handlingen ska tillhandahållas. Enligt andra stycket tredje punkten samma paragraf gäller det dock inte en handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, om inte synnerlig anledning förekommer.

Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta Försvarsmaktens uppgifter om att de handlingar som efterfrågas innehåller sådana uppgifter som kan leda till att anbudsgivares yrkeshemligheter skulle kunna uppenbaras. Vidare konstaterar domstolen att i målet aktuell fråga, om skall-kravet avseende "screening process" är uppfyllt, dessutom är hänförlig till kvalificeringsfasen. Försvarsmakten har på det stadiet inte gjort en jämförelse av de olika anbuden utan endast bedömt huruvida respektive anbudsgivare haft kapacitet att utföra uppdraget i förhållande till skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Vidare finner förvaltningsrätten inte att det föreligger synnerlig anledning att förelägga Försvarsmakten att i målet förete Supremes anbud i vidare mån än vad som redan skett. Förvaltningsrätten finner inte att de begärda handlingarna kan antas äga betydelse som bevis i överprövningsmålet. Bolagets yrkande om att förvaltningsrätten ska förordna Försvarsmakten att tillhandahålla allmänna handlingar ska således avslås.

Förlängd avtalsspärr

16 kap. 9 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Av prop. 2009/10:180 s. 355 framgår bl.a. att det finns ett utrymme för domstolen att i ett enskilt mål upphäva en förlängd avtalsspärr. Ett beslut om upphävande av en förlängd avtalsspärr innebär att avtal om upphandling omedelbart får ingås. Upphävande av den förlängda avtalsspärren riskerar alltså att leda till att en ansökan om överprövning av beslut om upphandling inte kommer att tas upp till prövning i sak. Ett upphävande bör endast komma i fråga i rena undantagsfall.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av förarbetena att det inte finns skäl att besluta att den förlängda avtalsspärren inte ska gälla.

Försvarsmaktens yrkandet därom ska därmed avslås.

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

Magnus Schultzberg
Rådman

Föredragande i målet har varit Jeanette Bladh.



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. 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 nå 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 3109/1A LOU