



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM
2020-01-10
Meddelad i Stockholm

Sida 1 (19)

Mål nr
22504-19

SÖKANDE

Sigma Technology Group SIAB, 556869-6016

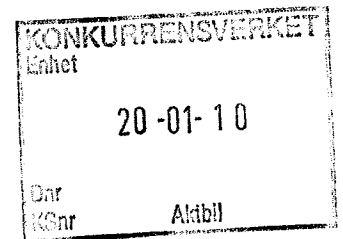
Ombud: Magnus Calais
Larsbergsvägen 39
181 38 Lidingö

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1168983

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd32.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk genomför ramavtalsupphandling Konsulttjänster ILS (Integrerat logistikstöd) med flera leverantörer där samtliga ramavtalsvillkor inte fastställs, beteckning 455468-AI949296. Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, förkortad LUFSS. FMV kommer att anta de anbud som uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget samt är de mest fördelaktiga med hänsyn till utvärderingskriterierna och avser att teckna ramavtal med 4 till 10 leverantörer. Innan enskilt kontrakt tilldelas under ramavtalet kommer de leverantörerna i ramavtalet få inbjudan att lämna anbud.

Sigma Technology Group SIAB (Sigma) kvalificerade sig inte till anbudsutvärdering eftersom bolaget inte bedömdes uppfylla två obligatoriska kvalificeringskrav.

FMV meddelade i tilldelningsbeslut den 10 september 2019 (tb1) att ramavtal kommer att ingås med tio leverantörer, men inte med Sigma. Sigma ansökte om överprövning. FMV återkallade det överprövade tilldelningsbeslutet den 27 september 2019 för att rätta felaktigheter som framkommit och meddelade ett nytt tilldelningsbeslut den 8 oktober 2019 (tb2). Eftersom avtalsspärren angavs till fel datum rättade FMV detta i nytt tilldelningsbeslut den 10 oktober 2019 (tb 3) Av utvärderingsprotokollet till tilldelningsbeslutet den 8 oktober framgår att FMV vidhåller att Sigma inte anses uppfylla kvalificeringskrav 2.4 och 2.9.

Sigma ansöker om överprövning av tilldelningsbeslut 3 och yrkar i första hand rättelse på så sätt att Sigmas anbud ska anses uppfylla kraven och gå vidare till utvärdering, att FMV inte ska tilldela leverantörer kontrakt som

inte uppfyller kravet på avslutade projekt och att FMV ska göra ny utvärdering av giltiga anbud. I andra hand yrkar Sigma att rätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Felen i upphandlingen har lett till att Sigma drabbas eller riskerar att drabbas av skada.

FMV bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Sigma

Grunden för att upphandlingen ska göras om är att upphandlingsförfarandet med krav och kriterier, sammanfattningsvis FMV:s regler, inte är transparent och går inte att tillämpa objektivt, förutsägbart eller lika för anbudsgivarna.

Grunderna för yrkandet om rättelse är att FMV, i strid med grundläggande principer för upphandling och LUFSS, inte tillämpat likabehandlingsprincipen och tillämpat olika regler för anbudsgivarna. Reglerna är inte transparenta och FMV har använt ett i upphandlingssammanhang för stort mått av skön.

FMV har underlåtit att pröva Sigmas anbud inför tilldelningsbeslut 2 och 3

Underlåtelserna är ett väsentligt fel i upphandling som strider mot de grundläggande principerna för upphandling och LUFSS. Normalt medför ett återkallat tilldelningsbeslut att förnyad prövning även omfattar kvalificering.

Sigma uppfyller krav på ekonomisk kapacitet och krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt LUFSS och ska gå vidare till utvärdering. Vid anbudsutvärdering får Sigma mervärde som är -700 kr eller bättre. Eftersom

FMV felaktigt kvalificerat företag som fått mervärde - 800 respektive -750 kr ska Sigma tilldelas kontrakt. I vart fall ska Sigma få delta i lottning mellan de företag som fått mervärde - 700 kr.

Förhandlat förfarande har inte förekommit

FMV har inte genomfört förhandling, trots att upphandlingsförfarandet är ett förhandlat förfarande, och beslut att inte genomföra förhandling saknas. Förhandling ska med stöd av 4 kap. 2 S LUFS genomföras. Ordalydelsen i LUFS omfattar både kvalificeringskrav och utvärderingsmoment. Sigma lider, eller riskerar att lida, skada eftersom förhandling inte har skett. Under förhandling hade Sigma anpassat sitt anbud med avseende på krav 2.4 och krav 2.9. I första hand ska rättelse ske så att förhandling genomförs. I andra hand ska upphandlingen göras om, bl.a. med hänsyn till att FMV inte förhandlat och i målet vidhåller att förhandlingen inte ska ske, allt uppenbart i strid mot LUFS och upphandlingsdokumenten.

Upphandlingens krav 2.4: Krav på leverantörers ekonomiska kapacitet enligt LUFS

Kravet uppfyller inte de rättsliga förutsättningarna i 12 kap. 2 § LUFS. Kravet får därför inte tillämpas. Sigma uppfyller i alla händelser kravet. I första hand ska rättelse ske genom att kravet inte ska tillämpas och i andra hand genom att Sigmas åberopade kapaciteter hos tre andra bolag ska prövas och bedömas på det sätt som Sigma anför.

FMV har utfärdat och tillämpat finansiella nyckeltal som gäller för finansiella företag och som saknar samband med kontraktsföremålet, som uteslutande är tjänster. FMV har inte definierat eller avgränsat innebörden av begreppet kassalikviditet och ett närmast slentrianmässigt krav om kassalikvi-

ditet 100 procent, med den innebörd som gäller för finansiella institut, saknar uppenbart samband med kontraktsföremålet. Kravet är inte relevant och kan därför aldrig vara proportionellt.

Sigma åberopade tre andra koncernföretags kapacitet i förening med sin egen, styrkt med åtaganden/förbindelser samt kreditvärderingsintyg. Sigma styrkte kravet om soliditet med egen kapacitet och uppfyllde i förening med de åberopade företagens kapacitet kravet om kassalikviditet. Sigmas anbud har inte prövats i förening med reglerna om åberopande av annans kapacitet, d.v.s. Sigma har inte tillgodoräknats kassalikviditet som de tre åberopade företagen har och det utgör grund för rättelse så att en sådan prövning sker. Det är ostridigt att Sigmas kassalikviditet år 2017 är 80,5 procent och det framgår av ingivna utdrag att överskottet kassalikviditet hos de tre åberopade företagen för samma år uppgår till 27,7 procent och för anbudsgivaren Sigma därför 108,2 (80,5 + 27,7) procent samtidigt som de tre åberopade företagen har kassalikviditet 100 procent. Beräkningssättet varken motsägs eller begränsas av förfrågningsunderlaget. Det är inte tillåtet att i efterhand intolka begränsning som inte står i förfrågningsunderlaget. Sigmas beräkning är transparent, objektiv och rimlig, eftersom den innebär att vart och ett av de fyra företagen har tillräcklig kassalikviditet. Det är styrkt att Sigma betalat sina kortfristiga skulder, skatter, sociala avgifter, mervärdeskatt, mm, och att Sigma inte har några betalningsanmärkningar. Detta styrker att kravet är uppfyllt.

Kravet i förening med upphandlingens krav 4.1 – Nyttjande av annans kapacitet – går uppenbart inte att förena, fyller inte något gemensamt syfte, är inte transparent och inte heller proportionellt. Krav 2.4 kräver bevis i form av nyckeltal i förfluten tid och beviskravet i 4.1 avser nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Kravet är därför inte tillåtet enligt LUFSS och detta utgör grund för att inte tillämpa det.

Beviskraven i upphandlingens krav 2.9 och 2.10 saknar rättsligt stöd

Kraven ska inte tillämpas. Ordalydelsen i 12 kap. 11 S LUFSS medger inte att andra bevismedel än de där uppräknade får användas. En korrekt lagtolkning, med hänsyn till EU-rätten, är att andra bevismedel inte är tillåtna än vad ordalydelsen ger stöd för. Anteckningen om utsagan av person X är därför utan betydelse för frågan om Sigma uppfyller krav i 2.9. Det går att bortse från beviskraven och godkänna alla anbudsgivare som kvalificerade i denna del, och pröva andra kvalificeringskrav och utvärdera anbuden. Det är ett faktum att FMV har tillämpat ett liknande förfarande i upphandlingen mellan tilldelningsbeslut 1 och tilldelningsbeslut 2, och Sigma bestrider därför att rättelse skulle vara omöjlig att verkställa och går inte det ska upphandlingen göras om.

Upphandlingens krav 2.9: Leverantören ska förfoga över nödvändiga resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att ramavtalet ska kunna fullgöras

I 12 kap. 11 § LUFSS regleras hur och vilka bevis som får krävas. Uppräkningen är uttömmande. FMV har diskvalificerat Sigma på grund av en utsaga av en okänd person X som FMV uppger är anställd hos FMV och vars utsaga inhämtats utan stöd i upphandlingsdokumenten. Inhämtandet och utsagan i sig, liksom den följande diskvalificeringen, är uppenbart fel, strider mot FMV:s regel, mot LUFSS och mot grundläggande principer för upphandling. Ingen annan anbudsgivare har behandlats på ett så rättsstridigt sätt. Referenspersonen har uppgett att "huvuduppgifter har utförts enligt de krav som ställs enligt 2.9. Samtliga krav är uppfyllda." Det är därmed klart att Sigma uppfyller kravet. FMV beslutade att dubbelkolla, vilket strider mot FMV:s regler. Dubbelkoll finns inte med som förfarande i FMV:s förfrågningsunderlag och har bara genomförts för Sigma. Därmed har FMV brutit

mot de EU-rättsliga principerna om transparens, objektivitet och likabehandling. En dubbelkoll med och ett utlåtande av en anställd hos FMV som saknar kunskap om referensuppdraget som sådant är inte relevant och strider således mot proportionalitetsprincipen. Att fråga och lägga ett utlåtande av en okänd anställd hos FMV till grund för att diskvalificera Sigma utgör negativ sär- och olikbehandling av Sigma. FMV saknar stöd i förfrågningsunderlaget för att dubbelkolla uppgifter som referensperson lämnar.

"Underhållsberedning" har inte kravställts i förfrågningsunderlaget och FMV:s bedömning är uppenbart fel och ska rättas. Sigmas referenssvar uppfyller kraven, bl.a. med hänvisning till att det var underhållsanalyser som resulterat i underhållsplaner/underhållslösningar. I uppdraget ingick också kravställning av underhållsanalyser som granskats och godkänts. Det får anses klarlagt att den okände X inte känner till att kraven i 2.9 inte kräver underhållsberedning och inte heller kan ha kunskap om vad som ingick i referensuppdraget. Uttalandet av den okände X kan därför inte tillmätas vare sig tilltro eller betydelse i målet, och referenssvar 3 ska, utan att påverkas av uttalandet av X, läggas till grund för bedömningen. Sigmas referens 3 ska godkännas.

Referensuppdrag

Av FMV:s anteckningar vid referenstagning framgår att anbudsgivare har felaktigt kvalificerats eller fått för högt mervärde fast de åberopat uppdrag som inte är avslutade. Det är uppenbart att FMV i strid med kravet om avslutade uppdrag omtolkat sina egna krav och intolkat och godkänt pågående inte avslutade uppdrag. Prövningen av referensuppgifter har inte följt FMV:s regler, varit olikbehandlande och godtycklig och uppdragen ska därför inte tillgodoräknas dessa anbudsgivare. FMV:s anteckningar från referenstagning och utvärdering ges in tillsammans med Sigmas egna anteckningar gällande anbudsgivares kravuppfyllnad.

FMV

FMV har underlåtit att pröva Sigmas anbud inför tilldelningsbeslut 2 och 3

Enbart den omständigheten att ett tilldelningsbeslut återkallas och rättas innebär inte att den upphandlande myndigheten är skyldig att börja om från början och pröva vartenda anbud på nytt. Rättelsen av FMV:s misstag påverkade, utöver det aktuella bolaget, även två andra anbudsgivare och resulterade i att ett bolag kvalificerades medan det andra diskvalificerades.

FMV:s bedömning av övriga anbud kvarstår, varför några andra ändringar av det ursprungliga tilldelningsbeslutet inte har skett. FMV anser inte att Sigma har anfört eller visat att det finns grund för att göra en annan bedömning än den som gjordes i det ursprungliga tilldelningsbeslutet av Sigmas kravuppfyllelse för kraven 2.4 och 2.9. FMV:s förfarande vid rättelsen kan inte anses strida mot någon bestämmelse i LUFS eller någon grundläggande princip. FMV bestrider att Sigma skulle ha tilldelats ramavtal för det fall bolagets anbud gått vidare till utvärderingen och att en utvärdering skulle ha fallit ut såsom Sigma gör gällande. Eftersom Sigmas anbud inte har kvalificerats har inte heller någon utvärdering genomförts av bolagets anbud.

Förhandlat förfarande har inte förekommit

Förhandlat förfarande med föregående annonsering är ett huvudförfarande i LUFS, men det saknas bestämmelser som anger att det är obligatoriskt att förhandla. Det måste ses som en självklarhet att förhandling enbart sker i en upphandling när den upphandlande myndigheten anser att det finns skäl att förhandla. En förhandling kan inte tvingas fram. FMV har informerat i förfrågningsunderaleget om att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. Samtliga anbudsgivare, inklusive Sigma, har därför varit införstådda i att tilldelning kan komma att ske utan förhandling. FMV har där-

med varken brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUFS och Sigma kan inte heller anses lida skada av denna omständighet.

Krav 2.4 Krav på leverantörers ekonomiska kapacitet enligt LUFS

Av den individuella rapporten framgår vilken del av kravställningen i krav 2.4 som FMV anser att Sigma inte uppfyller och det framgår att varken Sigma eller något av de återopade bolagen uppfyller samtliga nyckeltal ett och samma år. Inför upphandlingen har FMV genomfört en marknadsanalys för att kunna sätta en nivå på de angivna nyckeltalen. I marknadsanalysen har FMV sett över nyckeltal hos leverantörer inom vissa branschkode, men även jämfört med hur det ser ut hos de tidigare ramavtalsleverantörerna. FMV kan komma att avropa tjänster för 120 miljoner från ramavtalet och ett uppdrag avropat från ramavtalet kan sträcka sig under flera månader. Leverantören får inte betalt förrän tjänsterna är levererade och det innebär att leverantören måste ha en viss ekonomisk kapacitet för att klara av att leverera tjänster. Sigmas och de återopade bolagens utdrag från Creditsafe visar att FMV:s nivå inte kan anses vara oproportionerlig. Kravet kan inte anses vara oproportionerligt för de aktuella branscherna företagen verkar inom.

FMV vidhåller att Sigma inte uppfyller kravet. Det framgår av Sigmas anbud att varken Sigma eller de av bolaget återopade företagen uppfyller kravet. Vad Sigma påstår om att bolaget och de återopade företagen har betalat skulder, skatter, sociala avgifter, mervärdesskatt och inte har några betalningsanmärkningar saknar relevans. Sigma har fortfarande inte visat på vilket sätt det anser att bolaget uppfyller kravet.

Beviskraven i 2.9 och 2.10 saknar rättsligt stöd

Av lagtexten och av förarbetena till LUFS (prop. 2010/11:150 s. 404) framgår det att bevismedel i 12 kap.11 § LUFS inte är uttömmande. Det går inte att bortse från, och inte tillämpa, kraven och godkänna alla anbudsgivare oavsett kravuppfyllelse. Det är en självklarhet att FMV har rätt att bedöma om en beskrivning uppfyller krav och behöver inte godkänna ett krav enbart på grund av att referenspersonen verifierar att beskrivningen överensstämmer med uppdraget. FMV ska bedöma om beskrivningen faller in inom kravställningen eller inte.

Krav 2.9 Leverantören ska förfoga över nödvändiga resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att ramavtalet ska kunna fullgöras

FMV bestrider att kravets och beviskravets utformning skulle strida mot någon grundläggande princip i LUFS. Kravet och beviskravet måste anses vara utformade så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka dessa på samma sätt. Sigma verkar i vart fall ha varit tillräckligt införstådd i utformningen av kravet och beviskravet eftersom bolaget har lyckats uppfylla kravet för referensuppdrag 1 och 2. Det är enbart referensuppdrag 3 som inte har godkänts. Även om kravet skulle anses ha brister så ska förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de grundläggande principerna iakttas (RÅ 2002 ref. 50).

FMV vidhåller att Sigma inte uppfyller kravet. Att FMV inte skulle ha rätt att göra en egen bedömning av om de lämnade uppgifterna i anbudet och vad referenspersonen angett vore oförenlig med de grundläggande principerna i LUFS. Det aktuella kravet kan inte anses uppfyllt enbart för att referenspersonen verifierar att beskrivningen stämmer, som Sigma gör gällande. FMV måste även få bedöma om beskrivningen visar att kravet är uppfyllt

och vid den bedömningen utgå ifrån det skriftliga anbudet och vad som tillförts av referenspersonen. I de fall där oklarheter har konstaterats vid bedömningen av kravuppfyllelsen har de sakkunniga som ingår i upphandlingsprojektet träffats och diskuterat frågan. Den s.k. anonyma källan som uttalat sig är en FMV-anställd som deltar i prövningen och utvärderingen av anbud. Sigma har felaktigt tolkat underlaget som att FMV beaktat synpunkter från andra parter än FMV och referenspersonen vid verifiering av kravet. Alla anbudsgivare kan anses ha blivit "dubbelkollade" av FMV. Oavsett vad, innebär inte enbart den omständigheten att det har antecknats särskilt för Sigma, att förfarandet strider mot de grundläggande principerna i LUFS. Även andra leverantörer har diskvalificerats i upphandlingen efter att de sakkunniga i upphandlingsprojektet har tagit ställning till att kravet inte anses uppfyllt. Sigmas påstående kan inte läggas till grund för att FMVs förfarande vid bedömningen av kravuppfyllelsen skulle strida mot de grundläggande principerna i LUFS. FMV bestrider även att det skulle krävas stöd i förfrågningsunderlaget för att FMV ska kunna göra en bedömning av om kravet uppfylls eller inte. Det måste ses som en självklarhet i upphandlingssammanhang.

Referensuppdrag

Vid FMV:s kontakt med referenspersonerna har det i vissa fall visat sig att de konsulter som medverkat i de åberopade uppdragen medverkar i fleråriga projekt och inom dessa projekt genomför diverse uppdrag eller arbetar som resurskonsulter och i sin roll genomför diverse uppdrag hos beställaren. De uppdrag där resultat som framgår av kravet har genomförts och levererats har därför godkänts av FMV, även om projektet inom vilket konsulten arbetar fortfarande pågår eller om en konsult är kontrakterad som resurskonsult under en länge tidsperiod. Detsamma gäller för genomförda uppdrag som angetts under 2.10. FMVs bedömning av kravuppfyllelsen har stöd i krav-

ställningen i förfrågningsunderlaget. FMV vidhåller att de antagna ramavtalsleverantörernas återopade uppdrag för krav 2.9 och 2.10 ska anses vara genomförda och därmed godkända och bestrider att bolagen ska diskvalificeras och/eller ska få ett lägre mervärde i utvärderingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

Av 1 kap. 11 § LUFS framgår att upphandlande myndigheter 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFS eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LUFS).

LUFS är en procedurlagstiftning och överprövning enligt LUFS utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anfört, av om upphandlande myndighet har följt de grundläggande principerna för upphandling liksom övriga bestämmelser i LUFS.

Om en upphandlande myndighet inte förkastar ett anbud som inte uppfyller ställda krav kan det innebära att likabehandlingsprincipen sätts ur spel (se t.ex. HFD 2016 ref. 37 I och II).

Förvaltningsrättens bedömning

FMV har underlåtit att pröva Sigmas anbud inför tilldelningsbeslut 2 och 3
Förhandlat förfarande har inte förekommit

Av utvärderingsprotokoll den 7 oktober 2019, i samband med FMV:s rättelse inför tilldelningsbeslut 2, framgår att prövning av krav och kontroll när det gäller Sigmas anbud kvarstår vid den första bedömningen. Den rättelse som FMV gjorde avsåg två andra bolag som rätteligen skulle kvalificeras i första steget och därmed utvärderas. Rättelsen berörde inte Sigma som inte kvalificerat sig. Eftersom rättelsen på nytt resulterade i ett större antal än tio kvalificerade anbudsgivare avgjordes utfallet genom lottning. Rättelsen i tilldelningsbeslut 3 avsåg enbart avtalsspärrens längd och ingen materiell bedömning. FMV:s rättelse har inte utgjort en felaktighet i upphandlingsprocessen och motiverar inte ett ingripande enligt LUFS.

FMV har i förfrågningsunderlaget angett att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. Det är tydligt uttryckt och kan inte missförstås. Förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § LUFS kan användas för att anpassa anbuden från kvalificerade och utvalda anbudssökande i fas två av upphandlingen (jfr prop. 2010/11:150 s.176-177 och 238-241). Vad Sigma har anfört visar inte att FMV har agerat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna eller LUFS i samband med rättelse av tilldelningsbeslut 1 eller genom att inte förhandla i kvalificeringsfasen, fas ett.

Krav 2.4 Krav på leverantörers ekonomiska kapacitet enligt LUFS

Sigma har redan i samband med tilldelningsbeslutet 1 den 10 september i en individuell rapport fått besked om motiveringen till att bolaget inte uppfyller

krav 2.4. Motiveringen är tydlig och visar att FMV bedömer att varken anbudsgivaren Sigma eller åberopade företag var för sig uppfyller kravet. Sigmas anbud har bedömts utifrån vad som angetts i förfrågningsunderlaget.

Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut. Att den ekonomiska kravställningen med hänsyn till upphandlingsföremålet konsulttjänster lämpligen i sig skulle ha sett annorlunda ut, som Sigma gör gällande, kan förvaltningsrätten inte ha synpunkter på inom ramen för överprövningen. Däremot har rätten att pröva Sigmas påstående att kravställningen är oproportionerlig.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på en leverantör än vad som behövs på att uppnå ändamålet med den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med det som upphandlas och stå i proportion till det behov som ska tillgodoses (jfr prop. 2006/07:128 s. 132, 155-156).

Av praxis följer att proportionalitetsprövningen ska göras i tre steg. För det första ska prövas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska prövas om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska prövas om den negativa effekt som kravet får, på det intresse eller den rättighet som kravet inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (se RÅ 2010 ref. 79).

Av 12 kap 2 § LUFSS, som Sigma hänvisar till och som det görs gällande att FMV:s kravställning inte uppfyller, framgår att krav på en lägsta ekonomisk nivå får ställas, den ska överensstämma med bestämmelserna i 8-16 §§ och

nivå och omfattning i kravställningen ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Det anges också att de krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling. I 12 kap. 8 § anges vilka bevis på ekonomisk ställning som *kan* lämnas. Det innebär att det inte finns några hinder mot att kräva andra bevis på ekonomisk ställning så länge det klart framgår av förfrågningsunderlaget vad som krävs.

Av krav 2.4 framgår att FMV eftersträvar att leverantören ska ha tillräckligt god ekonomisk och finansiell ställning för att denne med bibehållen kvalitet kan fullgöra tjänsterna enligt ramavtalet under hela ramavtalstiden och har valt att ställa krav om minsta årsomsättning, kassalikviditet och soliditet. FMV har i förfrågningsunderlaget uppgett att ramavtalets omfattar både inhyrd personal och uppdragkonsulter och historiskt har FMV köpt in konsulter inom ILS till ett värde av i genomsnitt 125 miljoner kronor per år. Behovet hos avropsberättigade myndigheter framöver bedöms till ca 80-100 000 timmar årligen. Utifrån en underbyggd uppskattning av möjlig omfattning på kommande avrop har FMV gjort ett seriöst försök att hitta en lämplig lägsta nivå för krav på ekonomisk kapacitet som medför att FMV kan förvissa sig om att anbudssökandena kan uppfylla uppdraget tillfredsställande under hela ramavtalstiden. Uppställda krav avseende årsomsättning, kassalikviditet och soliditet får betraktas som generella och relativt neutrala krav i fråga om ekonomisk ställning. Förvaltningsrätten kan inte finna stöd för att FMV:s krav på ekonomisk kapacitet är högre ställt än vad som behövs för att uppnå ändamålet med den aktuella upphandlingen. Kravet är inte oproportionerligt.

FMV har gett in de utdrag från Creditsafe som Sigma bifogat sitt anbud och det framgår klart att varken Sigma, eller något av bolag Sigma åberopat, uppfyller kraven avseende ekonomisk kapacitet. Utdrag från senare datum kan inte läggas till grund för kravuppfyllnad eftersom det skulle strida mot

likabehandlingsprincipen. Att FMV ställt krav att återopande av annans kapacitet ska visas uppfyllt när kontraktet ska fullgöras innebär inte, som Sigma gör gällande, att kravet är oförenligt med kravet i 2.9 om nödvändiga resurser som ska utvärderas. FMV har inte brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna eller LUFSS genom den utformning de båda kraven har.

Beviskraven i 2.9 och 2.10 saknar rättsligt stöd

Krav 2.9 Leverantören ska förfoga över nödvändiga resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att ramavtalet ska kunna fullgöras

FMV:s krav 2.9 ger anvisningar för hur leverantören ska redovisa resultatet av minst tre genomförda Underhållsanalyser och ange tre referenser. I krav 2.10 ställs krav på att leverantören ska ha erfarenhet från minst tre av elva angivna områden och ange ett referensuppdrag per område som styrker kravuppfyllnad.

Sigmas påstående att kraven saknar rättsligt stöd saknar grund i LUFSS. I 12 kap. 11 § LUFSS anges i 11 punkter på vilka sätt den tekniska kapaciteten får styrkas. De angivna sätten är endast exempel och kan leverantören inte styrka sin kapacitet på något av sätten får denne uppvisa annan lämplig handling (jfr prop.2010/11:150 s. 403-406). FMV:s utformning av krav 2.9 och 2.10 motiverar inte ett ingripande enligt LUFSS och har därtill stöd i 2 kap.16 § LUFSS som anger att vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt innefattar, i det här fallet, tjänster, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

FMV har i 2.9 kravställt att leverantören ska ha genomfört minst tre Underhållsanalyser som resulterat i Underhållsplan System/Underhållslösning eller Underhållsberedningsrapport från leverantörssidan eller kravställt motsvarande underhållsanalyser som granskats och godkänts som beställare.

FMV har, utifrån de uppgifter som referenspersonen uppgett gällande referensuppdrag 3, vid utvärderingen antecknat att ”Även om det finns komponenter av beredning så är detta enligt min uppfattning ett solklart genomförande/planering av underhåll och inte underhållsberedning som vi kravställt.” FMV:s bedömning i individuellt meddelande till Sigma är att resultatet av verifieringen visar att referensuppdrag 3 inte har resulterat i en underhållsberedning som utgör kravet. FMV har använt begreppet underhållsberedning, som förmodligen är en övergripande term, när det som avses är underhållsanalys, underhållsplan, underhållslösning eller underhållsberedningsrapport. Enligt förvaltningsrätten saknas det dock uppenbara skäl att ifrågasätta att underhållsberedning avser något annat än det som kravställts i upphandlingen innebärande att FMV skulle ha utvärderat och bedömt något som inte är kravställt och relevant. Som framgår ovan ankommer det inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut. Det är upphandlande myndighet som bäst vet vad uppdraget kräver och som har tolkningsföreträde vid bedömningen av i vilken omfattning anbudsgivare uppfyller ställda krav. Mot den bakgrunden kan förvaltningsrätten inte finna att FMV:s bedömning att inte godkänna Sigmas tredje referensuppdrag ska medföra en rättelse enligt LUFSS, som Sigma gör gällande. Förvaltningsrätten kan inte heller finna att Sigma genom sin argumentation visat att FMV:s anteckning om dubbelkoll och den faktiska innebörden att FMV konsulterat egna medarbetare i samband med utvärderingen strider mot FMV:s regler, LUFSS eller mot grundläggande upphandlingsrättsliga principer.

Referensuppdrag

Enligt den bedömning förvaltningsrätten hittills gjort av Sigmas anförda omständigheter till stöd för att upphandlingen ska rättas eller göras om kan sammanfattningsvis konstateras ha resulterat i att Sigma inte visat att bola-

get skulle ha kvalificerats till utvärdering, utan rätteligen har diskvalificerats. Med det ställningstagandet saknar Sigmas invändning att FMV felaktigt kvalificerat och utvärderat referensuppdrag som inte slutförts relevans för frågan om Sigma lidit skada, såvida det inte kan konstateras att samtliga andra anbudsgivare inte uppfyller kraven och upphandlingen därför ska göras om, jfr EU-domstolen i mål C-100/12, Fastweb.

Sigma har till stöd för sitt påstående gett in FMV:s interna anteckningar från referenstagningen med egna utvärderingar. Såvitt förvaltningsrätten förstår Sigmas anteckningar gör Sigma gällande att samtliga anbudsgivare, utom två (NESP AB och SAAB Aktiebolag), som inte redan diskvalificerats av FMV, inte uppfyller kravet avseende referensuppdrag och att det därför ska ske rättelse i form av att referensuppdragen inte ska tillgodoräknas anbudsgivaren.

Förvaltningsrätten konstaterar att FMV i vissa fall antecknat ”Arbetet är inte slutfört men ingår i det större uppdraget som fortfarande pågår”, ”Projektet pågår fortfarande men det som beskrivs är levererat” eller ”Till huvuddelen avslutat men delar av projektet pågår fortfarande.” Bedömningarna förefaller vara ett hänsynstagande till verklighetens förhållanden och förvaltningsrätten ger FMV tolkningsföreträde även här och finner att bedömningarna, som FMV framhåller, rimligen ryms inom kravställningen i 2.9 och 2.10. Sigma har inte anfört omständigheter till stöd för att upphandlingen ska göras om och inte visat att samtliga anbudsgivare ska diskvalificeras och därmed har inte heller FMV:s referensbedömningar lett till skada för Sigma, som rätteligen diskvalificerats.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att FMV inte har uppställt krav som är oförenliga med LUFSS och har inte heller agerat i strid med vad som anges i förfrågningsunderlaget, LUFSS eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna genom bedömningen att Sigma inte uppfyller kraven i kvalificeringsfasen. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därmed. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Erik Mellstrand

Rådman

Kerstin Sandin har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

