



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-01-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
45628-10
Enhet 13

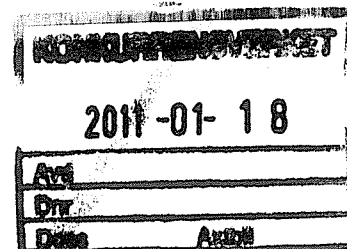
SÖKANDE

Europrotect France
29 B Avenue des Sources
F-69336 LYON cedex 9

Ombud: Tenderteq AB
Box 5
343 21 Älmhult

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Europrotect France:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 92600

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför, genom öppet förfarande, en upphandling av ett ballistiskt kroppsskyddssystem ”Personal Ballistic Protection Equipment System” – PBSUS till det svenska försvaret (beteckning 357557-A1810463).

Europrotect France (Europrotect) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten förelägger FMV att avlägsna kravet på att anbudsgivare till anbudet ska skicka in dels prov dels test på det textilmaterial som ska användas till det kroppsskydd man ska utveckla i upphandlingen.

Till stöd för sin ansökan anför Europrotect bl.a. följande. FMV har i sin upphandling 357557-A1 810463 ställt krav på att anbudsgivare ska skicka in prov på det textilmaterial, som ska användas till det kroppsskydd man ska utveckla i denna upphandling. De uppställda kraven på detta material är sådana att detta material ej finns att tillgå som en standardprodukt hos någon tillverkare. Materialet måste alltså nyutvecklas. Det torde vara ett brott mot Proportionalitetsprincipen att formulera krav som innebär att anbudsgivare måste spendera hundratusentals kronor i utvecklingskostnader för att ta fram ett material som uppfyller de ställda skall-kraven utan att anbudsgivaren vet om man får någon beställning på detta material, utan endast måste göra detta för att fylla ett skall-krav som är en förutsättning för deltagande i upphandlingen. De uppställda skall-kraven på tyget är i det närmaste omöjliga att uppfylla. Detta har dubbelkollats med textilingenjörer hos FOV i Borås och Xinxiang Zhuocheng Special Textile Co Ltd i Kina. Skulle man mot förmodan lyckas ta fram ett sådant yttre tyg som krävs i upphandlingen kommer detta tyg i det närmaste vara omöjligt att använda som yttre tyg i en färdig produkt. Ovannämnda förhållande får till följd att endast anbudsgivare med mycket stora ekonomiska resurser kan

komma ifråga, eftersom kravet exkluderar mindre företag som inte har möjlighet att ta fram ett nytt textilmaterial på ren spekulation om det ens är möjligt att ta fram. Detta förhållande gör att det framkallas en snedvriden konkurrenssituation, som på sikt kan missgynna både FMV som köpare och Svenska Armén som användare då detta påverkar priset på ett negativt sett när det troligen inte är detta tyg som man kan använda i den slutgiltiga produkten.

Europrotect hemställer således att förvaltningsdomstolen förelägger FMV att avlägsna kravet på att materialet ska bifogas till anbudet som prov redan vid anbudstillfället samt det test på tyget som nämns då anbudet är att betrakta som ett utvecklingsprojekt då man från mars 2011 till mars 2012 ska ta fram en produkt tillsammans med FMV. I detta utvecklingsarbete borde utvecklingen av tyget vara en mer naturlig del.

Kraven på materialet som sådant, för levererad skyddsutrustning, kan kvarstå eftersom den anbudsgivare som blir tilldelad kontraktet kommer att ha tillräcklig tid att ta fram materialet, och lättare kan lägga ner de kostnader som erfordras, eftersom han då har ett kontrakt om leverans av åtskilliga löpmeter av det nyframtagna materialet.

Det finns i upphandlingen många andra ställda skall-krav vilket gör att FMV säkerställer den ekonomiska ställningen och proffsigheten hos anbudsgivarna vilket gör att detta speciella krav inte är relevant innan anbudet är inlämnat.

Anledningen till att denna inlaga inges vid detta sena moment i anbudstiden beror på att det tagit så lång tid för de olika textiltillverkarna i Europa, Asien och Sydamerika att komma fram till att det faktiskt är i det närmaste omöjligt att utveckla detta tyg. Det gör att många av de stora välkända

skyddsvästföretagen inte vågar vara med på denna upphandling.

FMV bestrider bifall till Europrotects ansökan och yrkar att ansökan avslås samt anför i huvudsak följande. FMVs pågående upphandling genomförs i överensstämmelse med bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling såvitt avser öppet förfarande. Upphandlingen genomförs således inte i strid mot 1 kap. 9 § LOU varför utgången i upphandlingen inte kan eller kommer att medföra att Europrotect lider någon skada.

FMV genomför för närvarande en upphandling av ett ballistiskt kroppsskyddssystem "Personal Ballistic Protection Equipment System" - PBSUS till det svenska försvaret. Upphandlingen avser ett multifunktionellt och förhållandevis avancerat kroppsskyddssystem som skall kunna användas av samtliga vapenslag inom det svenska försvaret och härvid uppfylla Försvarmaktens alla förekommande krav till skydd för svenska soldaters liv och hälsa. Den bakomvarande tanken är att - istället för som närvarande upphandla ett flertal olika kroppsskydd för olika vapenslag och situationer - upphandla ett flexibelt och generellt användbart kroppsskyddssystem. En tidigare upphandling av PBSUS genomfördes under våren 2010. Efter det att vinnande leverantör avslöjats med att ha förfalskat ingivna testprotokoll avseende skyddsplattor hävdades tilldelat kontrakt.

FMVs Anbudsinfordran innefattar följande bilagor (1) "Specification of requirement" (SR), (2) "Statement of work and Compliance List", (3) Commercial compliance list, (4) förlaga till "On Demand Bank Guarantee", (5) förlaga till "Parent Guarantee", (6) förlaga till "Performance Guarantee" och (7) prisjusteringsmodell "Basis for adjustment of basic price for currency and/or index".

Av Anbudsinfordran framgår att anbudsgivaren för att styrka teknisk och yrkesmässig kapacitet tillsammans med anbudet ska inge anbudsprover.

Upphandlingen innefattar såväl gröna som beigefärgade skyddsvästar. Anbudsprov av den gröna textilen ska inges tillsammans med testprotokoll som visar att materialet uppfyller kraven i den tekniska specifikationen. FMV förbehåller sig rätten att kontrollera ingivna anbudsprover genom egna tester av textilen. Av intresse är att ifrågavarande textil överensstämmer med textilen i de kroppsskydd FMV tidigare upphandlat sedan 2003. Med början från 2005 används följaktligen 1000-tals kroppsskydd av motsvarande textil inom det svenska försvaret. Det bör tilläggas att vinnande leverantörer vid dessa upphandlingar haft vissa svårigheter med att uppfylla kraven. Mot bakgrund av dessa omständigheter samt erfarenheten av, som ovan angivits, förfalskade testprotokoll vid tidigare upphandling anser FMV att det är nödvändigt att begära anbudsprover för att möjliggöra egna tester och härigenom kontrollera såväl lämnade uppgifter som anbudsprover i syfte att säkerställa att vinnande leverantör har erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Europrotect gör i sin ansökan gällande att materialet måste nyutvecklas, att kraven är i det närmaste omöjliga att uppfylla, att mindre företag utesluts och att anbudsprovet avviker från den textil som skall levereras. Europrotect begär sammanfattningsvis att Anbudsinfordran skall ändras genom att kravet på ifrågavarande anbudsprov tas bort och att textilen 'utvecklas' under kontraktstiden. Det kan ifrågasättas om Europrotect har förmåga att uppfylla FMVs krav avseende textilen. Vidare kan ifrågasättas hur Europrotect tänkt sig att ingående utvecklingskostnader skall beräknas i anbudet inte minst mot bakgrund av att det är den leverantör som har det lägsta priset som ska tilldelas upphandlingen.

FMV vitsordar att textilen inte är någon standardprodukt utan förhållandevis komplex eftersom den förutom att vara olje- och vätskeavvisande även ska uppfylla försvarsmaktens övriga krav vad gäller infraröd reflektion ("IR reflection"). Allt för att uppnå bästa möjliga skydd för svenska solda-

ter vid missioner såväl i Sverige som i utlandet. Som ovan angivits har textilen använts inom det svenska försvaret för olika skyddsutrustningar sedan 2005. Det är således inte fråga om någon nyutveckling och följaktligen är textilen inte "omöjlig" att producera. Europrotects påståenden om nyutveckling och textilens "omöjlighet" m.m. är felaktiga. Av bl.a. Anbudsinfordran framgår att både stora och mindre företag har möjlighet att delta. Till följd av att åtagandet är förhållandevis omfattande uppställs både ekonomiska och tekniska krav vilka alla kompetenta leverantörer kan uppfylla ensamt eller i samarbete med andra leverantörer. Det anges att anbudsgivaren tillsammans med anbudet ska inge 2 meter av den gröna textilen med mönster, kvalitet och färegenskaper som anges. Även påståendena, att anbudet avviker från den textil som ska användas för de gröna skyddsvästarna och att textilen inte kommer att användas för den slutliga produkten, är felaktiga.

Avsikten med kvalificeringskraven i FMVs Anbudsinfordran är att i största möjliga utsträckning säkerställa att den leverantör som tilldelas kontraktet - förutom lägsta pris - har den ekonomiska och tekniska förmåga som krävs för att fullgöra kontraktet inom kontraktstiden. Mot bakgrund av FMVs ovan angivna erfarenheter från tidigare upphandlingar av textilens relativa komplexitet, förfalskningar och upphandlingens större omfattning är det rimligt och nödvändigt att kontrollera den tekniska förmågan innan upphandlingen tilldelas. Det vore orimligt om FMV under kontraktstiden tvingas konstatera att den leverantör som hade det lägsta priset inte kan producera textilen. Ifrågavarande kvalificeringskrav, att genom anbudsprov styrka egen eller tillgång till annans kompetens strider således inte mot proportionalitetsprincipen. Enligt FMVs uppfattning garanterar kvalificeringskraven i förevarande fall syftet med 1 kap. 9 § dvs att det är den leverantör som har för kontraktet nödvändig kunskap och kompetens tillgänglig och lämnat det lägsta priset som ska tilldelas upphandlingen.

Europrotect vidhåller i huvudsak ansökan.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i målet att bedöma om förfrågningsunderlaget, såvitt avser kravet på inlämnande av tygprov samt genomfört test, strider mot LOU eller gemenskapsrätten.

Regeringsrätten, numera Högsta Förvaltningsdomstolen, har i ett avgörande RÅ 2002 ref. 50 uttalat följande. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att 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.

Förvaltningsrätten finner det rimligt att i förfrågningsunderlaget uppställa ifrågavarande villkor om inlämnande av tygprov samt testprov. Det kan inte anses strida mot LOU eller gemenskapsrätten att uppställa dessa villkor.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad Europrotect anfört inte visar att förfrågningsunderlaget, såvitt nu är ifråga, strider mot LOU eller gemenskapsrätten. Europrotects ansökan om överprövning ska därför avslås.

 HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)

Magnus Schultzberg
Rådman

Handläggare har varit föredragande Göran Forsberg.



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 nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.