



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2015-03-31
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22138-14

Sida 1 (10)

KONKURRENSVERKET	
2015 -03- 31	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

JSF Consulting AB, 556904-3234
Esplanaden 28
136 70 Vendelsö

MOTPART

Försvarets materielverk, 202100-0340
115 88 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Försvarets Materielverks upphandling benämnd *Konsult Intendenturmateriel*, dnr 378981-AI867547, ska göras om.

Dok.Id 572123

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför en upphandling benämnd *Konsult Intendenturmateriel*, dnr 378981-AI867547. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 10 september 2014 framgår att FMV avser att tilldela kontraktet i upphandlingen till Skräddar Anna.

JSF Consulting AB (JSF Consulting) yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Det antagna anbudet från Skräddar Anna uppfyller inte skall-kraven avseende tidigare erfarenhet i punkt 6.2 i förfrågningsunderlaget benämnda S-1, S-2 och S-3. Vidare står de aktuella kraven i strid med 11 kap. 11 § LOU och proportionalitetsprincipen. – Skall-kraven avser olika typer av arbetsuppgifter och vart och ett av skall-kraven ställer upp en miniminivå om ”4 års (ca 1600 timmar per år) dokumenterad erfarenhet”. Skall-kraven kräver sammanlagt tolv års erfarenhet. Det innebär att de leveranser som FMV krävt erfarenhet från måste vara äldre än de tre senaste åren. Av 11 kap. 11 § LOU framgår att teknisk kapacitet får styrkas genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare. Eftersom 11 kap. 11 § LOU är uttömmande avseende bevisning av aktuell kapacitet, har FMV genom att kräva erfarenhet från uppdrag som sträcker sig längre tillbaka i tiden än tre år brutit mot 11 kap. 11 § LOU. – Skall-kraven strider vidare mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att en upphandlande myndighet i) måste välja det minst ingripande alternativet för att uppnå det aktuella syftet, och ii) att den negativa effekten som uppstår inte får vara för långtgående i förhållande till detta syfte. – De arbetsuppgifter som skall-kraven avser är mycket specifikt angivna. Exempelvis avser skall-kravet i S-3 utarbetande av tekniskt specifikationsunderlag, inte inom

textilindustrin generellt, eller ens inom klädesindustrin generellt, utan en mycket specifik typ av material, nämligen "skydds- och uniformsmaterial". Bolaget kan inte se att en så specifik kravställning är nödvändig i upphandlingen. Vidare ska understrykas att skall-kravet i S-1 avser erfarenhet som kravställare inom bl.a. "skyddskläder intendenturmateriel". Redan av begreppet intendentur framgår att det endast är leveranser till FMV/Försvarmakten som kan omfattas. Dessutom är intendenturmateriel definierat i punkt 3 i förfrågningsunderlaget, varvid det tydligt framgår att endast material som avser försvaret ingår. Detta innebär i praktiken att en leverantör, för att uppfylla skall-kravet i S-1, måste ha varit leverantör till FMV/Försvarmakten tidigare för att kunna komma in med anbud i upphandlingen. Det är givet att det finns kompetenta potentiella leverantörer som inte varit kravställare avseende just intendenturmateriel tidigare, som nu uteslängs från upphandlingen. Redan härav framgår klart att ett mindre ingripande alternativ måste finnas. – Även om det skulle anses vara förenligt med LOU att ange specificerade arbetsuppgifter, så är det fullständigt uppenbart att skall-kravens omfattning i tid (19 200 timmar eller tolv år) går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att leverantörer med erforderlig kompetens och kapacitet antas i upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget framgår att avtalstiden i upphandlingen uppgår till knappt två år och den totala omfattningen till 2 400 timmar. Således har erfarenhet krävts i upphandlingen motsvarande mer än sex gånger avtalstiden och åtta gånger det antal timmar som upphandlingen omfattar. – Sammantaget är det uppenbart att skall-kraven går utöver vad som är nödvändigt för att uppfylla skall-kravens syfte. Den negativa effekt som uppkommer till följd av skall-kravet är att potentiella leverantörer uteslängs från att ens komma in med anbud i upphandlingen. Detta bestyrks av att det endast kommit in ett anbud i upphandlingen som FMV ansett uppfyller skall-kraven. – Bolaget har inte den erfarenhet som krävs enligt skall-kraven. Bolaget har därför till följd av att skall-krav ställts upp som strider mot LOU, inte kunnat komma in med ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. Bolaget

har emellertid fullt tillräcklig erfarenhet av de arbetsuppgifter som anges i skall-kraven för att uppfylla skall-kravens syfte, både genom konsultuppdrag för FMV och tidigare anställning på FMV:s avdelning för intendentur.

– Om erfarenhetskrav hade ställts som varit förenliga med proportionalitetsprincipen och LOU, hade bolaget haft möjlighet att komma in med ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen och därvid haft möjlighet att antas som leverantör. Bolaget har därför åtminstone riskerat att lida skada på grund av anförda brister i upphandlingen. De brister i bolagets anbud som FMV påpekar är av relativt okomplicerad natur. Det torde vara helt ostridigt att bolaget hade kunnat inkomma med intyg, prisuppgifter m.m. i anbudet. Anledningen till att så inte gjordes var helt och hållet hänförligt till de otillåtna och oproportionerliga skall-kraven avseende erfarenhet.

Eftersom bolaget visste att erfarenhetskraven, såsom de utformats i upphandlingen, inte kunde uppfyllas av bolaget, fanns det ingen anledning att säkerställa att övriga formella krav uppfylldes. Bolaget hade ju ändå blivit diskvalificerat från upphandlingen till följd av de oproportionerliga skall-kraven om erfarenhet.

FMV bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Den leverantör som tilldelats upphandlingen uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget angivna krav. – Skall-kraven S-1, S-2 och S-3 i förfrågningsunderlaget strider inte mot 11 kap. 11 § LOU. De aktuella kraven är krav på leverantörens yrkeskvalifikationer och enligt 11 kap. 11 § 6 LOU finns ingen tidsgräns på tre år. De aktuella skall-kraven strider inte heller mot proportionalitetsprincipen. – När det gäller vilka krav som ska ställas på en leverantör i en upphandling ligger det i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bäst förutsättningar att avgöra vilken kompetens myndigheten har behov av. FMV har i tidigare upphandlingar av konsulter för intendenturmateriel ställt lägre krav på kompetens och erfarenhet. Det har sedan under utförandet av arbete under dessa kontrakt i vissa fall visat sig att den nivå FMV räknat med inte uppnåtts. Det har även förekommit

att en del arbeten fått göras om av andra tekniker. Av den anledningen har FMV höjt kraven avseende kompetens och erfarenhet. De skall-krav som FMV ställt avseende kvalifikationer i punkten 6.2 i förfrågningsunderlaget ska uppfyllas av leverantören, vilket innebär att dessa kan uppfyllas av flera personer gemensamt vilket styrker att kraven inte strider mot proportionalitetsprincipen. Att den leverantör som tilldelats kontrakt i upphandlingen är ett enmansföretag och att en person ensam uppfyller samtliga ställda krav visar ytterligare att kraven inte är oproportionerliga. – JSF Consulting har inte avgett ett giltigt anbud och uppfyller inte heller kvalifikationskraven. JSF Consulting uteslöts från den fortsatta anbudsutvärderingen eftersom bolaget inte uppfyllde kvalificeringskrav enligt punkt 10.3 i förfrågningsunderlaget. Av JSF Consultings anbud framgår vidare att inte heller de övriga skall-kraven uppfylls. Härutöver kan konstateras att anbudet inte är undertecknat av leverantören i enlighet med punkt 13.2 i förfrågningsunderlaget angivna formella kravet, dvs. att anbudet ska inges i original och vara egenhändigt undertecknat av anbudsgivaren. JSF Consulting har således inte gett in något giltigt anbud och ska rätteligen inte delta i anbudsutvärderingen. En förutsättning för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är att leverantören lidit eller kan komma att lida skada på grund av fel i upphandlingen. Om däremot leverantören brustit i sin omsorgsplikt vid utformandet av sitt eget anbud och detta medfört att anbudet inte är tillräckligt konkurrenskraftigt utformat kan ifrågasättas om leverantören lidit eller kan komma att lida någon skada; dvs. är felaktigheten i förfrågningsunderlaget den direkta orsaken till att leverantören uteslutits ur upphandlingen. Härav följer att oaktat om JSF Consulting anser att det förekommit eventuella brister i förfrågningsunderlaget såvitt gäller angivna krav beträffande leverantörens kvalifikationer så har JSF Consulting på ett uppenbart sätt brustit i sin omsorgsplikt vid utformandet av det egna anbudet. JSF Consulting varken har eller kan komma att lida någon skada. Skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU är således inte uppfyllt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. 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.

I 11 kap. 11 § första och andra stycket LOU anges följande.

Den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör ska styrka sin tekniska kapacitet.

Den tekniska kapaciteten får styrkas endast på ett eller flera av följande sätt:

1. genom en förteckning över slutförda byggtreprenader under de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggtreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för byggtreprenaderna och huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt,
2. genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare,
3. genom uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som ansvarar för kvalitetskontrollen eller som berörs på annat sätt, vare sig de direkt tillhör leverantörens företag eller inte, och, i fråga om byggtreprenader, uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden,
4. genom en beskrivning av varuleverantörens eller tjänsteleverantörens tekniska utrustning och av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten samt av företagets undersöknings- och forskningsresurser,
5. när det är fråga om komplexa varor eller tjänster eller, om det finns särskilda skäl, varor eller tjänster avsedda för ett särskilt ändamål, genom en kontroll som ska utföras av den upphandlande myndigheten själv eller på dennas vägnar av ett behörigt organ i leverantörens etableringsland, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke,
6. genom uppgifter om tjänsteleverantörens eller entreprenörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, särskilt om den eller dem som ska ansvara för tillhandahållande av tjänsterna eller leda byggtreprenaden,
7. när det är fråga om byggtreprenader eller tjänster, genom uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs, om det med hänsyn till vad kontraktet avser behövs sådana uppgifter,
8. genom en uppgift om antalet anställda i medeltal per år hos tjänsteleverantören eller entreprenören och antalet anställda med ledningsfunktion under de tre senaste åren,
9. genom en uppgift om vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning som tjänsteleverantören eller entreprenören förfogar över för att fullgöra kontraktet,
10. genom en upplysning om hur stor del av kontraktet som tjänsteleverantören kan komma att lägga ut på underleverantörer, eller

11. när det gäller varor som ska levereras, genom prover, beskrivningar eller fotografier, vars äkthet ska styrkas om den upphandlande myndigheten begär det, eller genom intyg som upprättas av officiella institutioner för kvalitetskontroll eller enheter för sådan kontroll av erkänd kompetens och av vilka det ska framgå att varor som är klart identifierade genom referenser överensstämmer med vissa specifikationer eller standarder.

I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår att avtalstiden i upphandlingen uppgår till knappt två år och att omfattningen är uppskattad till cirka 1 000 timmar/år för position 1 (inhyrd personal) samt till cirka 200 timmar/år för position 2 (uppdragskonsult).

I förfrågningsunderlagets punkt 6.2 har bl.a. angetts följande avseende krav på kvalifikationer.

Skall-krav	Krav på kvalifikationer
S-1	Minst 4 års (ca 1600 timmar per år) dokumenterad erfarenhet som kravställare mot leverantörer och tillverkare inom textilindustrin av personlig – beklädnad och – skyddskläder intendenturmateriel (se klausul 3 Inledning ovan) vad avser produktionsstart, kvalitetskontroll och leveranskontroll.
S-2	Minst 4 års (ca 1600 timmar per år) dokumenterad erfarenhet av teknisk handläggning (tekniska handläggning: teknisk utformning av upphandlingsunderlag, utvärdering av anbud, leverantörskontakter, tekniska underhållsinstruktioner och anvisningar).
S-3	Minst 4 års (ca 1600 timmar per år) dokumenterad erfarenhet av utarbetandet av tekniskt specifikationsunderlag inom skydds- och uniformsmaterial (uniformer och övriga uniformspersedlar).

Förvaltningsrättens bedömning

JSF Consulting har i målet gjort gällande att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller vissa av de kvalifikationskrav som uppställts i förfrågningsunderlaget (skall-kraven S-1, S-2 och S-3). JSF Consulting har vidare anfört att de aktuella kraven strider mot 11 kap. 11 § LOU samt mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten prövar inledningsvis frågan om skall-kraven S-1, S-2 och S-3 kan anses förenliga med proportionalitetsprincipen.

Även om en upphandlande myndighet har en relativt stor frihet när den utformar krav i upphandlingsförfarandet ska de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU iakttas, däribland proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132).

Av EU-domstolens praxis följer att bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska utföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen i tre steg. Till en början bedöms om åtgärden i fråga är lämplig och effektiv för att åstadkomma det uppgivna syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms huruvida den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, i detta fall kvalificeringskravet, är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3477-09 samt Konkurrensverkets yttrande den 15 juli 2008 i Kammarrätten i Stockholms mål nr 4283-08).

FMV har i den aktuella upphandlingen uppställt krav på att anbudsgivaren ska ha minst fyra års tidigare erfarenhet inom tre olika områden. Kraven får bedömas syfta till att kontrollera anbudsgivarens förmåga att hantera det uppdrag som upphandlingen avser. För att en upphandlande myndighet ska kunna förvissa sig om att en leverantör klarar av att utföra ett uppdrag kan det, enligt förvaltningsrättens mening, i vissa fall vara lämpligt att ställa krav på tidigare yrkeserfarenhet inom de områden som upphandlingen avser. Den upphandlande myndigheten måste dock kunna visa att efterfrågad erfarenhet varit nödvändig. Förvaltningsrätten anser att FMV inte förmått visa att de uppställda kraven om minst fyra års tidigare yrkeserfarenhet inom respektive område varit nödvändiga för att FMV ska kunna förvissa sig om att en leverantör klarar av att utföra det uppdrag som upphandlingen avser. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att FMV har haft mindre ingripande alternativ till hands och att de aktuella kraven inte är nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten anser därför att FMV, genom att uppställa de aktuella kraven, har brutit mot proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Vid denna bedömning saknas skäl att pröva om de aktuella kraven även strider mot 11 kap. 11 § LOU.

För att förvaltningsrätten ska kunna besluta om ingripande enligt LOU krävs att JSF Consulting har lidit eller kan komma att lida skada till följd av den konstaterade överträdelsen av LOU. FMV menar att JSF Consulting inte kan ha lidit skada till följd av bristerna i förfrågningsunderlaget, eftersom bolaget inte lämnat något giltigt anbud i upphandlingen. JSF Consulting har i denna del anfört att orsaken till att bolaget inte ingett ett komplett anbud var att anbudet ändå skulle ha diskvalificerats till följd av de uppställda skall-kraven om erfarenhet. Förvaltningsrätten anser att JSF Consulting har gjort sannolikt att de aktuella kvalifikationskraven medfört att bolagets möjlighet att tilldelas kontrakt har försämrats och att detta varit anledningen till att bolaget inte inlämnat ett komplett anbud.

Förvaltningsrätten anser därför att skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU är uppfyllt, varför det finns grund för ingripande enligt LOU. Då felaktigheten har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång saknas skäl att pröva vad JSF Consulting anfört om att anbudet från den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller de i målet aktuella kraven.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Eva Bäckström

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



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 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.