



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

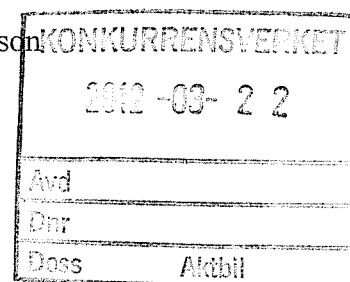
DOM
 2012-03-21
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 25523-11
 Enhet 12

SÖKANDE

Kvibergs Överskottslager AB, 556504-2057
 Box 20046
 400 50 Göteborg

Ombud: Advokat Helena Royson och jur. kand. Joel Gustafsson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
 Box 11918
 404 39 Göteborg



MOTPART

Försvarexportmyndigheten
 Box 56081
 102 17 Stockholm

Ombud: Advokat Sophia Spala och advokat Lynda Ondrasek Olofsson
 Setterwalls Advokatbyrå AB
 Box 1050
 101 39 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Kvibergs Överskottslager AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 214870

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

Försvarexportmyndigheten (FXM) bjöd genom förfrågningsunderlag daterat den 4 juli 2011 in till anbudslämning i en upphandling av kommissionärstjänst (FXM 2077/414). Upphandlingen avsåg ramavtal med en leverantör och genomfördes enligt de regler som gäller för s.k. förenklat förfarande. Det inkom fyra anbud i upphandlingen. FXM beslutade den 7 december 2011 att avvisa anbudet från Kvibergs Överskottslager AB (Kvibergs) eftersom det inte bedömdes uppfylla samtliga kvalificeringskriterier. FXM beslutade samtidigt att avbryta upphandlingen, eftersom inget anbud befunnits uppfylla samtliga kvalificeringskriterier.

Anbudet från Kvibergs angavs ha följande brister.

1. Intyg från tidigare uppdragsgivare Vattenfall synes inte vara undertecknat av ensam behörig firmatecknare.
2. Intyg från tidigare uppdragsgivare Polismyndigheten synes inte vara undertecknat av ensam behörig firmatecknare (eller motsvarande).
3. Intyg från tidigare uppdragsgivare Polismyndigheten innehåller inte samtliga efterfrågade uppgifter och är därför ofullständigt.
4. I avtal med underleverantören DHL framgår inte hur anbudsgivaren förfogar över resurserna.
5. Med övriga återopade underleverantörer saknas bindande avtal.

Kvibergs ansöker om överprövning av upphandlingen enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Kvibergs yrkar att FXM:s beslut att avbryta upphandlingen ska upphävas och att rättelse ska ske genom en ny utvärdering med beaktande av anbudet från Kvibergs. Kvibergs uppfyller samtliga skall-krav och FXM har gjort en felaktig bedömning avseende de fem punkter som nämns i avbrytande-beslutet.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Kvibergs har tidigare utfört exakt likadant uppdrag avseende kommission för FXM (dåvarande Försvarets materielverk), till stor belåtenhet och med mycket gott resultat. FXM har med rädsla för jäv sagt bestämt nej till att ta med FXM som referens. FXM hade varit en viktig referens för Kvibergs då uppdraget avsåg kommission av stora volymer, med kort varsel och på vitt skilda platser i Sverige. Det är inte förenligt med LOU att på det sätt som FXM gjort förbjuda en anbudsgivare att ange den upphandlande myndigheten själv som referens.

Referensen från Vattenfall Services Nordic AB är undertecknad av Curt Andersson med fullmakt från verkställande direktör Jan Bardell. Påståendet att intyget från Vattenfall Services Nordic AB inte är behörigt undertecknat är därmed felaktigt. Intyget från Polismyndigheten i Västra Götaland är undertecknat av Lars-Eric Hellman, inköpsansvarig. Den som tecknar Polismyndigheten i Västra Götalands firma är närmast rikspolischefen och det är knappast motiverat att FXM skulle kräva att rikspolischefen undertecknar ett intyg till ett anbud i en offentlig upphandling avseende kommission. Det kan inte anses förenligt med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU att kräva att intyg från referenserna ska vara undertecknade av behörig firmatecknare. I intyg avseende tidigare uppdrag har angetts att underskrift ska ske av ”uppdragsgivarens kontaktperson”. Referensblanketterna ifylls av referenspersonerna själva och ett uteslutande kan inte vara hänförligt till tredje man på det sätt som skett.

Polismyndigheten i Västra Götaland har intygat att uppdrag motsvarande den upphandlande tjänsten utförts av Kvibergs. FXM har som skall-krav i upphandlingen angett att anbudsgivarna avseende referenser ska ange en ”kortfattad beskrivning av uppdraget”. Av intyget från Polismyndigheten i Västra Götaland framgår en kortfattad beskrivning av uppdraget. Intyget har ifyllts av referenspersonen själv. Att utesluta en anbudsgivare med anledning av en beskrivning från tredje man (och som anbudsgivaren själv inte kan kontrollera) är inte förenligt med 1 kap. 9 § LOU.

Av Kvibergs avtal med DHL framgår att avtalet rör inrikestransporter. Vidare framgår att uppdragen utföres i enlighet med DHL Express Sweden AB:s uppdragsvillkor samt NSAB 2000. Kvibergs har således redogjort för på vilket sätt Kvibergs förfogar över DHL:s resurser.

Kvibergs har uppgett ett antal underleverantörer som bolaget samarbetar med och lämnat in dokumentation som visar att det finns etablerade relationer med de företag vars tjänster kan bli aktuella att ta i anspråk. FXM har inte insett skillnaden mellan underleverantörer och samarbetspartners. I upphandlingen har det inte kunnat ges några fasta volymer och vid avrop är det av erfarenhet ofta kort om tid. Kvibergs har samarbete med ett stort antal underleverantörer för att tjänsten alltid ska kunna utföras. Det finns ingen möjlighet för Kvibergs eller andra leverantörer att teckna mer precisa avtal med sina underleverantörer. Detta särskilt då den aktuella tjänsten avser stora flöden i stora delar av landet. Kvibergs själv ansvarar för upphandlingen såväl juridiskt som ekonomiskt. Det är Kvibergs, i förhållande till FXM, som har att uppfylla sina åtaganden. Det faller på sin egen orimlighet att anbudsgivare måste ha bindande avtal med alla underleverantörer som sträcker sig över aktuellt avtal, särskilt när det inte tillförsäkras några volymer eller ens anges på vilka platser som t.ex. transporter ska utföras. Ett sådant krav är knappast proportionerligt, varför den redovisning som Kvibergs lämnat i samband med anbudet är tillfyllest.

Som framgår av e-post från FXM har anbudsgivarna enbart haft en skyldighet att "lämna in underlag" för underleverantörer. Detta har Kvibergs också gjort. Att Kvibergs därutöver angett en rad underleverantörer för att tillförsäkra sig om att kunna utföra tjänsten även då FXM ger extremt korta ledtider är snarast något som gagnar FXM och som inte kan leda till att anbudet från Kvibergs förkastas. Kvibergs har utfört samma tjänst för FXM (dåvarande Försvarets materielverk) tidigare och med samma uppbygg avseende underleverantörer. Detta har skett under en tidsperiod om tio

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

år och Kvibergs har under denna period köpt, sålt samt även genom kommission hanterat mer än 25 batcher. FXM är högst medvetna om att Kvibergs med bästa resultat kan fullgöra det aktuella åtagandet. Det sätt på vilket Kvibergs angett sina underleverantörer står i överensstämmelse med vad som anges i 11 kap. 12 § LOU och FXM har inte möjlighet att kräva någonting därutöver.

FXM bestrider bifall till ansökan och anför huvudsakligen följande. Kvibergs anbud uppfyller inte samtliga skall-krav i upphandlingen. FXM:s beslut att inte kvalificera Kvibergs anbud har varit korrekt och förenligt med LOU. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Kvibergs anbud uppfyller samtliga skall-krav har FXM emellertid haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen. FXM hade i en sådan situation enbart haft Kvibergs anbud att utvärdera och därmed ingen möjlighet att jämföra olika anbud och välja det mest förmånliga på grundval av objektiva grunder. Någon skyldighet att tilldela kontraktet till Kvibergs hade då inte förelegat utan FXM hade även i en sådan situation haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen. FXM:s beslut att avbryta upphandlingen har inte föranlett att Kvibergs lidit eller kan komma att lida skada.

FXM bildades den 1 augusti 2010 och då skedde en verksamhetsövergång från bl.a. Försvarets materielverk till FXM. Det är inte korrekt att Kvibergs utfört motsvarande tjänster för FXM tidigare och att FXM därför är medveten om att Kvibergs kan fullgöra det aktuella åtagandet. De personer som Kvibergs hänvisar till har tidigare varit anställda vid Försvarets materielverk, men är numera anställda vid FXM. Den omständigheten att FXM inte godtagit referenser från personer som är anställda hos FXM, förändrar inte förhållandet att skall-kravet avseende blanketten *Uppdrag – beskrivning och intyg* inte är uppfyllt. Av praxis framgår att det är omdiskuterat huruvida egna referenser är förenliga med LOU. För att undvika risken för eventuella överträdelser av LOU har FXM avsiktligt och enhetligt valt att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

inte godta sådana referenser. Att godkänna de av Kvibergs lämnade uppgifterna skulle innebära en otillåten förändring av förutsättningarna för upphandlingen. En upphandlande myndighet får inte ge otillbörliga konkurrensfördelar till en anbudsgivare i egenskap av tidigare leverantör. Eftersom de uppdrag som Kvibergs hänvisar till dessutom inte har utförts åt FXM utan åt annan myndighet, skulle ett utnyttjande av sådan kännedom utgöra ett än mer allvarligt brott mot LOU och är därför helt uteslutet.

Av blanketten *Uppdrag – beskrivning och intyg* framgår tydligt att den skulle undertecknas av såväl behörig firmatecknare som av uppdragsgivarens kontaktperson med angivande av telefonnummer. Det har bekräftats genom *Frågor och Svar* att användningen av begreppet ”behörig firmatecknare” är avsiktlig och att det verkligen är behörig firmatecknares undertecknande som krävs för uppfyllande av skall-krav när detta angetts. Den blankett som Kvibergs lämnat avseende Vattenfall Services Nordic AB är undertecknad av Curt Andersson och till styrkande av hans firmateckningsrätt har Kvibergs åberopat en fullmakt utställd av Jan Bardell. Fullmakten är emellertid mycket begränsad och medger inte Curt Andersson någon befogenhet att teckna Vattenfall Services Nordic AB:s firma i en sådan situation som är aktuell i målet. I enlighet med det registerutdrag som Kvibergs ingett i målet är Jan Bardell verkställande direktör i Vattenfall Services Nordic AB men saknar ensam firmateckningsrätt annat än för löpande förvaltningsåtgärder. Jan Bardell är således inte ensamt behörig firmatecknare i Vattenfall Services Nordic AB för aktuell åtgärd och därmed är fullmakten för Curt Andersson inte heller behörigen undertecknad. Såväl då fullmakten inte omfattar erforderlig befogenhet för Curt Andersson som då fullmakten inte är behörigen undertecknad är skall-kravet avseende blanketten *Uppdrag – beskrivning och intyg* inte uppfyllt.

Den blankett som Kvibergs lämnat avseende Polismyndigheten i Västra Götaland är undertecknad av Lars-Eric Hellman, inköpsansvarig. I blanket-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

ten har orden "Behörig firmatecknare" strukits över under Lars-Eric Hellmans underskrift. Det finns ingenting i Kvibergs anbud som utvisar att Lars-Eric Hellman skulle ha behörighet att teckna Polismyndigheten i Västra Götalands firma. Kvibergs har inte bifogat någon dokumentation till anbudet till styrkande av Lars Eric Hellmans behörighet i detta avseende, enligt delegation, och den omständigheten att orden "Behörig firmatecknare" i blanketten strukits över indikerar snarare att Lars-Eric Hellman varit medveten om att han saknar sådan behörighet. Att godkänna de av Kvibergs inlämnade blanketterna skulle innebära en otillåten förändring av förutsättningarna för upphandlingen. Det är inte möjligt för den upphandlande myndigheten att i efterhand frånga ett uppställt skall-krav. Vad Kvibergs anfört om att referensblanketterna uppvisar Kvibergs erfarenhet och att dessa fylls i av referenspersonerna själva förändrar inte denna bedömning.

Av blanketten *Uppdrag – beskrivning och intyg* framgår tydligt att det utgjorde skall-krav i upphandlingen att det av redovisningen i blanketten skulle framgå att uppdraget avsåg efterfrågat verksamhetsområde (fordon och mängdmateriel) eller motsvarande, att uppdraget genomförts under minst 4 månader i följd samt att uppdraget genomförts under perioden 2007-2011. FXM anser det viktigt att leverantörer av den nu upphandlade tjänsten har i tiden relevant erfarenhet av motsvarande uppdrag som utförts under minst den angivna tiden och kraven är därför förenliga med LOU. Den blankett som Kvibergs lämnat avseende Polismyndigheten i Västra Götaland saknar uppgifter om när uppdraget utförts och uppfyller således inte kraven på redovisande av att uppdraget genomförts under minst 4 månader i följd och att uppdraget genomförts under perioden 2007-2011. Därmed är inte skall-kravet avseende ifyllande av blanketten *Uppdrag – beskrivning* och intyg uppfyllt.

I Kvibergs anbud angavs DHL som en av bolagets underleverantörer. Det utgjorde skall-krav i upphandlingen att för underleverantörer redovisa vissa

uppgifter och dokument, däribland organisationsnummer samt signerat och daterat bindande avtal med anbudsgivaren för hela avtalsperioden, utvisande hur anbudsgivaren faktiskt förfogar över resurserna/ kompetenserna hos underleverantören. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att kvalificeringen gäller både anbudsgivaren och eventuella kontrakterade underleverantörer/samarbetspartner. Det har vidare bekräftats i *Frågor och Svar* att samtliga skall-krav avseende underleverantörer även avser samarbetspartners och att underleverantör och samarbetspartners skulle inge samma information. Det dokument som Kvibergs åberopat som avtal med DHL i upphandlingen utvisar inte hur Kvibergs faktiskt förfogar över DHL:s resurser/kompetenser. Dokumentet anger endast att uppdraget utförs i enlighet med vissa uppdragsvillkor samt NSAB 2000 men uppdragsvillkoren finns inte bifogade i anbudet. Därmed är inte skall-kravet avseende obligatoriska uppgifter för underleverantörer uppfyllt för Kvibergs underleverantör DHL.

I Kvibergs anbud anges även Farmarauktioner, Norlens Transporter, Sanfridssons Åkeri, GLC, Relier Real Estate och Hans Andersson Recycling som bolagets underleverantörer. Kvibergs har inte avseende någon av de ovan nämnda underleverantörerna presenterat bindande avtal med Kvibergs för hela avtalsperioden utvisande hur Kvibergs faktiskt förfogar över resurserna/kompetenserna hos respektive underleverantör. Inte heller i övrigt uppfyller Kvibergs skall-kravet avseende obligatoriska uppgifter för underleverantör.

Kvibergs har gjort gällande att bolaget självt har det juridiska och ekonomiska ansvaret för upphandlingen och att informationen om bolagets underleverantörer och samarbetspartners lämnats upplysningsvis, vilket på något sätt skulle frånta Kvibergs skyldigheten att uppfylla uppställda skallkrav för bolagets underleverantörer. Det framgår emellertid klart av *Frågor och svar* att FXM valt att inte göra någon distinktion mellan kraven på underleverantörer och kraven på samarbetspartners i upphandlingen. För att

säkerställa leveranser är det av yttersta vikt för FXM att leverantörer av den nu upphandlade tjänsten har etablerade avtalsförhållanden med sina underleverantörer och samarbetspartners. Den omständigheten att det är leverantören själv som svarar gentemot FXM är inte en tillräcklig säkerhet i detta avseende. Det förtydligande per e-mail som Kvibergs ingett i målet överensstämmer helt med det förtydligande som FXM gjorde redan i *Frågor och Svar* och kan särskilt mot denna bakgrund inte tolkas på det sätt som Kvibergs nu gör gällande. Det har stått helt klart vilken information som skulle inges för anbudsgivarens underleverantörer och samarbetspartners i upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt de icke direktivstyrda reglerna i 15 kap. LOU. I 15 kap. 2 § LOU anges vilka bestämmelser i övrigt i LOU som ska tillämpas vid upphandling enligt det kapitlet. I 15 kap. 15 a § LOU finns en bestämmelse enligt vilken en leverantör vid behov får åberopa andra företags kapacitet när det gäller ett visst kontrakt. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Bestämmelsen i 15 kap. 15 a § motsvarar 11 kap. 12 § LOU.

Den 1 november 2011 trädde ändringar i 16 kap. LOU i kraft som innebar att kapitlet fick en ny disposition och paragrafnumrering. Enligt övergångsbestämmelserna (SFS 2011:1030) gäller den äldre lydelsen för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. I 16 kap. 5 § LOU i den tillämpliga lydelsen anges 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning i målet avser huruvida FXM genom sitt beslut att avbryta upphandlingen har handlat på ett sådant sätt som strider mot LOU. Av Regeringsrättens avgörande i RÅ 2008 ref. 35 framgår att ett beslut om avbrytande av en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och det måste följa de grundläggande principerna i unionsrätten. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Av FXM:s avbrytandebeslut framgår att upphandlingen avbrutits på grund av att myndigheten i samband med att anbuderna skulle utvärderas fann att inget anbud uppfyller samtliga kvalificeringskriterier. För att bedöma om myndigheten haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen ska förvaltningsrätten pröva det som Kvibergs har anfört, vilket kan sammanfattas med att skallkrav har varit oproportionerliga samt att bolaget måste anses ha uppfyllt relevanta skallkrav och därför borde ha kvalificerat sig för utvärdering.

FXM har invänt att även om förvaltningsrätten skulle finna att Kvibergs rätteligen borde ha kvalificerats har bolaget inte lidit någon skada eftersom FXM har haft sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens. Den frågan aktualiseras dock i ett senare skede av upphandlingen och är enligt förvaltningsrättens bedömning en annan fråga än den som kan och ska prövas inom ramen för detta mål. Förvaltningsrätten finner därför skäl att pröva de invändningar som Kvibergs har gjort. Förvaltningsrätten finner också för gott att pröva samtliga invändningar även om, vilket kommer att framgå i det följande, förvaltningsrätten anser att FXM på flera punk-

ter har haft fog för sin bedömning att Kvibergs inte har uppfyllt ställda skall-krav.

Intyg från tidigare uppdragsgivare

Är kravet att en behörig firmatecknare ska underteckna lämnad referens oproportionerligt?

Av anbudsformuläret punkten 1.6 *Krav på anbudsgivaren* framgår bl.a. att anbudsgivaren skall lämna två referenser på liknande uppdrag som kommissionär. Anbudsgivaren skall för detta ändamål använda blanketten *Uppdrag – beskrivning och intyg*. Av blanketten framgår att den ska undertecknas med behörig firmatecknares underskrift. I *Frågor och svar* Fråga 6 bekräftas att det i samtliga fall där begreppet ”behörig firmatecknare” förekommer i förfrågningsunderlaget inklusive bilagor är just ”behörig firmatecknare” som avses. Kvibergs har gjort gällande att det inte kan anses förenligt med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU att kräva att intyg från referenserna ska vara undertecknade av behörig firmatecknare. Kvibergs har därtill bl.a. anfört att den som tecknar Polismyndigheten i Västra Götalands firma närmast är rikspolischefen och att det knappast är motiverat att kräva dennes undertecknande av ett intyg till ett anbud i en offentlig upphandling avseende kommission.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Förvaltningsrätten konstaterar att FXM inte angett vilket det egentliga syftet med att behörig firmatecknare ska underteckna blanketten *Uppdrag – beskrivning och intyg* är. Det har inte heller framkommit omständigheter som innebär att åtagandet att underteckna blanketten är av så stor betydelse att det måste göras av behörig firmatecknare. Kravet på att referensblanketten ska undertecknas av behörig firmatecknare framstår, enligt förvaltningsrättens mening, som överdrivet.

Förvaltningsrätten anser alltså att FXM i denna del har uppställt större krav på leverantörerna än vad som får anses vara ändamålsenligt för upphandlingen. Skall-kravet får anses oproportionerligt och det kan inte sägas ha funnits fog för FXM att diskvalificera Kvibergs på denna grund. Som framgår nedan saknar denna bedömning dock betydelse för utgången i målet i förvaltningsrätten eftersom FXM av andra skäl har haft fog för att diskvalificera bolaget från utvärdering.

Förbudet mot att använda personer anställda vid FXM som referenser

Kvibergs har hänvisat till tidigare uppdrag för Försvarets materielverk och åberopat referenspersoner som numera är anställda vid FXM. Kvibergs har anfört att det inte är förenligt med LOU att på det sätt som FXM gjort förbjuda en anbudsgivare att ange den upphandlande myndigheten som referens.

Reglerna i 15 kap. LOU föreskriver inte närmare vilken bevisning som kan eller får krävas angående teknisk och yrkesmässig kapacitet (jfr 11 kap. 10 § och "katalogen" i 11 kap. 11 § LOU). Under alla förhållanden måste det finnas ett utrymme för den upphandlande myndigheten att avgöra de närmare detaljerna kring vilken bevisning som myndigheten vill ha in. Det skäl som FXM har anfört för sitt val att inte tillåta referenser från personer anställda vid FXM måste anses som godtagbart. Förbudet framstår inte som godtyckligt eller osakligt grundat.

Brister i referensen från Polismyndigheten

Av blanketten *Uppdrag – beskrivning och intyg* framgår att av kommissionär redovisat uppdrag, inom verksamhetsområdet försäljning av övertaligt material, ska redovisas. Det skall av redovisningen framgå att uppdraget avser efterfrågat verksamhetsområde (fordon och mängdmateriel) eller motsvarande, att uppdraget genomförts under minst 4 månader i följd och att uppdraget har genomförts under perioden 2007-2011. FXM har anfört

att Kvibergs inte uppfyller skall-kravet då blanketten som ifyllts av Polismyndigheten saknar uppgifter om när uppdraget utförts. Kvibergs har gjort gällande att det inte är förenligt med 1 kap. 9 § LOU att utesluta en anbudsgivare med anledning av en beskrivning som gjorts av tredje man.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt att det i den aktuella blanketten inte redovisats uppgifter som visar att uppdraget genomförts under minst 4 månader i följd och att uppdraget har genomförts under perioden 2007-2011. Kvibergs har åberopat den aktuella referensen och bär därmed risken för att blanketten inte ifylls korrekt. Av förfrågningsunderlaget framgår att blanketter och intyg ska bifogas anbudet. Det har således ankommit på Kvibergs att se till att blanketten överensstämmer med ställda krav innan anbudet skickas in. FXM har haft fog för sin bedömning att Kvibergs inte har uppfyllt skall-kravet i denna del.

Avtal med underleverantörer

Kvibergs åberopande av DHL som underleverantör

I anbudsföreläret *punkten 1.6 Krav på anbudsgivaren* anges under rubriken *Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet* bl.a. att anbudsgivaren i anbudet skall uppge eventuella underleverantörer och samarbetspartners samt beskrivning av deras verksamhetsområden, kompetenser och resurser. Av anbudsföreläret *punkten 1.7 Underleverantörer och samarbetspartners* framgår bl.a. följande.

Om anbudsgivare avser att lägga ut vissa delar av åtagandet på underleverantörer eller samarbetspartners skall detta redovisas nedan, per företag:

- företagsnamn
- organisationsnummer
- adress och kontaktuppgifter
- verksamhetsområde
- av behörig firmatecknare signerat eller daterat bindande avtal med anbudsgivaren för hela avtalsperioden enligt FXM anbudsfördran. Bindande avtal ska visa på hur anbudsgivaren faktiskt förfogar över resurserna/ kompetenserna hos underleverantören eller samarbetspartnern som är nödvändiga för att uppfylla eventuellt avtal

Redovisning avseende underleverantörer gäller underleverantörer som på uppdrag av anbudsgivaren säkerställer dennes åtagande vad avser transport och lagring av materiel.

Rätten för leverantör att, i enlighet med 15 kap. 15 a § LOU, åberopa andra företags kapacitet gäller inte villkorslöst utan endast under förutsättning att leverantören kan bevisa att denne faktiskt kommer att förfoga över underleverantörens resurser. Regeln i 15 a § innebär att anbudsgivaren måste lämna in dokumentation tillsammans med anbudet som visar att den åberopade underleverantören har åtagit sig att ställa resurser till förfogande – dvs. ett ”aktivt” åtagande från underleverantören. Det ankommer alltså på anbudsgivaren att genom t.ex. avtal visa att han förfogar över erforderlig kapacitet (jfr. prop. 2006/07:128 s. 246).

Kvibergs har i sitt anbud angett DHL som en av sina underleverantörer och bifogat ett avtal med DHL. Av det ingivna avtalet med DHL, daterat den 24 juni 2004, framgår att det mellan DHL Express (Sweden) AB och Kvibergs har träffats avtal om inrikestransporter samt att alla uppdrag utförs i enlighet med vid varje tidpunkt aktuella DHL Express (Sweden) AB:s Uppdragsvillkor samt NSAB 2000. Uppdragsvillkoren finns inte bifogade anbudet.

Av förfrågningsunderlaget punkten 7 *Kvalificering* framgår att kvalificeringen gäller både anbudsgivaren och eventuella kontrakterade underleverantörer/ samarbetspartners. Förvaltningsrätten finner att Kvibergs inte kan anses uppfylla skall-kravet att redovisa hur bolaget faktiskt förfogar över resurserna/ kompetenserna hos DHL. FXM har alltså haft fog för att diskvalificera Kvibergs på denna grund.

Kvibergs åberopande av andra underleverantörer

Kvibergs har till sitt anbud även bifogat handlingen ”*Beskrivning underleverantörer verksamhetsområde kompetens*” av vilken framgår att Kvibergs har underleverantörer som bolaget köper olika tjänster av. Förutom DHL anges ytterligare sex bolag. Det är ostridigt att bindande avtal med Kvibergs inte presenterats avseende dessa bolag. Kvibergs har anfört att kravet på bindande avtal för hela avtalsperioden står i strid med principen om proportionalitet då anbudsgivare inte kan ha bindande avtal med alla sina underleverantörer som sträcker sig över aktuellt avtal när det i upphandlingen inte ens angetts volymer eller på vilka platser t.ex. transporter ska utföras.

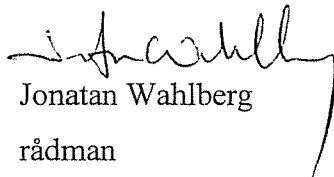
Förvaltningsrätten finner att Kvibergs inte kan anses uppfylla skall-kravet att redovisa hur bolaget faktiskt förfogar över resurserna/ kompetenserna hos de sex underleverantörer som angetts i handlingen ”*Beskrivning underleverantörer verksamhetsområde kompetens*”. Det som återstår att pröva är om det aktuella kravet strider mot proportionalitetsprincipen. FXM har stöd för kravet i 15 kap. 15 a § LOU. Av förfrågningsunderlaget framgår att FXM inte lämnar någon garanti för att uppdraget omfattar ett visst antal försäljningar eller materiel. Det innebär alltså en viss affärsrädd risk att lämna anbud, men denna omständighet kan inte innebära att det skulle vara oproportionerligt av FXM att följa lagens bestämmelser när det gäller att ställa det aktuella kravet.

Avslutning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att FXM haft fog för sitt beslut att inte ta upp Kvibergs anbud till utvärdering. En konsekvens av detta är att FXM:s beslut att avbryta upphandlingen får anses ha varit sak-

ligt grundat. Det finns inte skäl att ogiltigförklara det beslutet. Kvibergs ansökan ska därför avslås.

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



Jonatan Wahlberg
rådman

Föredragande har varit My Lorenius.



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 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
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 uppgive 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