



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

**DOM**

2017-08-10

Meddelad i Stockholm

Mål nr

2377-17

**SÖKANDE**

UNIFEQ Europé Sp z o o

Ombud: Advokat Katerina Strömsholm

Strömsholm Advokatbyrå AB

World Trade Center

Jungmansgatan 12

211 19 Malmö

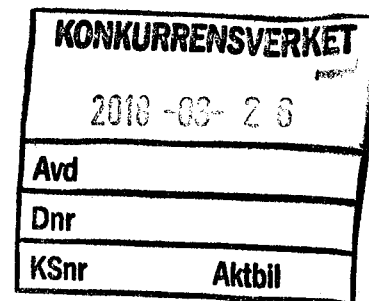
**MOTPART**

Försvarets materielverk

115 88 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 855378

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**Telefax**

08-561 680 01

**E-post:** [forvaltningsrattenistockholm@dom.se](mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se)

[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

**Expeditionstid**

måndag–fredag

08:00-16:30

**YRKANDEN M.M.**

Försvarets materielverk (FMV) genomför en upphandling av ”Framework agreement Re: T-shirt and underwear”, dnr 398242-AI903431.

Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. FMV har i tilldelningsbeslut beslutat att anta anbudet från Cooneen Defences Ltd (Cooneen Defences).

**UNIFEQ Europè Sp. Z o o.** (Unifeq) ansöker om överprövning och yrkar att anbudet från Cooneen Defences inte ska beaktas. Då det inte finns något anbud som uppfyller ställda obligatoriska krav ska upphandlingen göras om. Unifeq anför bl.a. följande. Cooneen Defences anbud uppfyller inte samtliga ställda ska-krav i förfrågningsunderlagets avsnitt 13.6 avseende anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Inte heller uppfyller det anbudet ska-kravet i förfrågningsunderlagets avsnitt 15 avseende exportlicens. Unifeq har på grund av de angivna bristerna i upphandlingen lidit eller riskerar att lida skada.

**FMV** bestrider bifall till Unifeqs ansökan och anser att ansökan ska avslås. FMV anför bl.a. följande. Cooneen Defences anbud uppfyller de krav som ställts i upphandlingen. De krav som ställts i förfrågningsunderlaget är förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna. De krav som ställts har varit transparenta och har kunnat tolkas på det sätt som varit avsett. Leverantörerna har behandlats lika och de krav som ställts är proportionerliga.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

**Unifeq**

Anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet

Cooneen Defences uppfyller inte kravet i avsnitt 13.6.1 andra stycket. Av Cooneen Defences anbud framgår att företaget åberopar teknisk kapacitet av

ett kinesiskt företag. Cooneen Defences anbud innehåller inte några som helst åtaganden från det tilltänkta företaget (produktionsanläggningen) att Cooneen Defences kommer att få förfoga över den erforderliga kapaciteten vid kontraktets fullgörande. Något annat bevis för att det kinesiska företaget åtar sig att tillhandahålla denna kapacitet finns inte heller i anbudet. En avsiktsförklaring som är juridiskt oförbindande räcker inte. Under frågor och svar har FMV bekräftat att anbudsgivaren ska visa att den uppfyller samtliga finansiella och tekniska krav. Unifeq kan förvisso dela FMV:s beskrivning av ett underleverantörsförhållande. Förekomsten av ett underleverantörsförhållande innebär dock inte att anbudsgivare inte kan åberopa underleverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet om sådan behövs. Anbudsgivare måste då bevisa att denne vid kontraktets fullföljande kommer att förfoga över den externa kapaciteten. Anbudsgivaren måste lämna ett juridiskt bindande åtagande från underleverantören eller annan bevisning som styrker underleverantörens juridiskt bindande skyldighet att ställa kapaciteten till anbudsgivarens förfogande. Om Cooneen Defences inte har åberopat annat företags kapacitet uppfyller inte företaget något av de obligatoriska krav avseende anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet som uppställs i förfrågningsunderlagets avsnitt 13.6.

#### Exportlicens

Cooneen Defences uppfyller inte ska-kravet i avsnitt 15 avseende exportlicens. Cooneen Defences avser att anlita en produktionsanläggning i Kina. För den aktuella leveransen krävs det enligt kinesiskt lagstiftning en exportlicens för militära produkter. Cooneen Defences anbud innehåller inte någon uppgift om exportlicens. Unifeq hänvisar till två utlåtanden upprättade av kinesiska advokater som gjort bedömningen att samtliga varor enligt FMV:s ramavtal definieras som "military item" samt översättningar av kinesisk lagstiftning. Rättsutlåtandena har självfallet upprättats enligt gällande kinesisk lagstiftning. De kinesiska advokaterna har gjort en kvalificerad juridisk bedömning i enlighet med kinesisk rätt på samma sätt som en svensk advokat skulle göra motsvarande bedömning enligt svensk rätt.

FMV:s tolkning av den kinesiska lagstiftningen har inte något stöd i ”Administration List”. Samtliga handlingar har varit översatta av en auktoriserad översättare.

## FMV

### Anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet

Cooneen Defences uppfyller de krav som FMV ställt i förfrågningsunderlaget. Cooneen Defences har gett in sådant intyg från produktionsstället som krävs i klausul 13.6.1 punkt C i förfrågningsunderlaget. Cooneen Defences har även lämnat in intyg om kvalitetsledningssystem enligt klausul 13.6.1 punkt A och B. Företaget intygar att det kommer att producera de produkter som efterfrågas och i den volym som krävs. Syftet med kravet är att säkerställa att leverantören inom produktion av efterfrågade varor klarar av de krav som FMV ställt inom upphandlingen och på vilken grund kontrakt slutits. Risk finns annars att anbudsprover lämnas in som framställts vid ett produktionsställe, men att den verkliga produktionen inom kontraktet sker på andra produktionsställen som inte klarar ställda krav. Det intyg som ska inges enligt 13.6.1 punkt C i förfrågningsunderlaget är tillräckligt för att garantera att produktionen kommer att ske vid samma produktionsställe som för anbudsprover. Att dessutom ställa krav på att varje leverantör ska åberopa underleverantörers tekniska kapacitet inom anbudet vore därför onödigt. Krav på att anbudsgivaren själv ska signera åtagandet eller att det är anbudsgivaren som ska klara kravet på produktion av T-shirts och underkläder kan inte utläsas i ordalydelsen i punkten 13.6.1.

Det föreligger en skillnad mellan utnyttjande av underleverantör och åberopande av annans kapacitet. Att utnyttja en underleverantör innebär att en leverantör sluter kontrakt med någon som i sin tur verkställer hela eller delar av leverans. En underleverantör är en tredje man i förhållande till avtalsrelationen mellan anbudsgivare och upphandlande myndighet. I nu aktuell upphandling utför en underleverantör sömnadsarbete av T-shirts och

underkläder. Att åberopa annan kapacitet innebär att någon annans kapacitet krävs för att en anbudsgivare ska uppfylla tekniska krav eller krav på ekonomisk ställning. Om det skulle bedömas att kravet i klausul 13.6.1 andra stycket innebär att ett åtagande från underleverantör ska ges in inom anbudsgivningen som bevis på leverantörens tekniska kapacitet kan konstateras att FMV genom det intyg som getts in är förvissad om att leverantören förfogar över de resurser som åberopas.

#### Exportlicens

Kravet i klausul 15 innebär att i de fall leverantören behöver exportlicens för att leverera enligt kontraktet ska detta redovisas särskilt i anbudet. Villkoren för en exportlicens får inte medföra avsteg från kraven i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare bär därmed ansvar för att redovisa exportlicens i enlighet med kontraktet. Cooneen Defences har inte redovisat sådan uppgift och får anses ha gjort samma tolkning av kravet som FMV. FMV har inte anledning att ifrågasätta Cooneen Defences bedömning att exportlicens inte behövs. FMV anser att de ingivna intygen har ett oklart bevisvärde. FMV delar inte Unifeqs tolkning att det av bifogade kinesiska dokument följer att det för export av t-shirts och underkläder från Kina krävs en exportlicens. På grund av den osäkerhet översättningarna innebär menar FMV att en tolkning med dessa som utgångspunkt inte kan göras som medför en skyldighet att inge uppgift om exportlicens för T-shirts och underkläder. Skrivningen i artikel 2 i administration regulation visar inte att T-shirts och underkläder omfattas av en skyldighet avseende exportlicens i Kina. Eftersom hela klausul 13.1 inte har översatts är det inte klarlagt vilken omfattning regleringen i 13.1.1.1 om military bedding and clothing har. Osäkerheten som föreligger innebär att de dokument som ingetts inte kan ges sådan betydelse att Cooneen Defences anbud ska uteslutas på den grunden att en uppgift om exportlicens inte ingetts. Cooneen Defences har därmed uppfyllt kravet och kan inte uteslutas från upphandlingen på den grunden.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Utgångspunkter för prövningen

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades den 2 maj 2016.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medför att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

### Fråga om anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet

Unifeq gör gällande att Cooneen Defences har åberopat teknisk och yrkesmässig kapacitet av ett kinesiskt företag. Unifeq anser att Cooneen Defences inte har lämnat ett bindande åtagande från det åberopade företaget och därför inte uppfyller det obligatoriska kravet i 13.6.1 andra stycket i förfrågningsunderlaget.

Av 11 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

I förfrågningsunderlaget under avsnitt 8 respektive 13 anges bl.a. följande.

#### 8.1 General information

The tender sample shall verify that the production plant/s processes the technical ability to manufacture in compliance with the technical specification for this Contract Documents.

The tender shall include: Name and address of the production plant/s.

#### 13.6 Requirements regarding Tenderer's technical and professional capacity

The production plant/s shall have the following technical and professional capacity:

The Tenderer shall verify that the production plant/s has a quality system and an environmental system that satisfies the requirements stated in clause *Certificates regarding Tenderer's technical and professional capacity*:

- A) Regarding – Quality management system
- B) Regarding – Environmental management system
- C) Regarding – Production and volumes

##### 13.6.1 Certificates regarding Tenderer's technical and professional capacity

The Tenderer shall verify that the production plant/s satisfies the requirements stated above by written certificate/s such as:

- A) A valid EN ISO 9001 certificate or equivalent quality management system certificate.
- B) A valid EN ISO 14001 certificate or equivalent environmental management system certificate.
- C) A document confirming that the production plant will produce the required products and the required volumes.

If the Tenderer refers to the technical capacity of other enterprises (e.g. production plant/s), the Tenderer shall provide undertakings from the enterprises in question or in another way prove that the Tenderer will have access to the necessary resources when the contract is to be performed.

Coonen Defences har i sitt anbud lämnat en skrivelse från produktionsanläggningen med följande innehåll:

I can confirm we currently produce similar product and have provided these type of items for the last 8 years for Cooneen.

I can also confirm that we have the suitable capacity in the production area to manufacture the estimated quantities.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten konstaterar att FMV har ställt ett klart och tydligt obligatoriskt krav på att den produktionsanläggning som anbudsgivaren använder ska ha viss teknisk och yrkesmässig kapacitet. Av förfrågningsunderlaget framgår också att produktionsanläggningen ska namnges. FMV har även ställt som krav att om anbudsgivaren åberopar annat företags kapacitet, t.ex. en produktionsanläggning, ska anbudsgivaren tillhandahålla ett åtagande från företaget i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Av Cooneen Defences anbud framgår att företaget har gett in de intyg som anges i förfrågningsunderlaget under avsnitt 13.6.1 första stycket A-C avseende den produktionsanläggning som Cooneen Defences avser använda. I Cooneen Defences anbud finns även produktionsanläggningen namngiven. Enligt förvaltningsrättens mening uppfyller produktionsanläggningen därmed de krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet som den upphandlande myndigheten har ställt i förfrågningsunderlaget under avsnitt 13.6.1 första stycket A-C.

Fråga är därefter om Cooneen Defences åberopat ett annat företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet avseende produktionsanläggningen. FMV anser att Cooneen Defences har anlitat en underleverantör som endast utför sömnadsarbete åt företaget och anser att exemplifieringen (e.g. production-plant/s) i andra stycket 13.6.1 är olyckligt.

Cooneen Defences har angett ett kinesiskt företags kapacitet för att visa att bolaget uppfyller ett kvalificeringskrav i upphandlingen. Med beaktande



därav och med hänsyn till förfrågningsunderlagets utformning i andra stycket avsnitt 13.6.1. finner förvaltningsrätten att Cooneen Defences får anses ha åberopat annat företags kapacitet.

Frågan blir därmed om Cooneen Defences, genom det intyg som getts in med anbudet, kan anses ha visat att det förfogar över erforderlig kapacitet hos det kinesiska företaget. Unifeq anser att en avsiktsförklaring som inte är juridisk bindande inte är tillräckligt. FMV å sin sida anför, om Cooneen Defences får anses ha åberopat annat företags kapacitet, att FMV genom det intyg som getts in är förvissad om att leverantören förfogar över de resurser som åberopas. Av förarbetena till LOU framgår att det ankommer på anbudsgivaren att genom t.ex. ett avtal visa att han förfogar över erforderlig kapacitet (prop. 2006/07:128 s. 246). I praxis har bevisningen ansetts tillräcklig när en skrivelse angav att det andra företaget och dess resurser stod till leverantörens förfogande för utförandet av uppdraget (kammarrätten i Stockholm i mål 7153-12). Bevisningen har även bedömts tillräcklig när åtagandet från de åberopade företagen inte var helt tydligt (Kammarrätten i Sundsvall i mål 2304-09). Genom intyget bedöms det visat att Cooneen Defences förfogar över produktionsanläggningens resurser. Förvaltningsrätten anser således att kravet som ställts i förfrågningsunderlaget under avsnitt 13.6.1 andra stycket är uppfyllt.

#### **Fråga om exportlicens**

Unifeq gör vidare gällande att Cooneen Defences inte uppfyller det obligatoriska kravet i avsnitt 15 i förfrågningsunderlaget när Cooneen Defences anbud inte innehåller någon uppgift om exportlicens trots att det, enligt Unifeq, krävs exportlicens för export av de upphandlade varorna från Kina.

Av förfrågningsunderlaget under rubriken ”export licence”, avsnitt 15 framgår följande.

In those cases where supply in accordance with this Contract documents requires an export license, this shall be specifically stated in the tender. The conditions for an export license may not deviate from any of the conditions in this Contract documents.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget kan utläsas att en exportlicens ska bifogas som bevis endast i de fall det krävs en exportlicens för export av de aktuella varorna. FMV är av uppfattningen att eftersom Cooneen Defences inte har redovisat sådan uppgift så krävs ingen exportlicens för att fullgöra leveransen. FMV har också påtalat att det saknats anledning att ifrågasätta Cooneen Defences bedömning att exportlicens inte behövs.

Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav strider mot likabehandlingsprincipen. En upphandlande myndighet har dock ingen skyldighet att kontrollera att uppgifter som lämnas i ett anbud i sig är riktiga, om inte omständigheterna i det enskilda fallet ger anledning att ifrågasätta detta. Mot bakgrund av förfrågningsunderlagets utformning har FMV, enligt förvaltningsrättens mening, inte haft anledning att ifrågasätta om Cooneen Defences behöver en exportlicens för att fullgöra leveransen.

En upphandlande myndighet får dock inte efterge eller bortse från sådana krav som uppställs i förfrågningsunderlaget, även om uppgifter blivit kända först i samband med överprövningsprocessen. Fråga är då om de uppgifter som numera har kommit fram visar att Cooneen Defences anbud inte uppfyller det i avsnitt 15 ställda kravet.

Unifeqs bevisning för att Cooneen Defences inte uppfyller kravet består av två rättsutlåtanden från två kinesiska advokater samt auktoriserade översättningar av kinesisk lagstiftning gällande export av militära föremål. FMV anser att de ingivna intygen har ett oklart bevisvärde och att det inte kan göras en tolkning med dessa som utgångspunkt som medför en

skyldighet att inge uppgift om exportlicens för T-shirts och underkläder. Vad Unifeq har anfört och den bevisning som bolaget presenterat anser förvaltningsrätten inte vara tillräckligt för att visa att Cooneen Defences inte uppfyllt de obligatoriska kraven ställt mot FMV:s bestridande och förklaringar.

### **Slutsats**

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Unifeq har anfört i målet inte utgör omständigheter som visar att FMV har genomfört upphandlingen i strid mot LOU. Det saknas därmed grund för ingripande med stöd av denna lag. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Eva Blom  
Rådman

Tove Engelkes har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

---

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*

## Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

