



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-12-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19682-11
Enhet 14

SÖKANDE

Lean Concepts AB, 556662-3202
Box 17037
104 62 Stockholm

Ombud: Advokat Emma Berglund och Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-12-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Lean Concepts AB: s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 185859

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

09:00-15:00

BAKGRUND

Försvarets Materielverk (FMV) genomför, genom öppet förfarande, en ramavtalsupphandling av resurskonsulttjänster och utbildning inom Lean, dnr 362257-AI823714.

Enligt meddelande om tilldelningsbeslut av den 23 september 2011 har FMV beslutat att tilldela Valcon AB (Valcon) uppdraget.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Lean Concepts AB (Lean Concepts) yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om.

I andra hand yrkar Lean Concepts att upphandlingen ska rättas på så sätt att Valcon ska diskvalificeras ur upphandlingen med följd att det saknas anbudsgivare att tilldela ramavtal vilket medför att upphandlingen ska göras om.

FMV yrkar i första hand att Lean Concepts talan ska avvisas. För det fall förvaltningsrätten beslutar att inte avvisa Lean Concepts talan utan finner att skäl att pröva talan i sak bestrider FMV bifall till ansökan.

Lean Concepts bestrider yrkandet om avvisning.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

FMV anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Talerätt

Det är ostridigt att Lean Concepts anbud rätteligen förkastats i upphandlingen. Giltighetstiden för Lean Concepts anbud gick i enlighet med föransökningsfordran ut den 30 september 2011. Lean Concepts ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten den 3 oktober 2011. Vid denna tidpunkt hade Lean Concepts inget giltigt anbud och saknar därmed talerätt.

FVM åberopar Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) dom av den 14 juni 2011 i mål nr 7311-10 till stöd för uppfattningen att Lean Concepts saknar talerätt. FMV uppfattar rättspraxis som om förhållandet vid den aktuella rättshandlingen, d.v.s. i detta fall ansökan om överprövning är avgörande för om ett bolag har talerätt. Om Lean Concepts anbud varit giltigt vid ansökan om överprövning och giltighetstiden gått ut under överprövningen hade saken sannolikt kunnat bedömas annorlunda.

Det kan inte krävas att en myndighet ska förlänga anbudstiden för anbud som rätteligen har förkastats. En anbudsgivare vars anbud rätteligen har förkastats skulle i ett sådant fall genom att vägra förlängning kunna framtvunga att upphandlingen görs om. En anbudsgivare har också möjlighet att ta eget initiativ till förlängning av anbudstiden.

Lean Concepts anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Talerätt

En leverantörs talerätt regleras i 16 kap. 1 § LOU. Av 16 kap. 1 § framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §. Det är således tillräckligt att en leverantör, för att ha talerätt, kan visa att det finns risk för skada på grund av överträdelse av LOU.

Omständigheterna i HFD:s dom av den 14 juni 2011 i mål 7311-11 är inte jämförbara med förevarande fall. I förevarande fall avser målet prövning av ett första tilldelningsbeslut genom vilket leverantören som ansökt om överprövning uteslutits. FMV har inte efterfrågat förlängning från någon leverantör. Det vore orimligt att en upphandlande myndighet skulle kunna frånta leverantörer möjligheten att ansöka om överprövning genom att meddela tilldelningsbeslut precis innan anbudens giltighetstid löper ut och inte begära att anbudens giltighetstid förlängs (jfr. dom från Kammarrätten i Stockholm den 22 november 2011 i mål 4625-11). Vidare ska noteras att i begreppet leverantör ligger inte endast leverantör som ansökt om att få delta i anbudsgivning eller lämnat anbud utan varje leverantör som haft intresse av att tilldelas kontrakt. Det innebär att en leverantör, som trots att den inte lämnat anbud, ändå kan begagna sig av överprövningsinstitutet.

Skada

Valcons anbud skulle mot bakgrund av att bolaget inte uppfyller skalkraven rätteligen ha diskvalificerats i upphandlingen. Vidare kan ramavtal, i förevarande fall, inte ingås med flera leverantörer samt att anbudens giltighetstid löpt ut vilket är omständigheter som medför att upphandlingen ska göras om. För det fall FMV agerat i enlighet med LOU skulle det ha saknats anbud att anta i upphandlingen med följd att FMV hade varit

tvungna att påbörja en ny upphandling/göra om upphandlingen eller möjligen att låta bli att upphandla.

FMV har felaktigt påstått att en överträdelse av LOU som endast skulle kunna utgöra grund för rättelse inte kan orsaka Lean Concepts skada. Förvaltningsrätten kan oavsett hur en sökande har utformat sin talan fritt välja mellan att besluta om rättelse eller att en upphandling ska göras om.

Det är oväsentligt för skadebedömningen att det inte går att tvinga en upphandlande myndighet att genomföra en upphandling om det inte finns behov av de aktuella tjänsterna eller varorna. Om Valcon utesluts riskerar Lean Concepts att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 5 § LOU (jfr dom från Kammarrätten i Göteborg den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10, dom från Kammarrätten i Göteborg den 7 oktober 2011 i mål nr 665-11 och dom från Förvaltningsrätten i Stockholm den 9 maj 2011 i mål nr 6521-11).

Anbudens giltighetstid

Tilldelningsbeslut meddelades den 23 september 2011. Enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU löpte därmed en avtalsspärr till och med den 3 oktober 2011 med följd att giltigt avtal tidigast kunde ingås den 4 oktober 2011. Enligt anbudsinfördran skulle anbudet vara giltigt till och med den 30 september 2011. Någon förlängning av anbudens giltighetstid har inte skett. Per den 4 oktober 2011 saknades därmed giltiga anbud i upphandlingen med följd att det inte var möjligt att avsluta upphandlingen genom tecknande av kontrakt. Detta oavsett att ett villkorat kontrakt ingåtts den 23 september 2011 med Valcon. Upphandlingen kan därför inte avslutas genom tecknande av kontrakt.

Då det därmed inte längre föreligger några giltiga anbud i upphandlingen kan denna i enlighet med vad som uttalats i Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 7788-09 och 6097-09 samt uttalanden i Konkurrensverkets yttrade dnr 336/2010, inte avslutas genom tecknande av kontrakt.

Ramavtal med flera leverantörer

Enligt punkt 4.2.1 i anbudsinfordran avser upphandlingen ramavtal med flera leverantörer. Vidare framgår att FMV maximalt kommer att teckna ramavtal med fem leverantörer och att ramavtalet kommer att vara rangordnat.

Av tilldelningsbeslutet framgår att FMV valt att tilldela endast en anbudsgivare, Valcon, ramavtal i upphandlingen. FMV har genom att endast tilldela en anbudsgivare ramavtal ändrat förutsättningarna för upphandlingen under upphandlingens gång. För det fall FMV hade önskat ingå ramavtal med en leverantör skulle det ha angivits i anbudsinfordran. Agerandet strider mot anbudsinfordran, 1 kap. 9 § LOU och principerna om likabehandling och transparens varför upphandlingen måste göras om (jfr dom från Kammarrätten i Göteborg den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10 och dom från Förvaltningsrätten i Stockholm den 9 maj 2011 i mål nr 6521-11).

Uppfyllande av skall-krav vad avser registreringsbevis och språk

Av anbudsinfordrans punkt 2 framgår att för kvalificering av anbudsgivare och utvärdering av anbud ska anbudsgivare besvara och/eller kommentera samtliga ställda krav i förfrågningsunderlaget. Av anbudsinfordrans punkt 10 framgår vidare att FMV kommer att kontrollera att anbudsgivaren uppfyller ställda krav på anbudsgivaren innan utvärdering av anbud sker. Det framgår således av anbudsinfordran att anbudsgivaren ska uppfylla samtli-

ga krav som ställts enligt anbudsinfordran för att komma ifråga för utvärdering.

Av anbudsinfordrans punkt 10.3 framgår att registrering i aktiebolags, handels- eller föreningsregistret, vilketdera som är tillämpligt, ska bifogas anbudet. Det framgår vidare att detta styrkes genom företagsbevis eller registreringsbevis från behörig myndighet samt att intyg eller bevis enligt ovan inte skall vara äldre än sex månader, räknat från sista dagen för inlämnande av anbud. Valcon har inkommit med ett dokument benämnt "Certificate of Good Standing" från Bolagsverket. Detta dokument är varken ett företagsbevis eller ett registreringsbevis. I ett registreringsbevis går bl.a. att utläsa styrelsens sammansättning, firmateckningsrätt, vem som är revisor, antal aktier samt aktiekapital. Detta är uppgifter som "Certificate of Good Standing" inte innehåller. Valcon borde ha diskvalificerats från utvärderingen eftersom bolaget inte uppfyller ovannämnda skall-krav. Det är oväsentligt om registreringskravet har sin bakgrund i en fakultativ bestämmelse. FMV valt att formulera kravet som ett skall-krav, vilket de inte i efterhand kan välja att efterge (jfr dom från Kammarrätten i Stockholm den 20 april 2010 i mål nr 768-10). FMV har genom att utvärdera Valcons anbud handlat i strid med anbudsinfordran, 1 kap. 9 § LOU och principerna om likabehandling och transparens.

FMV har anfört att uteslutningsfrågan skulle ha begränsats i punkt 10.2.2 första stycket punkten 6 i anbudsinfordran. Ovannämnda punkt har inte något samband med skall-kravet i anbudsinfordrans punkt 10.3 varför uteslutningsfrågan inte är begränsad.

Av anbudsinfordrans punkt 13.1 framgår att all dokumentation i upphandlingsärendet skall vara på svenska. Valcons ingivna "Certificate of Good Standing" är upprättat på engelska. Lean Concepts anser dock att det saknas ett väsenlighetskrav i LOU för att en skall-kravsbrist ska medföra att

en anbudsgivare ska uteslutas ur en upphandling. Valcons anbud borde därför, även om det skulle ha ansetts att det ingivna intyget var i överensstämmelse med anbudsinfordrans skall-krav på registreringsbevis, ha diskvalificerats på den grunden att de givit in ett intyg som är upprättat på engelska (jfr dom från Kammarrätten i Stockholm den 26 april 2011 i mål nr 6969-10).

Valcon har inkommit med otillåtna kompletteringar enligt 9 kap. 8 § LOU

Valcon har, utöver vad som redovisats ovan angående bristfällig skallkravsuppfyllnad, inkommit med en otillåten komplettering av sitt anbud beträffande ett skall-krav.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Av paragrafens andra stycke framgår att den upphandlade myndigheten också får begära att ett anbud eller ansökan kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Anbudstiden i upphandlingen löpte ut den 18 augusti 2011. FMV har den 2 september skickat en förfrågan till Valcon. Valcon har besvarat förfrågan genom att inkomma med kompletteringen till FMV bestående av ett helt nytt CV. Innehållet i kompletteringen avser skallkravsuppfyllnad relaterad till punkt 10. 4 i anbudsinfordran. Av anbudsinfordrans punkt 10. 4 framgår följande. Lärare skall ha minst 5 års dokumenterad erfarenhet av att genomföra utbildning inom lean samt anbudsgivaren skall i anbudet bifoga CV som styrker att kravställd kompetensprofil för lärare och konsulter finns inom företaget vid tidpunkten för anbudets inlämnande.

FMV:s begäran om kompletterande uppgifter från Valcon och Valcons komplettering får anses klart ha gått utöver vad som är tillåtet enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Kompletteringen från Valcon är av sådan art och omfattning att den inte får tillåtas efter anbudstidens utgång, varför FMV har agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU och likabehandlingsprincipen samt 9 kap. 8 § LOU genom att beakta kompletteringarna från Valcon.

Valcons anbud uppfyller inte heller efter kompletteringen skall-kraven i upphandlingen

Även vid beaktande av kompletteringen med det nya CV:t uppfyller Valcon inte skall-kravet i anbudsförfrågans punkt 10.4.

I det kompletterande CV:t anges avseende personens erfarenhet under perioden från mars 2006 till januari 2007 följande. Tränar och ansvarar som teamledare i administrativa handläggningsprocesser. Det är nya flöden som är uppbyggt med processfokus. Fokus är på kundorientering, rättsäkerhet och effektivitet.

Av beskrivningen framgår inte att personen i fråga utbildat inom lean den aktuella perioden. Det faktum att det anges i CV:t att personen i fråga arbetat som adm. handläggare med processoptimering och lean under perioden 2004-2006 medför inte att personen i fråga har dokumenterad erfarenhet av att genomföra utbildning inom lean, vilket är ett skall-krav enligt punkt 10.4 i anbudsinfordran. Det är inte förrän från och med februari 2008 som det nämns att konsulten i fråga arbetat med lean. Vid bortseende från perioden mars 2006 till januari 2007 uppfyller inte Valcon skallkravet om minst fem års dokumenterad erfarenhet av att genomföra utbildning inom lean varför FMV borde ha diskvalificerat Valcon även på denna grund.

FMV anför vidare bl.a. följande till stöd för sin talan.

Skada

FMV konstaterar att Lean Concepts påstående om att bolaget kan lida skada förutsätter att förvaltningsrätten anser att FMV handlat i strid mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen samt att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrätten förordnar i regel att en upphandling ska göras om när en brist enligt LOU har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Lean Concept har inte gjort gällande att en eventuell brist har påverkat det konkurrensuppsökande skedet utan påstår endast att det föreligger brister hänförliga till kvalificerings- och utvärderingsfasen. En sådan brist aktualiserar endast frågan om rättelse.

Lean Concepts har inte kunnat tilldelas upphandlingskontraktet på grund av bristande uppfyllelse av skalkravet avseende fast pris. Eftersom Lean Concepts anbud rätteligen har förkastats kan en rättelse av någon annan del av upphandlingsförfarandet inte ändra på detta förhållande. Lean Concepts har därför inte lidit eller kunnat komma att lida skada med anledning av upphandlingen och uppfyller därmed inte skaderekvisitet i 16 kap. 5 § LOU.

FMV bestrider att FMV skulle ha varit tvungna att göra om den nu aktuella upphandlingen eller påbörja en ny upphandling om det inte inkommit några giltiga anbud (jfr prop. 2009/10:180 s. 149 sista stycket). FMV hävdar att vid sådana omständigheter finns kan myndigheten antingen påbörja en helt ny upphandling eller avstå från upphandling genom avbrytande. Enligt FMV:s mening är det skillnad på ett fall där det från början finns giltiga anbud som skulle kunna antas men där anbudens giltighetstid gått ut innan tilldelningsbeslut och tecknande av upphandlingskontrakt och det fall som Lean Concepts grundar sin talan på, d.v.s. att det inte inkommit några anbud överhuvudtaget som uppfyller förfrågningsunderlagets krav. I ett så-

dant fall finns det inget krav på att en upphandlande myndighet måste göra om en pågående upphandling eller påbörja en ny upphandling.

Anbudens giltighetstid

FMV bestrider att FMV inte kunnat teckna upphandlingskontrakt på grund av att det inte funnits några giltiga anbud. FMV har tecknat upphandlingskontrakt genom FMV:s villkorade beställning den 21 september 2011 som bekräftats genom Valcons beställningserkännande den 23 september 2011. FMV inväntade beställningsbekräftelsen innan underrättelse om tilldelningsbeslut skickades ut till anbudsgivarna. Valcons anbuds giltighetstid gick enligt förfrågningsunderlaget ut den 30 september 2011 och var således giltigt vid tidpunkten för beställning och beställningserkännande. Upphandlingskontraktet är villkorat av eventuella överprövningar vilket framgår av punkt 1 i beställningen och beställningserkännandet. Avtalsbundenhet efter tilldelningsbeslut är en sak mellan myndigheten och anbudsgivaren. Detta innebär rimligen att när anbud väl antagits inom dess giltighetstid genom tilldelningsbeslut och sedermera beställning och beställningsbekräftelse kan inte någon annan anbudsgivare angripa anbudsgiltighetsfrågan rättsligt enligt LOU. Möjligheten att ingå villkorade kontrakt framgår av prop. 2001/02:142 s 71 och 78 samt bl.a. dom från Kammarrätten i Stockholm den 25 oktober 2010 i mål nr 5390-10 och dom från Kammarrätten i Stockholm den 5 juli 2011 i mål nr 2059-11.

Ramavtal med flera leverantörer

FMV bestrider att det inte skulle vara tillåtet att träffa ramavtal med endast en leverantör när endast en leverantör lämnat anbud som uppfyller villkoren i anbudsinfordran. Av anbudsinfordrans punkt 4.1 framgår att det är fråga om ett öppet förfarande och av punkt 4.2.1 framgår bl.a. att FMV avser teckna ramavtal med max fem leverantörer. Det finns således ingen

begränsning till ett visst minimiantal. FMV har således inte ändrat några förutsättningar för upphandlingen. Lean Concepts kan inte ha riskerat att lida skada för att FMV inte antagit tre till fem leverantörer istället för en.

Av 5 kap. 5 § LOU framgår att om ramavtal ingås med flera leverantörer ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. I det aktuella fallet finns endast en leverantör som uppfyller kraven. Av EG-domstolens dom i mål C-27/98, Fracaso och Leitschutz, REG 1999 s. I5697 och RÅ 2008 ref. 35 framgår att det inte finns någon skyldighet för en upphandlande myndighet att tilldela kontrakt i ett fall där endast en lämplig anbudsgivare återstår. Det finns inte heller någon bestämmelse som kräver avbrytande av upphandling i ett sådant fall.

I sådana fall när endast en leverantör uppfyller urvals- och tilldelningskriterierna äger myndigheten rätt att teckna ramavtal med denna leverantör varvid bestämmelsen i 5 kap. 4 § LOU avseende ramavtal med en leverantör blir tillämplig på ramavtalet. FMV åberopar lagrådets uttalande i prop. 2006/07:128 s. 336 till stöd för detta. FMV åberopar även det förhållande att aktuell upphandling som mål haft ett ramavtal med flera leverantörer men utan förnyad konkurrensutsättning, vilket innebär stor likhet med ett ramavtal med en leverantör. FMV har i förevarande fall haft att välja mellan att teckna ramavtal med den enda kvalificerade leverantören eller att avbryta upphandlingen.

Uppfyllande av skallkrav vad avser registreringsbevis och språk

Valcon uppfyller samtliga skall-krav. För det fall förvaltningsrätten inte skulle anse att Valcon uppfyller kravet avseende registrering utgör det inte

en sådan väsentlig brist att det utgör grund för att utesluta Valcon från upphandlingen.

Anbudsinfordrans punkt 10.3 med rubriken krav på registrering anger endast att det är för kontroll av att bolag är registrerat i tillämpligt register som FMV önskar bevis på registrering. Valcon har ingett ett "Certificate of good Standing" av vilket bolagets registrering, organisationsnummer och ekonomiska ställning framgår. Intyget innehåller de uppgifter som krävs enligt anbudsinfordrans punkt 10.3. FMV har också innan tidpunkten för tilldelningsbeslutet kompletterat informationen med uppgifter från affärs- och kreditupplysningsföretaget UC AB, (UC).

Registreringskravet är enligt 11 kap. 6 § LOU en fakultativ bestämmelse och det aktuella kravet ska ses i ljuset av bestämmelserna i 11 kap. 17 § där det framgår att en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörers lämplighet. Vidare har uteslutningsfrågan begränsats i förfrågningsunderlagets punkt 10.2.2 första stycket punkten 6 relativt tillämplig fakultativ bestämmelser i 10 kap. 2 § första stycket punkten 6 LOU. En brist avseende bevis för registrering kan mot denna bakgrund inte medföra uteslutning av en leverantör.

Vad som anförts ovan återopas även till stöd för att den omständigheten att Valcon ingett ett bevis för registrering på engelska inte är en sådan väsentlig brist att den bör diskvalificera Valcon från upphandlingen.

Förtydligande och komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU

FMV bestrider att det skulle vara oförenligt med LOU att begära förtydligande- eller komplettering avseende en specificerad persons utbildningskompetens. Vidare bestrider FMV att Valcons anbud oavsett komplette-

ringen inte uppfyller kravet i anbudsinfördrans punkt 10.3 avseende dokumenterad erfarenhet av utbildning inom lean.

Valcon har liksom Lean Concepts den 2 september 2011 erhållit en begäran från FMV om förtydligande av uppgifter avseende anbudsinfördrans punkt 10.4 med rubriken krav på och bevis på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Valcon och Lean Concepts har inkommit med begärda förtydliganden. FMV anser att det förhållandet att båda leverantörerna har beretts tillfälle att inkomma med komplettering innebär att det inte funnits någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning av anbudgivarna. Vad avser Valcons förtydligande anser FMV att det endast innebär en konkretisering av tidigare lämnade uppgifter.

I Valcons ursprungliga anbud med rubriken tidigare anställningar framgår att aktuell person arbetat för Köpenhamns kommun, Barn- och ungdomsförvaltningen, som HR konsult för åren 2006-2007 med bl.a. processoptimering och organisation och ledningsoptimering. Det är denna uppgift som förtydligats i kompletteringsunderlaget avseende träning och utbildning för mars 2006 till januari 2007. Det kan även framhållas att det i det ursprungliga CV: t anges under samma rubrik, tidigare anställningar, att personen i fråga arbetat för Köpenhamns kommun, familje- och arbetsmarknadsförvaltningen, 2004-2006 med processoptimering och lean.

Lean är ett vitt begrepp och processfokus, kundorientering, rättssäkerhet, effektivitet och flöden är centrala inom leanfilosofin. FMV betonar att det av anbudsinfördrans punkt 10.4 avseende krav på lärare anges att den 5 åriga utbildningserfarenheten ska finnas inom lean vilket innebär att det är tillräckligt med sådan erfarenhet inom en del av leanfilosofin.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 5 kap. 5 § LOU framgår följande. Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, skall dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Enligt 16 kap. 1 § LOU framgår följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §.

Enligt 16 kap. 5 § 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 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

Fråga om talerätt

FMV har anfört att Lean Concepts ansökan ska avvisas eftersom Lean Concepts anbud rätteligen förkastats i upphandlingen och ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten efter det att anbudens giltighetstid löpt ut.

Förvaltningsrätten konstaterar att Lean Concepts anbud var giltigt vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet och att bolaget inkommit med ansökan om överprövning inom den avtalsspärr som framgår av underrättelse om tilldelningsbeslut. Förvaltningsrätten anser att den omständigheten att anbudets giltighetstid hade löpt ut då Lean Concepts ansökan inkom till förvaltningsrätten inte innebär att Lean Concepts har gått miste om sin talerätt. Det saknas därför skäl att avvisa Lean Concepts talan och FMV:s yrkande ska därmed avslås.

Fråga om upphandlingen inte får avslutas genom tecknande av kontrakt på den grunden att anbudens giltighetstid löpt ut

Lean Concepts har anfört att upphandlingen inte kan avslutas genom tecknande av kontrakt eftersom anbudens giltighetstid har löpt ut.

Av handlingarna har framgått att FMV, genom en beställning den 21 september 2011 som bekräftats genom beställningserkännande den 23 september 2011, har tecknat ett villkorat upphandlingskontrakt med Valcon.

Avtalsbundenhet efter tilldelningsbeslut får anses som en fråga mellan den upphandlande myndigheten anbudsgivaren (jfr dom från Kammarrätten i Stockholm den 5 juli 2011 i mål 2059-11). Förvaltningsrätten anser mot

denna bakgrund och då anbuden i upphandlingen var giltiga vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet, att det inte kan anses oförenligt med LOU att avsluta upphandlingen genom ingående av kontrakt på den grunden att anbudens giltighetstid löpt ut.

Ramavtal med flera leverantörer

Lean Concepts har anfört att FMV har handlat i strid med anbudsinfordran och LOU genom att tilldela endast en anbudsgivare ramavtal.

FMV har i anbudsinfordran uppgett att upphandlingen avser ramavtal med flera leverantörer och att ramavtalet ska vara rangordnat. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att FMV, även om de angett att de avser att teckna ramavtal med flera leverantörer, inte har angett något minsta antal leverantörer i anbudsinfordran. Av 5 kap. 5 § LOU framgår att det i ett fall där det inte finns tillräckligt många kvalificerade är möjligt att ingå ramavtal med färre än tre leverantörer. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av hur anbudsinfordran har utformats och vad som anges i 5 kap. 5 § LOU att det inte kan anses oförenligt med LOU eller anbudsinfordran eller att i förevarande fall ingå ramavtal med en leverantör. Förvaltningsrätten anser därför att det saknas skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Fråga om Lean Concepts riskerar att lida skada

FMV har anfört att Lean Concepts endast kan anses lida skada om förvaltningsrätten skulle anse att FMV handlat i strid med LOU och beslutar att upphandlingen ska göras om. Eftersom Lean Concepts inte har gjort gällande att en eventuell brist påverkat det konkurrensuppsökande skedet anser FMV att Lean Concepts inte uppfyller skaderekvisitet i 16 kap. 5 § LOU.

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. I förevarande upphandling utvärderades dock endast ett anbud. Lean Concepts kan mot bakgrund härav riskera att lida skada vid det förhållandet att även Valcons anbud borde ha förkastats på grund av att Valcon inte uppfyllt alla skall-krav (jfr dom från Kammarrätten i Göteborg den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10). Förvaltningsrätten har därför att pröva Lean Concepts invändningar om att Valcon inte uppfyller skall-kraven i upphandlingen.

Skall-krav avseende registrering

Av anbudsinfordrans punkt 10.3 med rubriken krav på registrering framgår att registrering i aktiebolags- handels- eller föreningsregistret, vilketdera som är tillämpligt, ska bifogas anbudet. Vidare framgår att registrering styrkes genom företagsbevis eller registreringsbevis från behörig myndighet.

Enligt anbudsinfordrans punkt 13.1 ska all dokumentation i upphandlingen vara på svenska.

Valcon har givit in ett ”Certificate of Good Standing” vilket är ett dokument upprättat på engelska. Förvaltningsrätten gör bedömningen att dokumentet varken kan anses utgöra ett företags- eller registreringsbevis.


FMV har anfört att det inte funnits skäl att utesluta Valcon eftersom det ingivna intyget innehåller de uppgifter som krävs enligt anbudsinfordran, uppgifterna har varit tillgängliga för FMV vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet och att ingivande av bevis avseende registrering enligt LOU är en fakultativ bestämmelse som inte kan medföra uteslutning även om en brist i skulle anses föreligga.

Även om FMV har kunnat kontrollera uppgifterna på egen hand anser förvaltningsrätten att de handlingar som uttryckligen efterfrågats i anbudsinfordran och som angivits som ett skall-krav inte har ingivits. Dessutom har den handling som har getts in varit upprättad på engelska. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att Valcon inte uppfyller skall-kraven som FMV angivit i punkt 10.3 och 13.1. Valcons anbud borde således rätteligen ha förkastats.

Lean Concept får som anförts ovan anses i vart fall riskera att lida skada av att FMV inte har förkastat Valcons anbud. Mot bakgrund härav och eftersom det inte föreligger förutsättningar för rättelse ska upphandlingen göras om (jfr dom från Kammarrätten i Göteborg den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10). Bolagets ansökan ska därför bifallas.

Vid denna utgång finner förvaltningsrätten inte anledning att pröva om Valcon inte heller uppfyller anbudsinfordrans krav i punkten 10.4.

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


Anna Vilgeus Huldt

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Stina Wesslau.



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