



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2017-11-17  
Meddelad i Linköping

Mål nr  
4796-17  
5002-17

**SÖKANDE**

BKE Telecom AB, 556465-1551  
Ramgatan 2 B  
653 41 Karlstad

Ombud: Advokaterna Henrik Nilsson och Ulrik Karlsson  
Advokatfirman Allians  
Västra Kyrkogatan  
652 24 Karlstad

**MOTPART**

1. Fortifikationsverket  
631 89 Eskilstuna

2. Statens Fastighetsverk, 202100-4474  
Box 2263  
103 16 Stockholm

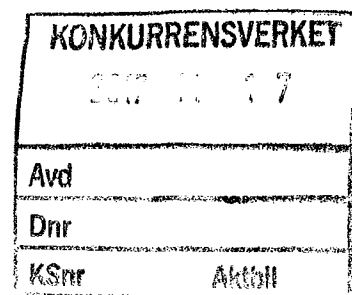
Ombud för 1 och 2: Advokaterna Markus Mårline och Magnus Nedström  
Advokatbyrån Sigeman & Co AB  
Anna Lindhs plats 4  
211 19 Malmö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU –  
förnyad konkurrensutsättning

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 306181

| Postadress                  | Besöksadress  | Telefon  | Telefax      | Expeditionstid               |
|-----------------------------|---------------|--|--------------|------------------------------|
| Box 406<br>581 04 Linköping | Brigadgatan 3 | 013-25 11 00<br>E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenilinkoping@dom.se">forvaltningsrattenilinkoping@dom.se</a><br><a href="http://www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se">www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se</a> | 013-25 11 40 | måndag–fredag<br>08:00–16:00 |

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Fortifikationsverket och Statens Fastighetsverk (verken) genomför en gemensam förnyad konkurrensutsättning benämnd Mobiltelefoner med tillbehör, diarienummer 1776/2017. Avropet sker utifrån Kammarkollegiets ramavtal Mobiltelefoner med diarienummer 96-95-2015.

Verken har den 15 juni 2017 fattat tilldelningsbeslut enligt vilket Atea Sverige AB har tilldelats kontraktet. BKE Telecom AB:s (bolaget) anbud förkastades eftersom samtliga obligatoriska krav inte bedömdes vara uppfyllda.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den förnyade konkurrensutsättningen ska rättas på så sätt att ny utvärdering görs vid vilken bolagets anbud beaktas. I andra hand yrkar bolaget att den förnyade konkurrensutsättningen ska göras om.

Verken bestrider bifall till ansökan.

## VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

### **Bolaget**

Enligt LOU finns en rätt att få åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Denna rätt har även slagits fast i praxis och det föreligger i målet inte någon undantagssituation. Bolaget har vid anbudslämnandet bifogat bevis på att bolaget genom åberopad underleverantör uppfyller ställda krav vid anbudslämnandet. Att bolagets anbud trots detta uteslutits strider såväl mot såväl detta krav som mot principerna om likabehandling och proportionalitet. Upphandlande myndighet får bestämma vad som ska upphandlas. Däremot står det inte upphandlarna fritt att uppställa oproportionella krav eller rekvisit som riskerar att begränsa konkurrensen i

en upphandling. Mailkonversationen med Apple inleddes efter att upphandlingsdokumentet upprättats. Denna visar att verken vid denna tidpunkt inte var medvetna om att nyttjandet av underleverantör riskerat att bryta mot Apples villkor och att detta skulle kunna innebära att denne förlorar sin auktorisation. Det framgår inte heller med säkerhet att så skulle vara fallet. Bara risken för att en underleverantör ska brista i sitt åtagande innebär ju inte att en anbudsgivare ska kunna uteslutas på sätt som verken gör gällande. Bolagets uppfattning är att den ursprungliga inställningen från Apple varit att underleverantörer kunnat användas, men att Apple synes ha ändrat inställning efter det att anbudstiden löpt ut.

I andra hand görs gällande att bolaget på egen hand uppfyllt ställda krav i upphandlingsdokumentet. Även i detta fall strider uteslutningen mot de grundläggande principerna i LOU. Det saknas i upphandlingsdokumentet ett uttryckligt krav på att leverantören ska inneha eget återförsäljar-ID redan i kvalificerings- och utvärderingsfasen. Bolaget meddelade även under denna fas att de skulle komma att ha tillgång till eget återförsäljar-ID vid avtalsstarten. Från och med juli 2017 ingår bolaget i Techsteps koncern och har därigenom åtnjutande av eget återförsäljar-ID. Verken har genom sitt förfarande varken beaktat likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen.

Mot bakgrund av ovanstående och då bolaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Överträdelserna har inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet, varför det är tillräckligt att rättelse sker genom ny anbudsutvärdering.

### **Verken**

Av det uppställda kravet i 1.8.3.3 upphandlingsdokumentet framgår tydligt att det är leverantören som för egen del måste ha ett återförsäljar-ID för DEP. Anledningen till att kravet har uppställts är att Apple inte tillåter sina

återförsäljare att agera underleverantörer. Detta är ett uttryckligt villkor i affärsavtal mellan Apple och återförsäljare. För det fall återförsäljare bryter mot detta villkor riskerar de att förlora sitt återförsäljar-ID för DEP. Bolaget har uteslutits från utvärderingen då bolaget inte har uppfyllt kravet.

Att en anbudsgivare som huvudregel har rätt att åberopa annans kapacitet för att uppfylla uppställda krav är ostridigt. Denna rätt är dock inte absolut. Det kan vara tillåtet att kräva att vissa arbeten utförs av anbudsgivaren själv. Målet handlar emellertid inte om rätten att åberopa annans kapacitet. Den relevanta frågan är i stället om bolaget visat att man kommer att förfoga över de aktuella resurserna, dvs. att man kommer att kunna fullgöra skyldigheten att tillhandahålla de s.k. DEP-tjänsterna. Kravet i upphandlingsdokumentet är uppställt i syfte att säkerställa att verken kommer att kunna erhålla den tjänst som omfattas av upphandlingsföremålet: en automatisk och enhetlig konfiguration av samtliga köpta Apple-enheter med registrering i Apples enhetsregistreringsprogram DEP. Denna tjänst är nödvändig och av upphovs- och kontrakträttsliga skäl kan DEP-tjänsterna endast tillhandahållas av någon som förvärvat licens och licensen får inte heller nyttjas av andra återförsäljare. Dessa förhållanden är allmänt veterliga i branschen och framgår även av Apples hemsida. Verken disponerar inte över dessa förhållanden, utan har att rätta sig efter dem.

Att bolaget efter anmodan från verken uppgett att bolaget ”ämnade” ha egen licens till avtalsstart innebär inte heller att det obligatoriska kravet är uppfyllt. Det vore inte rimligt att verken skulle tvingas att ingå avtal utan att, innan tilldelning sker, få kontrollera att vinnande anbudsgivare har de resurser och den kapacitet som krävs för att fullgöra kontraktet och vara hänvisade till att i stället häva kontraktet och göra om upphandlingen. Varken vid tidpunkten för anbudsgivning eller för tilldelningsbeslut ingick bolaget i Techstep-koncernen. Vad bolaget anfört om att det efter tilldelningsbeslutet kom att ingå i en koncern och därigenom fått återförsäljar-ID påverkar inte

bedömningen. Enligt bifogat svar från Apples representant stämmer inte heller uttalandet att representanten för Apple AB skulle ha gett ett godkännande till koncernen, eftersom det bolaget inte har mandat att ge sådana godkännanden. Alla avtal, överenskommelser och auktorisationer hanteras av Apple Inc. respektive Apple Distribution International.

För det fall förvaltningsrätten anser att det finns skäl för ingripande yrkas att den förnyade konkurrensutsättningen ska göras om då det inte är möjligt att utifrån tidigare uppställda skall-krav tilldela kontraktet till en anbudsgivare som inte uppfyller detta krav utan att bryta mot likabehandlingsprincipen. Kravställningen måste i sådant fall utformas annorlunda.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet.

### **Tillämpliga bestämmelser m.m.**

LOU upphörde att gälla den 1 januari 2017. Enligt 4 p. i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller dock den äldre LOU för sådana upphandlingar som påbörjades före den 1 januari 2017. Den förnyade konkurrensutsättningen har skett utifrån Kammarkollegiets ramavtal med diarienummer 96-95-2015. Förfarandet för att ingå detta ramavtal inleddes före ikraftträdandet av den nya lagen, varför den äldre LOU ska tillämpas.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iaktas. De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2016 ref. 37).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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 har gjorts (16 kap. 6 § LOU). Det är som huvudregel den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och har att göra sannolikt att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

Av punkten 1.8.3.3 *Auktoriserad återförsäljare* i förfrågningsunderlaget framgår följande.

*Leverantören (dvs Köparens avtalspart där hela inköpsprocessen från beställning till betalning av faktura ingår) ska vara auktoriserad Apple-återförsäljare och inneha eget återförsäljare-ID för DEP, vilket ska uppvisas på begäran av Köparen.*

Bolaget har i första hand gjort gällande att det uppfyller det obligatoriska kravet på återförsäljar-ID för DEP genom att underleverantör uppfyller det ställda kravet.

En anbudsgivare kan som huvudregel åberopa en annan leverantörs kapacitet. Denna rätt är emellertid inte absolut och ovillkorlig, vilket innebär att det kan finnas situationer då det är motiverat att kräva att ett visst krav uppfylls av anbudsgivaren själv. Kravet får då prövas i förhållande till de principer som anges i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten finner att det av kravet tydligt går att utläsa att en anbudsgivare ensam måste uppfylla kravet på auktorisation och innehav av återförsäljar-ID för DEP. Kravet måste därmed anses vara förenligt med principen om transparens och förutsebarhet.

Frågan är om det är förenligt med principen om proportionalitet att inskränka leverantörens möjligheter att åberopa extern kapacitet för att uppfylla kravet. Proportionalitetsprincipen innebär att krav i en upphandling inte får gå längre än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet ska ha ett samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till det. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att dessa förhållanden är uppfyllda.

Verken har anfört att DEP-tjänsterna är nödvändiga bl.a. för att köpta enheter ska kunna användas på ett enhetligt och driftsäkert sätt. Vidare anføres att tjänsterna av upphovs- och kontraktsrättsliga skäl endast kan tillhandahållas av någon som förvärvat licensen och att de inte kan nyttjas av andra återförsäljare, med risk för att de annars förlorar sitt återförsäljar-ID. Förvaltningsrätten gör bedömningen att kravet har ett tydligt samband med kontraktsföremålet och att det är en lämplig och effektiv åtgärd för att säkerställa att den avropade tjänsten kan utföras. Verken har också gjort sannolikt att det inte finns någon mindre ingripande åtgärd och att de negativa effekterna av kravet inte överväger nyttan med det. Vad som framkommit i målet ger därmed stöd för bedömningen att det uppställda kravet är proportionerligt. I målet har inte heller framförts något som visar att principen om likabehand-

ling skulle ha åsidosatts. Genom att hänvisa till underleverantör har bolaget, enligt förvaltningsrätten, inte uppfyllt det obligatoriska kravet.

Bolaget har i andra hand anfört att bolaget på egen hand uppfyller det obligatoriska kravet senast vid avtalsstart. Huvudregeln är att krav måste vara uppfyllda redan vid anbudstidens utgång, om ingenting annat anges i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Göteborgs mål nr 3688-14). Av förfrågningsunderlaget framgår inte uttryckligen vid vilken tidpunkt kravet ska vara uppfyllt. Vad som framkommit i målet visar inte heller att kravet i detta hänseende skulle stå i strid mot likabehandlings- eller proportionalitetsprinciperna. Det aktuella kravet ska således vara uppfyllt vid anbudstidens utgång. Genom att bolaget vid anbudslämnandet själva inte innehade sådant eget återförsäljar-ID har bolaget även i denna del brutit i uppfyllandet av detta obligatoriska krav.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att verken skulle ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag genom det i 1.8.3.3 uppställda kravet eller i övrigt på någon av de anförda grunderna. Mot bakgrund därav saknas skäl att förordna om ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

## **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Kristina H Samuelsson  
Rådman

Föredragande har varit juristen Louise Danielsson





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

---

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 nås 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.