



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2013-04-10
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 2914-13

SÖKANDE

Retriever Sverige AB, 556586-1571

Ombud: Advokat Christel Rockström och Jur.kand. Johan Linder
 Wistrand Advokatbyrå
 Box 7543
 103 93 Stockholm

MOTPART

Totalförsvarets Forskningsinstitut
 164 90 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2013-04-12 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Infopaq AB:s yrkanden.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras vid vilken anbudet från Infopaq AB inte beaktas.

Dok.Id 336667

| | | | | |
|-------------------|---------------------|---|----------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 09:00-15:00 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |

YRKANDEN M.M.

Totalförsvarets Forskningsinstitut (FOI) genomför en upphandling av mediebevakningstjänst, dnr FOI-2012-1296. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. FOI har i tilldelningsbeslut utsänt den 31 januari 2013 meddelat att det beslutat att anta anbud från Infopaq AB (Infopaq).

Retriever Sverige AB (Retriever) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska rätta upphandlingen på så sätt att anbudskvalificeringen ska göras om varvid anbudet från Infopaq ska diskvalificeras. Bolaget anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om förutsebarhet och transparens. Principerna har trätts för när genom att FOI vid anbudskvalificeringen har godtagit anbudet från Infopaq trots att det framgick av anbudet att det uppställda skall-kravet avseende erfarenhet och kompetens inte var uppfyllt. Retriever har lidit skada av att anbudet från Infopaq antagits.

FOI har i förfrågningsunderlaget uppställt skall-krav på erfarenhet och kompetens hos anbudsgivare. Kraven ska uppfyllas bl.a. genom förevisande av CV:n för de analytiker som ska vara tillgängliga för FOI. Av likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets skall-krav. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska få utvärdera och pröva anbudet. Om den upphandlande myndigheten ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna följaktligen kontrolleras och bedömas.

Som svar på de nämnda frågorna i förfrågningsunderlaget anger Infopaq i sitt anbud att det ”erbjuder två av sina mest erfarna analytiker” samt bifogar begärda CV:n. Av dessa CV:n framgår dock att analytikerna är verk-

samma i ett annat företag, nämligen Infopaq Sverige AB. Eftersom Infopaq åberopat analytiker som är verksamma i ett annat företag har Infopaq inte visat att Infopaq uppfyller skall-kraven angående erfarenhet och kompetens. Genom att FOI trots detta har tagit upp anbudet till utvärdering genomförs inte upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Det finns visserligen inget som hindrar anbudsgivare från att anlita underleverantörer eller att åberopa andra företags yrkesmässiga kapacitet, om detta kan styrkas med t.ex. ett åtagande från företagen ifråga. FOI hade emellertid i förfrågningsunderlaget punkt 1.3.13 särskilt efterfrågat uppgifter om underleverantörer. Enligt förfrågningsunderlaget skulle i förekommande fall anges i anbudet för vilka tjänster underentreprenörer kan komma att utnyttjas och vid användning av underleverantör ska detta i förväg anmälas till och godkännas av FOI. Såvitt framgår av anbudet har Infopaq inte åberopat några underleverantörer. Infopaq har därmed inte, vid uppfyllandet av skall-kraven på erfarenhet och kompetens, kunnat åberopa att kraven uppfylldes av något annat företag. Om Infopaq hade gjort det, skulle FOI haft möjlighet att kontrollera huruvida Infopaq genom detta andra företags resurser kunde tänkas uppfylla skall-kraven. Självklart hade det då även krävts att detta andra företag uppfyller övriga krav som ställs i upphandlingen. Uttryckligt krav på finansiell och ekonomisk ställning för eventuella underleverantörer framgår av punkt 1.4.3 i förfrågningsunderlaget. Det är inte av ett förbiseende Infopaq Sverige AB inte anges som underleverantör, eller inte självt lämnat anbud i upphandlingen. Anledningen är att Infopaq Sverige AB inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Bl.a. har Infopaq Sverige AB riskklass 1 hos UC, och uppfyller således inte skall-kraven i punkt 1.4.3 i förfrågningsunderlaget. Förfarandet är således ett försök av Infopaq att kringgå de i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kraven.

FOI bestrider bifall till Retrievers ansökan och anför bl.a. följande. Infopaq har lämnat ett anbud som uppfyller skall-kraven. Det var riktigt att utvärdera det aktuella anbudet och FOI har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling. Gällande det första skall-kravet i punkten 2.1.2.3 i förfrågningsunderlaget så har Infopaq bekräftat att kravet uppfylls. Gällande det andra skall-kravet i samma punkt så har Infopaq bifogat de CV:n som efterfrågats och därutöver vid namn preciserat att det är de två analytikerna vars CV:n bifogats som erbjuds. Det ställs inget krav i förfrågningsunderlaget om att anbudsgivare ska visa att analytiker finns tillgängliga, utan det enda krav som ställs gällande detta är att anbudsgivare ska uppge att så är fallet, vilket Infopaq gjort. Skäl att närmare utreda detta föreligger inte. Infopaq Sverige AB:s ekonomiska ställning saknar relevans i målet.

Då skall-krav ska tillämpas strikt enligt sin ordalydelse och utgångspunkten måste vara att de uppgifter som lämnas av en anbudsgivare är korrekta, så kan FOI inte se att Infopaqs anbud borde ha uteslutits från utvärderingen. För det fall förvaltningsrätten är av en annan åsikt anser även FOI att rättelse är möjlig i detta ärende.

Infopaq har beretts tillfälle att yttra sig i målet och yrkar i första hand att FOI:s tilldelningsbeslut ska fastslås, i andra hand att upphandlingen ska göras om i sin helhet. Infopaq uppger bl.a. följande. Infopaqs verksamhet bedrivs i tre legala enheter, varav Infopaq AB och Infopaq Sverige AB är två. Medarbetarna är anställda utifrån sina unika kompetenser i de olika bolagen, exempelvis levereras merparten av Infopaqs medieanalyser av Infopaq Sverige AB. Organiseringen i tre bolag är en formell och planerad företagsorganisering som inte på något sätt upplevs i eller påverkar det dagliga arbetet. Att de två analytikerna är anställda i det av de tre bolagen som har ett sämre kreditvärde äventyrar inte förmågan att leverera hög-

kvalitativa medieanalyser. En moderbolagsgaranti från Infopaq International A/S garanterar samtliga tre svenska Infopaqbolagens ekonomiska väl och ve. Det är möjligt att per omgående anställa de aktuella analytikerna i Infopaq AB.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Infopaq har inte en sådan partsställning i målet att förvaltningsrätten kan pröva bolagets yrkanden. Dessa ska därför avvisas.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Detta innebär bl.a. att leverantörerna ska ha samma förutsättningar vid anbudsgivningen och att de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget inte får frångås. Prövningen i förvaltningsrätten grundas på vad sökanden har framfört i målet och utgör en kontroll av om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Om den upphandlande myndigheten har gjort det 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).

Retriever har gjort gällande att Infopaq inte uppfyller skall-kravet avseende erfarenhet och kompetens hos anbudsgivare och att FOI genom att utvärdera anbudet brutit mot de grundläggande principer som ska iakttas vid genomförandet av en upphandling.

Av första stycket punkt 2.1.2.3 i förfrågningsunderlaget följer att "anbudsgivare skall ha kompetenta analytiker (minst två) som finns tillgängliga för FOI." Anbudsgivare ska svara med ja eller nej på frågan om kravet uppfylls. Infopaq har svarat ja. Av andra stycket samma punkt i förfrågnings-

underlaget följer att "anbudsgivare skall bifoga minst 2 (två) CV för analytiker som är tillgängliga för FOI." Infopaq har svarat att de erbjuder två av sina mest erfarna analytiker, namngett dem och bifogat deras CV:n. Enligt bifogade CV:n arbetar de aktuella analytikerna för Infopaq Sverige AB.

I punkt 1.3.13 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att anbudsgivaren har möjlighet att anlita underleverantörer, att i förekommande fall anges i anbudet för vilka tjänster de kan komma att utnyttjas och att vid användning av underleverantör ska detta i förväg anmälas till och godkännas av FOI.

Förvaltningsrätten finner att det av punkt 2.1.2.3 i förfrågningsunderlaget ensamt inte går att utläsa något krav på att de analytiker som erbjuds måste vara anställda av anbudsgivaren. Kravet i punkt 1.3.13 att i anbudet ange användning av underleverantörer innebär dock enligt förvaltningsrättens mening, för det fall någon underleverantör inte åberopas, att de uppställda kraven avseende erfarenhet och kompetens måste uppfyllas av anbudsgivaren själv eller genom utnyttjande av möjligheten i 11 kap. 12 § LOU att åberopa andra företags resurser. Enligt denna bestämmelse får en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska då 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.

Genom åberopandet av kompetensen hos två analytiker som är anställda av ett annat bolag får det anses stå klart att Infopaq inte ensamt har tillräcklig erfarenhet och kompetens för att fullgöra uppdraget. Infopaq har inte i sitt anbud angett att bolaget avser att anlita någon underleverantör. Bolaget har inte eller tillhandahållit något åtagande från ett annat företag vars kapacitet bolaget åberopar eller på annat sätt visat att bolaget kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Infopaqs anbud upp-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

fyller mot denna bakgrund inte de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget.

Enligt förvaltningsrättens mening har den upphandlande myndigheten ingen skyldighet att kontrollera att lämnade uppgifter är riktiga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifternas riktighet. Den upphandlande myndigheten får dock inte efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget om det framkommer att en anbudsgivare inte uppfyller ett uppställt skall-krav. Eftersom det framgår av de CV:n som bifogats Infopaqs anbud att de aktuella analytikerna arbetar för ett annat bolag har det funnits anledning för FOI att ifrågasätta att anbudet uppfyllde samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget.

Genom att anta Infopaqs anbud trots att detta inte uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen har FOI brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Retriever får härigenom anses ha lidit skada och det föreligger därför grund för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till att den brist som konstaterats är hänförlig till prövningen av om anbudet uppfyller skall-kraven är det tillräckligt att upphandlingen rättas. Rättelsen ska ske på så sätt att Infopaqs anbud inte tas upp till utvärdering.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Melin

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Johanna Jadstrand har föredragit målet.



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 var till 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 uppge 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.