



KLAGANDE

iAccess Technologies Inc.

Ombud: Advokat Christoffer Stavenow och jur.kand. Max Thimmig

MOTPART

Försvarets materielverk

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 oktober 2018
i mål nr 5387-18, se bilaga A

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt prövning av iAccess Technologies Inc:s ansökan om överprövning.

Kammarrättens interimistiska beslut den 12 november 2018 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

iAccess Technologies Inc. (härefter iAccess) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om, alternativt återförvisar målet till förvaltningsrätten. Bolaget för fram bl.a. följande. iAccess har lämnat anbud i upphandlingen, trots att bolaget redan på förhand visste att det inte kan uppfylla alla krav och inte skulle ha möjlighet att tilldelas kontrakt baserat på det aktuella förfrågningsunderlaget. Bolaget trodde felaktigt att man var tvungen att lämna in ett anbud för att kunna få talerätt. Förvaltningsrätten har inte prövat frågan om skada i förhållande till bristerna i förfrågningsunderlaget, vilket står i strid med de allmänna upphandlingsrättsliga principerna. Förfrågningsunderlaget innehåller kvalificeringskrav som strider mot lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS) och de allmänna upphandlingsrättsliga principerna. Kravet i avsnitt 6.5 ställer upp en geografisk begränsning som är både oproportionerlig och diskriminerande mot leverantörer som är etablerade utanför EU/EES. Kravet avseende certifiering som design- respektive produktionsorganisation i avsnitt 11.5 är antingen omöjligt för en anbudsgivare att uppfylla eller åtminstone oproportionerligt. Avsnitt 11.6, gällande att leverantören ska vara ett godkänt Lockheed Martin C-130 Service Center, innehåller ett beviskrav avseende anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Beviskravet finns inte uppräknat i den uttömmande listan i 12 kap. 11 § LUFS.

Försvarets materielverk (härefter FMV) anser att överklagandet ska avslås, vidhåller det som verket fört fram i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande. Den som ansöker om överprövning måste enligt rättspraxis kunna konkretisera sin skada i rimlig utsträckning. iAccess har inte på något sätt visat att bolaget skulle kunna lämna ett giltigt och konkurrenskraftigt anbud om de fel som påstås föreligga inte hade förekommit. Kommentaren till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling torde gälla även LUFS. Där anges att för att skaderekvisitet ska vara uppfyllt beträffande en leverantör

som inte lämnat anbud i en upphandling får förutsättas att leverantören kan övertyga domstolen om att denne hade kunnat lämna anbud beträffande den ifrågavarande upphandlingen om felet inte hade förelegat. iAccess bristfälligt ingivna och inkompleta anbud kan i ifrågavarande hänseende jämföras med ett anbud som inte lämnats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 16 kap. 6 § LUFSS framgår att det krävs att den ansökande leverantören har lidit eller kan komma att lida skada för att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Parterna är överens om att iAccess inlämnade anbud inte har uppfyllt kraven i förfrågningsunderlagets punkt 15.4 och 15.5, som anger på vilket sätt och inom vilken tid anbudet ska ges in. Frågan är om bolaget på grund av detta inte kan anses ha lidit skada till följd av de påstådda felaktigheterna i upphandlingen (jfr HFD 2013 ref. 53).


De felaktigheter som iAccess anser har funnits i upphandlingen rör krav på anbudet och anbudsgivaren som framgår av FMV:s förfrågningsunderlag. De påstådda felen är alltså hänförliga till det så kallade konkurrensuppsökande skedet. Det finns inte något generellt krav på att en presumtiv leverantör, som har visat att den riskerar att lida skada på grund av vissa brister i ett förfrågningsunderlag, ska ha gett in ett anbud för att denne ska kunna ansöka om överprövning i en upphandling. Kammarrätten anser att bolaget har visat att det skulle kunna komma att lida skada av de brister som har påtalats. Om iAccess inte hade gett in något anbud alls hade det således funnits anledning för rätten att pröva bolagets invändningar mot de angivna kraven i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten bedömer att det inte framstår som rimligt att iAccess ska gå miste om möjligheten att få sina invändningar mot det konkurrensuppsökande skedet prövade i domstol för

att bolaget har lämnat in ett anbud som inte uppfyllt formkraven och därmed alltså hamna i en sämre situation än vad som varit fallet om bolaget inte hade gett in något anbud alls. Kammarrätten bedömer därför att iAccess invändningar mot förfrågningsunderlaget ska prövas i sak, trots det som kommit fram om att iAccess anbud inte uppfyller formkraven i förfrågningsunderlagets punkt 15.4 och 15.5.

Kammarrätten bedömer vidare att de invändningar som iAccess har fört fram mot kraven i upphandlingen inte bör prövas av kammarrätten som första instans. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas och målet visas åter till förvaltningsrätten för prövning av iAccess invändningar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Pär Hemmingsson
kammarrättsråd
ordförande


Mona Aldestam
kammarrättsråd
referent


Cecilia Bohlin
kammarrättsråd

/Elisabeth Kornfeldt
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2018-10-31

Meddelad i Stockholm

Mål nr

5387-18

SÖKANDE

iAccess Technologies Inc.

Ombud: Advokat Christoffer Stavenow samt biträdande juristerna
Erik Sollenberg och Max Thimmig
Stavenow & Partners Advokatbyrå AB
Skeppsbron 40
111 30 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Försvarets Materielverk (FMV) genomför en ramavtalsupphandling benämnd "Swedish Armed Forces C-130 Life Time Extension", dnr 406990-AI918631. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS. FMV har den 15 december 2017 beslutat att förkasta anbud som inkommit från iAccess Technologies Inc. (iAccess). Av den underrättelse om förkastandebeslut som tillställts bolaget framgår att anbudet har förkastats till följd av att det inte har uppfyllt de obligatoriska krav som uppställts i punkterna 15.4 och 15.5 i förfrågningsunderlaget.

iAccess ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget har det uppställts krav som står i strid med bestämmelser i LUFSS. De otillåtna kraven har medfört att iAccess inte har kunnat lämna ett anbud som uppfyller alla krav i upphandlingen.

Förfrågningsunderlaget innehåller följande krav som strider mot LUFSS.

- I punkt 6.5 har det uppställts en geografisk begränsning som är både oproportionerlig och diskriminerande mot leverantörer som är etablerade utanför EU/EES. Kravet strider därför mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFSS.
- I punkt 11.5 har det uppställts ett krav avseende certifiering som design- respektive produktionsorganisation som antingen är omöjligt för en anbudsgivare att uppfylla eller åtminstone oproportionerligt. Kravet strider därför mot 12 kap. 2 § LUFSS samt mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFSS.

- I punkt 11.6 har det uppställts ett beviskrav avseende anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Beviskravet finns inte uppräknat i den uttömmande listan i 12 kap. 11 § LUFSS. Kravet strider därför mot 12 kap. 2 och 11 §§ LUFSS samt mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFSS.

Om FMV inte hade uppställt de otillättna kraven hade iAccess haft möjlighet att lämna ett korrekt anbud och tilldelas det kontrakt som är föremål för upphandlingen. iAccess har därmed lidit skada på det sätt som avses i 16 kap. 6 § LUFSS.

FMV bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. FMV har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFSS eller någon annan av de av iAccess åberopade bestämmelserna i lagen. iAccess har i vart fall inte kunnat lida någon skada med anledning av påstådda överträdelser av bestämmelser i lagen eftersom iAccess anbud rätteligen har förkastats på grund av att det inte inkommit till FMV i enlighet med de obligatoriska kraven i punkterna 15.4 och 15.5 i förfrågningsunderlaget.

iAccess inkom med sitt anbud per e-post den 30 november 2017, vilket var sista dagen för ingivande av anbud enligt förfrågningsunderlaget. Enligt upphandlingens förfrågningsunderlag (punkterna 15.4 och 15.5) ska anbuden inges i enlighet med två obligatoriska instruktioner. Den första avser det obligatoriska kravet att inkomma med anbud i pappersformat i ett original och två kopior till FMV:s specificerade adress och den andra avser det obligatoriska kravet att inkomma med en digital kopia via "E-avrop webpage". Det anges dessutom att anbudet enligt instruktion nr 1 även kan inlämnas vid besök hos FMV och det förtydligas att anbud som inkommer efter angivna sista tidpunkt för inkommande av anbud inte kommer att utvärderas. Slutligen klargörs att anbud ska inges både till angiven FMV-adress och via e-avrop inom angiven tid för att kunna utvärderas. Eftersom iAccess inte

uppfyllt något av nämnda obligatoriska krav för ingivande av anbud i upphandlingen beslutade FMV den 15 december 2017 att förkasta bolagets anbud.

iAccess anför här efter bl.a. följande. Det saknar betydelse att iAccess anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i punkterna 15.4 och 15.5 i förfrågningsunderlaget. För frågan om iAccess har lidit skada saknar det i själva verket betydelse att bolaget lämnade ett anbud över huvud taget. iAccess hade oavsett om anbudet lämnades i enlighet med kraven i punkterna 15.4 och 15.5 i förfrågningsunderlaget inte kunnat antas av FMV eftersom anbudet ändå inte uppfyller kraven som iAccess menar strider mot LUFSS. Det resonemang som FMV för skulle innebära att en leverantör som lämnar anbud, trots att den inte kan uppfylla vissa krav i upphandlingen som strider mot LUFSS, hamnar i ett sämre läge än en leverantör som avstår från att lämna anbud på grund av brister i upphandlingsdokumentens utformning. En sådan ordning är inte avsedd av lagstiftaren och saknar stöd i gällande rätt. Sammanfattningsvis kan det konstateras att iAccess har lidit skada och att det för den frågan saknar betydelse att bolaget över huvud taget lämnade anbud i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 11 § LUFSS stadgas följande. Upphandlande myndigheter eller enheter ska 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.

I 16 kap. 6 § första stycket LUFSS anges följande. Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i

1 kap. 11 § LUFSS eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

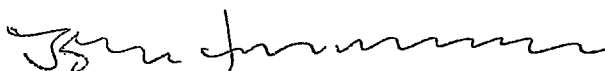
Förvaltningsrättens bedömning

iAccess har i målet gjort gällande att det i punkterna 6.5, 11.5 och 11.6 i förfrågningsunderlaget har uppställts sådana otillåtna krav som gör att upphandlingen måste göras om. En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om ingripande enligt LUFSS är dock att de brister som iAccess har gjort gällande har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

I målet har framkommit att iAccess anbud inte har gått vidare till utvärdering och att orsaken till detta har varit att anbudet inte inkommit i enlighet med de obligatoriska kraven i punkterna 15.4 och 15.5 i förfrågningsunderlaget. Det är ostridigt att iAccess inte uppfyllt dessa krav. Att bolagets anbud inte har utvärderats har, såvitt framkommit i målet, inget samband med hur FMV har utformat kraven i punkterna 6.5, 11.5 och 11.6 i förfrågningsunderlaget. Vid sådant förhållande anser förvaltningsrätten att iAccess inte har lidit eller kan komma att lida skada till följd av de brister som bolaget gjort gällande avseende dessa krav (jfr HFD 2013 ref. 53). Det saknas därför skäl för ingripande med anledning av vad bolaget har anfört i målet. Vid denna bedömning anser förvaltningsrätten att det inte finns anledning att pröva om de i målet ifrågasatta kraven har utformats i strid med bestämmelser i LUFSS. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).



Johan Lundmark
Chefsrådman

Carina Westin har varit föredragande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.