



SÖKANDE

Armatech i Kungsbacka AB, 556345-0146

Ombud: Advokat Daniel Wendelsson och jur. kand. Kristoffer Sällfors
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Polismyndigheten
Box 12256
102 26 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2020-04-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Polismyndighetens yrkande om avskrivning.

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning.

BAKGRUND

Polismyndigheten (Polisen) har genomfört en upphandling av andningsskydd (dnr A075.389/2019). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande i enlighet med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Polisen beslutade den 15 januari 2020 att tilldela kontrakt till Preventor AB (Preventor).

Armatech i Kungsbacka AB (hädanefter Armatech eller bolaget), ansökte den 23 januari 2020 om överprövning av upphandlingen.

Polisen har härefter, genom beslut den 7 februari 2020, avbrutit upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs att endast en anbudsgivare uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen och att Polisen därmed har rätt att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens.

YRKANDEN M.M.

Armatech yrkar att förvaltningsrätten beslutar att rättelse ska ske på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän en ny utvärdering har skett där bolagets anbud inte ska förkastas. Vidare ansöker Armatech om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten undanröjer detta.

Till stöd för sin talan för Armatech bl.a. fram följande. Polisen har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att förkasta bolagets anbud med hänvisning till att det inte uppfyller det obligatoriska kravet i punkten 3.1.11 i den tekniska kravspecifikationen. Armatech har bekräftat uppfyllnad av krav 3.1.11 genom att ange ”Ja” i anbudsformuläret. I kommentarsfältet till krav 3.1.11 i anbudsformuläret har bolaget också bekräftat att det offererade

fläktsystemet har ”full funktion vid temperatur -20°C”. Det faktum att bolaget har lagt till att fläktsystemet ”rekommenderas att brukas vid lägst -10°C pga. köldfaktorn” innebär inte att fläktsystemet inte kan användas vid temperatur -20°C. I stället är det en inneboende egenskap hos alla fläktsystem av det slag som Polisen har efterfrågat i upphandlingen, dvs. utan funktionen att luften som pumpas in värms upp, att när temperaturen i luften blir mycket kall kan användaren i vissa fall riskera att få köldskador i ansiktet av den luft som blåses in i masken. Detta gäller för samtliga anbudsgivares fläktsystem och därutöver för alla fläktsystem av aktuellt slag, utan uppvärmd luft, som existerar på marknaden. Det är denna köldeffekt som har föranlett Armatech att i anbudet rekommendera att fläktsystemet inte används vid temperaturer som är lägre än -10°C. Av samma skäl finns motsvarande rekommendation med i tillverkarens användarmanual för det offererade fläktsystemet. Det åberopas ett utlåtande från professor [REDACTED] till styrkande av att det offererade fläktsystem kan användas i temperaturer ner till -20°C. Bolaget har ett väsentligt lägre pris än den vinnande anbudsgivaren. Prisskillnaden är så pass stor att bolaget hade tilldelats kontraktet oavsett hur utvärderingen av kvaliteten av anbudet fallit ut. Bolaget har därför lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av Polisens överträdelse.

För att ett beslut om att avbryta en offentlig upphandling ska vara förenligt med LOU måste beslutet vila på sakligt godtagbara skäl, inte vara godtyckligt samt även i övrigt vara förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Samtliga förutsättningar måste enligt Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis och ett stort antal kammarrättsavgöranden vara uppfyllda för att avbrytandebeslutet ska vara förenligt med LOU. Det följer också av omfattande och entydig kammarrättspraxis att det är Polisen som har bevisbördan. Polisens påstående om bristande konkurrens i upphandlingen är felaktigt, eftersom två av de inkomna anbudena (från Armatech och Preventor) uppfyller de

obligatoriska kraven i upphandlingen. Det föreligger därmed inte någon bristande konkurrens.

Polisen bestrider bifall till ansökningarna och för bl.a. fram följande. Av punkten 3.1.11 i kravspecifikationen framgår att "Fläktsystemet ska kunna användas i temperaturer mellan -20 grader Celsius till +35 grader Celsius". Armatech har bredvid sitt svar för kravuppfyllelse kommenterat att systemet har full funktion vid -20° Celsius, men rekommenderas att brukas vid lägst -10° Celsius pga. köldfaktorn. Vidare förtydligas det under rubriken "varningar före användning" i användarmanualen för den aktuella produkten som Armatech har bilagt sitt anbud bl.a. att "felaktig användning av denna utrustning kan leda till personskador och dödsfall". Under samma rubrik anges även "använd inte om den omgivande temperaturen ligger utanför intervallet -10°C till +50°C". Det framgår tydligt av de beskrivna omständigheterna att det av Armatech offererade fläktsystemet inte klarar av temperaturer understigande -10°C utan att riskera personskador och dödsfall. I detta sammanhang ska även påpekas att det av kravspecifikationen tydligt framgår att "andningsapparaten ska ha sådana egenskaper att ordinarie arbetsuppgifter kan utföras med andningsskyddet påtaget". Det torde vara uppenbart att en person som drabbas av köldskador inte kan utföra sina ordinarie arbetsuppgifter.

EU-domstolen har i praxis klarlagt att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Dåvarande Regeringsrätten har vidare konstaterat att en upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas så länge detta sker på saklig grund. Att bristande konkurrens utgör sakliga skäl för avbrytande har fastslagits av EU-domstolen, vilket även Högsta förvaltningsdomstolen har kommit fram till.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Det finns inte någon bestämmelse i LOU som reglerar när en myndighet har rätt att avbryta en upphandling. Det framgår dock av såväl EU-rättslig som nationell praxis att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en inledd upphandling. EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 *Fracasso och Leitschutz*, punkterna 23 och 25).

En upphandlande myndighet får således anses ha ett stort utrymme för att göra bedömningar avseende när den vill avbryta en upphandling. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref 43).

Förvaltningsrättens bedömning

Vad förvaltningsrätten har att pröva

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att Polisen har yrkat att målet, såvitt avser ansökan om överprövning av upphandlingen, ska skrivas av. Mot bakgrund av att Armatech även har ansökt om överprövning av Polisens beslut att avbryta upphandlingen anser förvaltningsrätten att det inte finns grund att avskriva målet på så sätt som Polisen har gjort gällande (jfr HFD 2016 ref. 79). Yrkandet härom ska därför avslås.

Frågorna i målet är dels om Polisen har haft rätt att förkasta Armatechs anbud på grund av att bolaget inte har uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, dels om Polisen har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är i vilken ordning frågorna ska prövas.

Det finns inte någon fastslagen princip om i vilken inbördes ordning ett avbrytande av en upphandling och upphandlingen i sig ska överprövas. I normalfallet borde det rimliga vara att först pröva huruvida avbrytandet var korrekt för att därefter bedöma om upphandlingen har gått rätt till (jfr omständigheterna i HFD 2016 ref. 79). I förevarande fall är den åberopade grunden för avbrytandet av upphandlingen emellertid direkt avhängig frågan om Polisen har haft rätt att förkasta Armatechs anbud. Förvaltningsrätten finner därför att det är lämpligt att först pröva frågan om det var rätt av Polisen att förkasta bolagets anbud för att därefter ta ställning till om Polisen har haft rätt att avbryta upphandlingen.

Har Polisen haft grund för att förkasta Armatechs anbud?

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrens-
uppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de
obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet
(se HFD 2016 ref. 37).

I dokumentet ”Teknisk kravspecifikation” framkommer vilka krav som
ställs på de produkter som är föremål för Polisens upphandling. I punkten
3.1.11 anges att ett allmänt krav är att ”fläktsystemet ska kunna användas i
temperaturer mellan -20 grader Celsius till +35 grader Celsius”.

I punkten 3 i samma upphandlingsdokument anges att ”andningsapparaten
ska ha sådana egenskaper att ordinarie arbetsuppgifter kan utföras med
andningsskyddet påtaget”.

Armatech har i sitt anbud angett att det offererade fläktsystemet uppfyller
kraven i punkten 3.1.11. Bolaget har dock samtidigt lämnat en kommentar i
kommentarsfältet av vilken framgår att systemet, till följd av köldfaktorn,
rekommenderas att brukas vid lägst -10°C. Av den bilagerade
användarmanualen till fläktsystemet framgår vidare att systemet inte ska
användas om den omgivande temperaturen ligger utanför intervallet -10°C
till +50°C. I manualen anges även att felaktig användning av produkten kan
leda till personskador eller dödsfall.

Polisen har förkastat Armatechs anbud med motiveringen att fläktsystemet
inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen eftersom det
angetts motstridig information samt att en person som riskerar köldskador
inte kan utföra sina arbetsuppgifter med andningsskyddet påtaget.

Det är ostridigt att Armatech har angett vissa rekommendationer för vilka lägsta temperaturer det nu aktuella fläktsystemet kan användas i. Armatech har emellertid gjort gällande att Polisen har efterfrågat en typ av fläktsystem där risken för köldskador är en inneboende egenskap eftersom systemet inte värmer upp den luft som pumpas in i andningsmasken. Armatech menar vidare att det inte finns något fläktsystem på marknaden hos vilket motsvarande risk inte uppstår.

Förvaltningsrätten anser att den rekommendation som har lämnats i svarsmatrisen, tillsammans med den information som finns i användarmanualen, sammantaget innebär att Armatech inte kan anses ha offererat en produkt som uppfyller kraven i punkten 3.1.11. Vid denna bedömning har domstolen främst beaktat att uppmaningarna i användarmanualen inte är utformade som rekommendationer utan som varningar och där konsekvensen av felaktig användning anges vara personskador eller dödsfall. Vad Armatech har fört fram om att det inte finns något fläktsystem på marknaden som uppfyller kraven medför inte någon annan bedömning. Inte heller den omständigheten att Armatech har inhämtat ett utlåtande om fläktsystemets kapacitet medför en annan bedömning. Polisen har mot denna bakgrund inte brutit mot några grundläggande principer i LOU genom att förkasta Armatechs anbud. Armatechs ansökan om överprövning av upphandlingen ska därför avslås.

Har Polisen haft grund för att avbryta upphandlingen?

Frågan är då om Polisen har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Armatech har gjort gällande att det inte har förelegat bristande konkurrens eftersom bolaget anser att det har uppfyllt samtliga obligatoriska krav.

När det gäller frågan om bristande konkurrens framgår av praxis att den omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår efter kvalificeringsfasen som regel får anses vara ett godtagbart skäl att avbryta upphandlingen (se EU-domstolens avgörande i mål C-27/98 *Fracasso och Leitschutz*). Även den omständigheten att endast en anbudsgivare återstår efter prövning av de obligatoriska kraven i utvärderingsfasen har i praxis ansetts utgöra exempel på ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling (se RÅ 2008 ref. 35 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 september 2012 i mål nr 4464-12).

Förvaltningsrätten har redan gjort bedömningen att det var riktigt av Polisen att förkasta Armatechs anbud i anbudsutvärderingen. Mot denna bakgrund var omständigheterna vid tidpunkten för Polisens beslut att avbryta upphandlingen sådana att enbart en anbudsgivare kvarstod.

När endast ett anbud återstår i en upphandling finns det ingen möjlighet för den upphandlande enheten att jämföra olika anbud och att utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. Mot bakgrund av ovan redovisad rättspraxis anser förvaltningsrätten att Polisen har visat att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingarna. Det har inte framkommit något i målet som tyder på att beslutet att avbryta upphandlingen var godtyckligt eller att det av annan anledning har fattats i strid med någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU. Skäl för att upphäva Polisens beslut att avbryta upphandlingen föreligger alltså inte. Armatechs ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Louise Molin Alfredsson
Rådman

Förvaltningsrättsfiskalen Anna E. Vallin har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.