



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2017-03-24
Meddelad i Uppsala

Mål nr
5638-16 E

SÖKANDE

ASFT Industries AB, 556616-1971

Ombud: Advokat Andreas Lindström och biträdande jurist Linnea Lindberg
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPART

Swedavia AB, 556797-0818

Ombud: Bolagsjurist Lotten Blomkvist
Swedavia Arlanda Airport
190 45 Stockholm-Arlanda

KONKURRENSVERKET	
2017-03-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 204153

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAGGRUND

Swedavia AB (Swedavia) genomför en upphandling av *friction testing equipment* (dnr SDA 2016-000954). Upphandlingen genomfördes som ett förhandlat förfarande enligt LUF. Sista dag att lämna anbud var den 26 augusti 2016. ASFT Industries AB (ASFT) lämnade anbud den 22 augusti 2016. Swedavia beslutade den 26 oktober 2016 att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs att ingen av anbudsgivarna uppfyllde samtliga ställda ska-krav.

YRKANDEN M.M.

ASFT ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att beslutet ska ogiltigförklaras samt att upphandlingen ska återupptas och slutföras genom att Swedavia meddelar tilldelningsbeslut och ASFT tilldelas kontraktet. Till stöd för sin talan anför ASFT i huvudsak följande. Swedavia har inte motiverat sitt avbrytandebeslut annat än genom att ange att inkomna anbud är orena. Detta är i strid med transparensprincipen eftersom en normalt omsorgsfull anbudsgivare inte utifrån avbrytandebeslutet kan utläsa vilka sakligt godtagbara skäl som Swedavia grundar avbrytandebeslutet på.

ASFT lider skada till följd av att Swedavia avbrutit upphandlingen utan sakligt godtagbara skäl. Eftersom inte ASFT av avbrytandebeslutet kan bedöma vilka skäl Swedavia anför som grund för avbrytandet måste man ansöka om överprövning för att tillvarata sin rätt. ASFT uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen och ska rätteligen tilldelas kontraktet.

Swedavia bestrider ASFT:s talan och yrkar att ansökan ska avslås. Till stöd för sin inställning anför Swedavia bl.a. följande. Eftersom inget av de inkomna anbuden uppfyllde samtliga obligatoriska krav i upphandlingen har inte Swedavia något annat val än att avbryta upphandlingen. Om upphand-

lingen ska fullföljas måste Swedavia bortse från vissa ställda krav vilket inte är förenligt med LUF. Swedavia har således haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och skälen har tydligt angetts. En normalt omsorgsfull anbudsgivare har kunnat förstå varför upphandlingen avbröts. Om en av anbudsgivarna hade uppfyllt samtliga ställda krav har Swedavia ändå haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens. Avbrytandebeslutet och upphandlingen i stort är förenlig med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LUF i övrigt.

Swedavia har i punkt 1.2 i kravspecifikationen ställt krav på ekonomisk och finansiell kapacitet. ASFT har inte styrkt att de har erforderlig kapacitet och anbudet har därför rätteligen förkastats. Eftersom inte ASFT uppfyller samtliga ställda ska-krav i upphandlingen kan bolaget inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada av den påstådda överträdelsen av LUF.

ASFT genmäler bl.a. följande. Även om Swedavia nu kortfattat har utvecklat sina skäl för avbrytandet brister avbrytandebeslutet i transparens. Eftersom ASFT hade en riskklass hos UC som understeg tre valde man att i enlighet med kravspecifikationen punkt 1.2 bifoga ett meddelande som förklaring till riskklassificeringen. Genom att ASFT bjöds in att lämna anbud efter prekvalificeringen godkände uppenbarligen Swedavia förklaringen. ASFT uppfyller därmed kravet på ekonomisk och finansiell kapacitet. Det är således felaktigt att ingen anbudsgivare uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen. Det är i strid med praxis och upphandlingsrättsliga principer att i ett senare skede påstå att ASFT:s anbud är ogiltigt trots att inga omständigheter förändrats från att Swedavia tidigare godkände ASFT:s ekonomiska och finansiella kapacitet. Det ska lämnas utan hänsyn att Swedavia vid anbudsgenomgången gjort ytterligare en kontroll av ASFT:s riskklass varvid denna sjunkit till ett.

Det föreligger inte heller bristande konkurrens. Bedömningen för huruvida bristande konkurrens föreligger ska göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Den kombination av utrustning som Swedavia efterfrågar kan enbart erbjudas av två leverantörer på marknaden. Swedavias påstående om att det vid ett kvarvarande giltigt anbud föreligger bristande konkurrens får närmast förstås som en efterhandskonstruktion, dels mot bakgrund av den rådande konkurrenssituationen, dels för att Swedavia inte i sitt avbrytandebeslut anfört något om bristande konkurrens. Även om endast ett giltigt anbud kvarstår innebär det inte per automatik att bristande konkurrens föreligger. Om Swedavia tillåts avbryta upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens ges Swedavia en godtycklig möjlighet till att avbryta upphandlingen.

Omständigheten att anbudens ursprungliga giltighetstid var till och med den 24 november 2016 innebär inte att det saknas giltiga anbud om upphandlingen återupptas. ASFT har genom att angripa avbrytandebeslutet förlängt sitt anbuds giltighetstid. Swedavia saknar godtagbara skäl att vägra en sådan förlängning. ASFT:s anbud är således giltigt. Under alla omständigheter saknas grund för att avskriva målet då det följer av praxis att en upphandling ska prövas i sak även för det fall anbudens giltighetstid har löpt ut.

Swedavia tillägger i yttrande bl.a. följande. Anbudet i aktuell upphandling var från sista anbudsdag bindande i 90 dagar. Då nämnda tid har passerat saknas giltiga anbud. Det saknas därför förutsättningar att återuppta upphandlingen och tilldela kontrakt varmed målet ska avskrivas.

Swedavia fann vid anbudsgenomgången att ASFT:s förklaring till sin riskklass inte var tillfredställande och Swedavia gjorde under tiden för anbudsutvärderingen ytterligare kontroll av ASFT:s ekonomiska ställning. Vid denna kontroll visade det sig att ASFT:s riskklass sjunkit till ett. ASFT upp-

fyller således inte kravet på ekonomisk kapacitet och anbudet har rätteligen förkastats.

Det är inte korrekt att det på den aktuella marknaden enbart finns ett fåtal aktörer som har kapacitet att leverera de fordon som Swedavia har behov av. I upphandlingen har tre anbud inkommit och ytterligare leverantörer finns. Det saknas sålunda inte konkurrens på marknaden och Swedavia har därför haft sakligt godtagbara skäl till att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens.

Eftersom giltighetstiden på anbuden har löpt ut saknas giltiga anbud vilket utgör saklig grund för att avbryta upphandlingen. Swedavia har således, oavsett om ASFT uppfyller samtliga krav eller inte och om bristande konkurrens föreligger eller inte, ägt rätt att avbryta den aktuella upphandlingen.

För det fall Swedavias motivering till avbrytandebeslutet anses otydlig borde inte beslutet upphävas utan det borde vara tillräckligt att beslutet förtydligas.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 6 § LUF ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska den upphandlande enheten behandla leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 9 kap. 9 § andra stycket LUF ska en upphandlande enhet snarast möjligt lämna skriftlig underrättelse till anbudsgivare och anbudssökare när den beslutar om att avbryta en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Ett beslut att avbryta en upphandling kan bli föremål för överprövning (se t.ex. EU-domstolens domar i mål C-27/98 och mål C-15/04 samt Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i RÅ 2005 ref. 62 och RÅ 2008 ref. 35).

Av EU-domstolens praxis framgår att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller situationer då det föreligger tungt vägande skäl. Det finns inte någon skyldighet för en upphandlande enhet att i alla lägen fullfölja en påbörjad upphandling. Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. En förutsättning för ett avbrytandebeslut är att beslutet fattats i enlighet med de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna för upphandling. Det är den upphandlande enheten som ska visa att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling (se EU-domstolens domar i mål C-92/00 och mål C-244/02 samt Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

Ska förvaltningsrätten pröva målet i sak?

ASFT har anfört att målet inte ska avskrivas då giltighetstiden av ASFT:s anbud förlängts när de angripit Swedavias avbrytandebeslut och att det oak-tat eventuell förlängning följer av praxis att målet ska sakprövas. Swedavia har anfört att målet ska avskrivas eftersom inga giltiga anbud finns.

I kammarrätterna har frågan om upphandlingsmål bör avskrivas när giltighetstiden på anbuden löpt ut besvarats olika. Kammarrätten i Stockholm fann i beslut den 30 november 2009 i mål nr 4488-09, 4512-09 och 4513-09 att målen skulle avskrivas. I Kammarrätten i Stockholms beslut den 26 april 2011 i mål nr 1895-11 nådde kammarrätten motsatt utgång och målen skulle prövas i sak. Denna utgång har även Kammarrätten i Göteborg och Kammarrätten i Jönköping nått fram till (se Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 21 december 2012 i mål nr 6969-12 samt Kammarrätten i Jönköpings beslut den 26 augusti 2010 i mål nr 942-10 och Konkurrensverkets yttrande dnr 336/2010 i samma mål). Högsta förvaltningsdomstolen har berört frågan i RÅ 2008 not 26 och konstaterat att rättelse i det fallet har kunnat ske även att anbudens giltighetstid har passerat.

Mot bakgrund av ovan anförd praxis får det enligt förvaltningsrättens mening göras en helhetsbedömning i det enskilda fallet av om det faktum att anbudens giltighetstid har löpt ut medför att frågan förlorat aktualitet och om prövningen därmed blir onyttig (jfr Konkurrensverkets yttrande dnr 336/2010 s. 7 och s. 12). I målet får ASFT alltjämt anses ha ett intresse av att få avbrytandebeslutet prövat av rätten och kan således inte anses ha blivit onyttig. Målet ska därmed tas upp till sakprövning.

Föreligger sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen?

I avbrytandebeslutet har Swedavia uppgett att ingen av anbudsgivarna uppfyller samtliga ställda ska-krav. I yttrande till förvaltningsrätten har Swedavia förtydligat att ASFT inte uppfyller ska-kravet på UC riskklass tre eller högre. Den förklaring som ASFT lämnade var inte tillfredställande och ASFT:s riskklass visade sig vid en senare kontroll ha sjunkit till ett. Därutöver har Swedavia anförat att det föreligger bristande konkurrens och att det faktum att giltighetstiden löpt ut i sig är sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

ASFT har anfört att man uppfyller samtliga ställda ska-krav i upphandlingen och att Swedavia vid prekvalificeringen bedömt att ASFT uppfyller kravet på ekonomisk och finansiell kapacitet vilket medför att det saknar betydelse att ASFT:s riskklass sjunkit till ett. Det föreligger inte heller bristande konkurrens.

I målet är ostridigt att ASFT inte uppfyllde kravet på lägst UC riskklass tre. ASFT har därför i enlighet med punkt 1.2 i kravspecifikationen bifogat en förklaring till sin riskklassificering. ASFT har därefter blivit inbjudna att lämna anbud i upphandlingen. ASFT har oemotsagt anfört att Swedavia först godkände ASFT:s förklaring till sin riskklassificering, för att därefter ändra sin bedömning. Dessa uppgifter får således tas för goda. Frågan för förvaltningsrätten att ta ställning till blir därmed om Swedavia har möjlighet att efter inbjudan att lämna anbud ändra sin bedömning av om ASFT uppfyller kravet på ekonomisk och finansiell kapacitet. Kammarrätten i Göteborg har i avgörande den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 uttalat att även uppgifter som blir kända först under överprövningsprocessen måste beaktas vid bedömningen av om ett anbud uppfyller samtliga ska-krav, även om det innebär att ett tidigare kvalificerat anbud förkastas. Förvaltningsrätten gör mot bakgrund av praxis bedömningen att det inte föreligger något formellt hinder för Swedavia att ändra sin bedömning av om ASFT:s lämnade förklaring till kreditklassificering är godkänd eller inte. Ändringen får dock inte vara i strid med LOU eller dess grundläggande principer. ASFT har inte visat på vilket sätt ändringen skulle vara i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna eller LOU i övrigt. ASFT har inte heller förmått visa att Swedavias bedömning av förklaringen skulle vara felaktig. Därmed kan inte ASFT anses ha uppfyllt samtliga ska-krav i upphandlingen.

Eftersom inget anbud uppfyllde samtliga ställda ska-krav i upphandlingen hade Swedavia tvingats frånga ska-kraven för att kunna anta ett anbud.

Detta kan inte anses vara förenligt med upphandlingsreglerna eller dess grundläggande principer (jfr HFD 2016 ref. 37 [II]). Enligt förvaltningsrätten har Swedavia således haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen då inget kvalificerat anbud återstod.

Förvaltningsrätten noterar även att Swedavia anfört att det finns ytterligare potentiella leverantörer i upphandlingen. ASFT har bestritt att det finns ytterligare leverantörer. Det kan enligt förvaltningsrättens mening i vart fall inte uteslutas att det kan finnas ytterligare leverantörer som kan lämna anbud i upphandlingen. Detta får till följd att, oavsett om ASFT anses uppfylla samtliga ska-krav i upphandlingen eller inte, så har Swedavia haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens då enbart ett anbud återstår (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 24 juni 2009 i mål nr 1236-09).

Framgår skälen för avbrytandebeslutet?

Utöver 9 kap. 9 § andra stycket LUF saknas det närmare reglering av hur ingående ett avbrytandebeslut ska motiveras. Frågan får således bedömas mot bakgrund av de allmänna upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 24 § LUF, särskilt principen om transparens och likabehandling. Av avbrytandebeslutet framgår att ingen anbudsgivare uppfyller samtliga ställda ska-krav. Swedavia har i yttrande till förvaltningsrätten förtydligat detta till att ASFT inte uppfyller kravet på ekonomisk och finansiell kapacitet. Enligt förvaltningsrättens mening kan en leverantör, av avbrytandebeslutet och förtydligandet, på ett klart och tydligt sätt utläsa varför upphandlingen har avbrutits. Swedavia får således anses ha motiverat sitt beslut i den mån som krävs enligt LUF. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen även på denna grund.

Mot bakgrund av det ovanstående har Swedavia haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen och dessa har tillräckligt tydligt redovisats. Med denna utgång har inte ASFT visat hur man har lidit eller kunnat komma att lida någon skada till följd av Swedavias hanterande av upphandlingen. ASFT:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Elisabet Andersson
f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Wille Steinert.



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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.