



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 31

DOM
2016-02-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19156-15

SÖKANDE

Trawena Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością sp. k.

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-02-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 666829

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) meddelade den 26 augusti 2015 att myndigheten hade beslutat att avbryta upphandlingen Framework agreement regarding boots 90, 93, 97 med dnr 385249-AI880844, vilken skett som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av utvärderingsprotokoll daterat den 21 augusti 2015 framgår att ingen av de tre anbudsgivarna i upphandlingen, varav Trawena Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością sp. k. (Trawena) var en, ansågs uppfylla kraven i punkt 8.2 i förfrågningsunderlaget.

Trawena yrkar att beslutet att avbryta upphandlingen ska upphävas.

Trawena anför bland annat följande. Enligt punkt 8.2 C) i förfrågningsunderlaget ska till anbudet bifogas testrapporter från ett oberoende laboratorium som bland annat ska visa att de bifogade läderproverna uppfyller alla uppställda krav i tabell 1 och 2 i punkt 4.5 i specifikationen. Vidare framgår att FMV kan genomföra egna tester avseende uppfyllande av de krav som anges i bland annat punkt 8.2 C), samt att om FMV:s tester har ett avvikande resultat, så ska FMV:s tester ges företräde. Det framgår således tydligt av förfrågningsunderlaget att Trawenas testrapport och FMV:s egen testrapport är två olika bevismedel för samma förhållanden, dvs. huruvida kraven i punkt 8.2 C) i förfrågningsunderlaget är uppfyllda eller inte. Om frågan i målet är huruvida FMV självt får bestämma vilket bevismedel som ska gälla (dvs. Trawenas testrapporter eller FMV:s testrapporter), utgör principen om ömsesidigt erkännande i artikel 23 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (direktivet) och 1 kap. 9 § LOU samt 6 kap. 8 § LOU härvidlag ett hinder för FMV att själva bestämma vilket av dessa bevismedel som ska godtas/avvisas. Givetvis kan tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande inte förutsätta

att Trawenas tester och FMV:s tester ska avse exakt samma provstycken av lädret. Det skulle förutsätta att Trawena – för att kunna åberopa testrapporten från Institute of Leather Industry, ILI, beläget i Lodz i Polen, som är ett erkänt organ enligt artikel 23 i direktivet och 6 kap. 8 § LOU – sparar de provstycken som använts vid testerna, och skickar in samma provstycken i samtliga offentliga upphandlingar. Det som ska bedömas är om de aktuella lädertyperna uppfyller kvalitetskraven i upphandlingen, och i detta avseende föreligger i upphandlingen två tester (Trawenas resp. FMV:s) som kommit till olika resultat. Frågan blir då vilket av testerna som ska ges företräde och Trawena anser det vara uppenbart att principen om ömsesidigt erkännande innebär att Trawenas testrapporter ska accepteras. Om Trawenas test och FMV:s test skulle anses avse olika förhållanden som FMV påstår – vilket Trawena anser vara orimligt – kan följande anföras. Anledningen till att principen om ömsesidigt erkännande inte skulle aktualiseras i sådant fall, är att testerna avser två olika föremål. Två tester som avser olika föremål kan rimligen inte avvika från varandra vad gäller resultat, eftersom resultaten inte kan jämföras. FMV:s test kan alltså inte anses vara divergerande från Trawenas test. Vid sådant förhållande uppkommer inte ens den situationen som gör att FMV:s test kan bli aktuellt överhuvudtaget, eftersom FMV:s test – enligt punkt 8.2 i förfrågningsunderlaget – endast aktualiseras om resultatet avviker från den testrapport som ingetts av anbudsgivaren. Detta medför att FMV:s test inte ska beaktas. Dock vidhåller Trawena att Trawenas och FMV:s tester avser samma förhållanden och att principen om ömsesidigt erkännande som ska beaktas enligt artikel 23 i direktivet och 1 kap. 9 § LOU utgör hinder för att beakta FMV:s tester. Eftersom Trawenas tester obesträtt visar att de aktuella kraven är uppfyllda, har grunden för avbrytandebeslutet – dvs. att inga anbudsgivare uppfyllt samtliga krav i upphandlingen – inte förelegat. Avbrytandebeslutet strider därmed mot LOU och måste upphävas.

FMV anser att ansökan om överprövning ska avslås.

FMV anför bland annat följande. I nu aktuell upphandling av kängor modell 90, 93 och 97 ställs krav på läderkvaliteten i Technical specification 11564C clause 4.5 (physical and chemical properties) table 1 and table 2. De kängor som upphandlas är allroundkängor, som ska kunna användas i olika miljöer och bland annat klara en viss fukt samt medge fuktutsläpp från foten. De krav som ställts på lädertjocklek, vattenmotstånd och genomtränglighet av vattenånga är nödvändiga för att säkerställa att kängorna kan användas på det sätt som är avsett och för att möjliggöra att det mest lämpliga anbudet kan utses. Det är väsentligt att kängorna håller en jämn och hög kvalitet. Läder kan vara av mycket varierande kvalitet. Även inom samma stycke läder kan materialets kvalitet variera kraftigt. Det är därför viktigt att leverantörer i produktion av kängor säkerställer att korrekt läderkvalitet används. Till de anbud som ska inges i upphandlingen av känga modell 90, 93 och 97 ska bifogas provbitar av läder. I förfrågningsunderlaget framgår att FMV förbehåller sig möjligheten att genomföra tester hos ett oberoende laboratorium på dessa provbitar, se p. 8.2 i förfrågningsunderlaget, rubrik B. Leather samples och C. Test reports. Dessa tester syftar mot att kontrollera att även de provbitar av läder som insänts av leverantörerna i anbudet svarar mot de krav som ställts i Technical specification 11564C p. 4.5 (physical and chemical properties) table 1 and table 2. Testerna syftar inte mot att kontrollera om de tester som genomförts på uppdrag av leverantörerna är korrekt utförda. FMV ifrågasätter inte resultatet i de tester som Trawena genomfört hos ett oberoende laboratorium. Istället hävdar FMV att de provbitar av läder som leverantören bifogat sitt anbud inte svarar mot de krav som ställts i upphandlingen, Technical specification 11564C p 4.5 (physical and chemical properties) table 1 and table 2. Principen om ömsesidigt erkännande aktualiseras således inte på det sätt som framhålls av Trawena. Kontroller av att uppställda krav efterlevs trots krav på testrapporter från

anbudsgivarna har ibland visat sig nödvändigt vid FMV:s upphandlingar. Myndigheten har vid flera tillfällen tagit emot testrapporter som visat ett felaktigt resultat jämfört med det provmaterial som FMV mottagit och testat. En bedömning av behovet av att göra tester av provmaterial görs i varje enskild upphandling. När FMV:s tekniker, specialiserade inom respektive varugrupp, bedömer att tester av materialprov är nödvändigt, genomförs samma tester på samtliga anbud för att säkerställa likabehandling. FMV:s tester är en proportionerlig åtgärd i denna upphandling. Samma tester har utförts av ett oberoende laboratorium på de läderprover som ingetts av de två leverantörer, som klarat övrig kvalificering. Trawenas anbudsprover klarar, enligt resultatet i FMV:s tester, inte ställda krav på lädertjocklek, vattenmotstånd och vattentransporterande egenskaper. Detta trots att de testrapporter som Trawena gett in med sitt anbud visar att materialet klarar kraven. Det avvikande resultatet i FMV:s testrapporter jämfört med vad som framgår i Trawenas testrapporter visar således att tester av läderproverna var nödvändiga för att säkerställa att det bästa anbudet tilldelas kontraktet. Inte heller den andra anbudsgivaren, vars läderprover testats, klarar samtliga krav. Det tredje anbud som ingetts i upphandlingen brister i uppfyllelse av andra krav än läderkvaliteten. En hantering av anbud i enlighet med den metod som tillämpats i nu aktuell upphandling har tidigare bedömts vara godtagbar, se dom den 23 september 2014 av Kammarrätten i Stockholm i mål nr 1302-14. FMV:s tester av de läderprov som ingetts i anbuden följer den metod som tydligt redovisats i förfrågningsunderlaget. Alla rimligt välinformerade och normalt omsorgsfulla leverantörer har kunnat tolka kraven på det sätt som var avsett. Inget av de ingivna anbuden uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Sakliga skäl för avbrytande av upphandlingen föreligger därmed. Eftersom Trawenas anbud inte klarar ställda krav i upphandlingen, kan Trawena inte anses ha lidit någon skada. Det finns inte heller risk för att Trawena ska lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Överträdelser som kan föranleda ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU kan vara att upphandlande myndighet avbrutit upphandlingen utan att ha haft rätt att göra detta, jämför 16 kap. 12 § LOU.

Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Den omständigheten att endast ett anbud återstår har ansetts vara ett godtagbart skäl för den upphandlande myndigheten att avbryta upphandlingen (se rättsfallen RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid inte begränsad till situationer där det föreligger allvarliga eller tungt vägande skäl, men en förutsättning är att den upphandlande enheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen mot förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande (se C-27/98 *Fracasso och Leitschutz*, C-92/00 *HI* och C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy*).

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats behöriga myndigheter ska anses som gällande också i andra medlemsstater (prop. 2006/07:128 s. 172). När det ställs krav på potentiella leverantörer angående vissa kvalifikationer som bygger på licenser, certifikat och intyg, ska det följaktligen inte spela någon roll i vilken medlemsstat dessa utfärdats.

Punkten 8.2 i förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget, punkt 8.2, rubriken B. Leather samples och C. Test reports framgår följande.

B. Leather samples

0.5 m² of all upper leather in accordance with the technical specifications 11564 C, (type 1, 2, 3) colours, graining and finishing according to Technical specification 17080 I and 11603 M.

C. Test reports

The test reports shall be made of an independent laboratory:

- Showing that the submitted leathers fulfil all stipulated requirements in the Technical specification 11564 C clause 4.5 (physical and chemical properties) table 1 and table 2.
- Verifying the requirements of the PU compound of the outersole, clause 9. see T.S. 17080 I.

FMV can execute independent tests of its own at an independent laboratory for the fulfilment of all requirements according to above, regardless of the required laboratory test of the Tender. If the test results deviate from the results submitted by the Tenderer, the test results of FMV shall take precedence.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om FMV haft godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Trawena har framhållit att FMV i förfrågningsunderlaget angett tekniska specifikationer, som hänvisar till internationella standarder och att artikel

23 i direktivet samt 6 kap. 2 och 5 §§ LOU därför är tillämpliga samt att Trawena till sitt anbud bifogat testrapporter från Institute of Leather Industry, ILI, beläget i Lodz i Polen, som är ett erkänt organ enligt artikel 23 i direktivet och 6 kap. 8 § LOU. Trawena har därvid påpekat att Trawena har kommit in med testrapporter från ett erkänt organ och att testrapporterna visar att de aktuella tekniska specifikationerna är uppfyllda. Inget av detta har bestritts av FMV.

Trawena har emellertid gjort gällande att FMV agerat i strid med principen om ömsesidigt erkännande när FMV förkastat Trawenas anbud och att grunden för avbrytandebeslutet, dvs. att inga anbudsgivare uppfyllt samtliga krav i upphandlingen, inte förelegat. Detta har FMV har bestritt och framhållit att kontroller av att uppställda krav efterlevs ibland visat sig nödvändiga vid FMV:s upphandlingar, trots krav på testrapporter från anbudsgivarna. FMV har framhållit att FMV vid flera tillfällen tagit emot testrapporter som visat ett felaktigt resultat jämfört med det provmaterial som FMV mottagit och testat. En bedömning av behovet att göra tester av provmaterial görs därför av FMV i varje enskild upphandling.

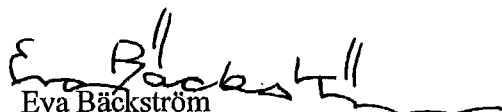
Principen om ömsesidigt erkännande innebär att när en upphandlande myndighet ställer krav på potentiella leverantörer angående exempelvis vissa kvalifikationer som bygger på licenser, certifikat och intyg ska det inte spela någon roll i vilken medlemsstat dessa utfärdats. Trawena har till sitt anbud bifogat testrapporter från Institute of Leather Industry, ILI, beläget i Lodz i Polen, som är ett erkänt organ enligt artikel 23 i direktivet och 6 kap. 8 § LOU och som utvisar att Trawenas bifogade läderprover uppfyller uppställda krav. FMV har inte ifrågasatt testrapporterna i sig men anser att tidigare negativa erfarenheter med bristande kravuppfyllnad medfört att FMV infört egna tester i syfte att kunna utse det bästa anbudet. Enligt förfrågningsunderlaget har FMV förbehållit sig rätten att utföra egna tester som vid ett divergerande resultat har giltighet före de av anbudsgivarna utförda testerna.

De egna testerna har genomförts lika på de anbud som klarat övrig kvalificering. FMV:s egna tester har vidare utförts oberoende av vilket organ som utfört anbudsgivarnas tester och oberoende av nationalitet på dessa organ. Inte heller den andra anbudsgivaren, vars läderprover testats, klarade samtliga krav. Principen om ömsesidigt erkännande har således tillämpats på så sätt att Trawenas ingivna testrapporter har erkänts och godtagits på samma sätt som testrapporter av annan nationalitet. Nationella anbudsgivare har således inte getts företräde utan samtliga anbudsgivare har tillåtits att delta på lika villkor. Förvaltningsrätten anser därför inte att FMV agerat i strid med principen om ömsesidigt erkännande när FMV förkastat Trawenas anbud.

Förvaltningsrätten finner att det i målet är tillfredsställande utrett att inget av anbuden uppfyllde kraven i upphandlingen. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att FMV:s beslut att avbryta upphandlingen har vilat på sakligt godtagbara skäl och att det inte framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten trätts för när. Trawenas ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Eva Bäckström

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Maria Ekström 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. 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.