



FÖRVALTNINGSRÄTTEN **DOM**
I UPPSALA 2011-11-02
 Meddelad i
 Uppsala

Mål nr
 4614-11 E
 Enhet 1

SÖKANDE

Västerås Flyttningsbyrå AB, 556603-4343
 Box 105
 721 05 Västerås

Ombud: Jur.kand. Anna Lindbäck
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1203
 751 42 Uppsala

Ombud: Advokat Hugo Norlén
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1203
 751 42 Uppsala

MOTPART

Västerås kommun, Konsult och Service
 Upphandlingsenheten
 721 87 Västerås

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Avbrytande av Västerås kommuns upphandling av Logistiktjänster,
 Dnr 2011/111-KSS-061

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

KONKURRENSVERKET	
2011-11-04	
Avd	
Dnr	
Dass	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerås kommun (kommunen) genomför upphandling (öppet förfarande) av logistiktjänster, dnr 2011/111-KSS-061 och antog Exin AB (Exin) som leverantör. Västerås flyttningsbyrå AB (bolaget) begärde överprövning och förvaltningsrätten förordnade i dom den 2 september 2011 (mål nr 3450-11) om rättelse på så sätt att vinnande anbud inte skall delta i utvärderingen. Kommunen har samma dag underrättat om att den beslutat att avbryta upphandlingen med motiveringen att endast ett anbud kvarstår.

Bolaget ansöker om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar, som talan slutligen bestämts, att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att kommunens avbrytandebeslut upphävs och att upphandlingen ska fortsätta varvid anbudsutvärderingen ska göras utan beaktande av Exins anbud i enlighet med förvaltningsrättens tidigare dom. Grunden för yrkandet är kommunen avbrutit upphandlingen i strid med förvaltningsrättens dom och att sakliga skäl saknas för avbrytande då upphandlingen genomförts i konkurrens och beslutet även strider mot principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och således även mot 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget anför vidare bl.a. följande. Om rätten inte beslutar att den tidigare domen ska följas kommer bolaget lida stor skada. Den skada bolaget kommer att lida är betydligt större än den kommunen kan drabbas av. Eftersom det fortfarande finns ett anbud som kvalificerat sig och det varit kommunens mening att endast teckna avtal med en leverantör finns ingen anledning till att inte anta vinnande leverantörs anbud. Att avbryta med den motivering kommunen angivit innebär merkostnader för kommunen och risk för en avtalslös period där det krävs otillåtna direktupphandlingar.

Kommunen bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Efter att förvaltningsrätten förordnat om rättelse på så sätt att vinnande anbud inte ska delta i utvärderingen återstår endast en leverantör. En otillräcklig konkurrenssituation har därmed uppstått varför upphandlingen avbröts. Enligt praxis anses otillräcklig konkurrens vara ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling.

Bolaget anför härefter bl.a. följande. I RÅ 2008 ref 35 och RÅ 2009 ref 43 konstateras att beslut om avbrytande ska kunna överprövas av allmän förvaltningsdomstol. EU-domstolen har konstaterat att upphandlande myndigheter är skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget och upphandlingsdirektiven vid avbrytande av en upphandling. Även likabehandlings- och transparensprinciperna måste följas. Av svensk praxis framgår att det är upphandlande myndighet som har bevisbördan för att sakliga skäl för avbrytande föreligger (RÅ 2009 ref 43). Kommunen ska således visa att godtagbara skäl föreligger och att reglerna om transparens, likabehandling och affärsmässighet inte åsidosatts. Det är inte möjligt att, som kommunen gjort, i allmänna ordalag hänvisa till att bristande konkurrenssituation uppkommit utan kommunen måste visa att så är fallet. Kravet på transparens innebär att upphandlande myndighet ska lämna upplysningar om det som eventuellt kan leda till avbrytande (jfr NOU:s yttrande 25 september 2003 Dnr. 2003/0229-29). Eftersom bruket att avbryta upphandlingar kan leda till att leverantörer avstår från att lämna anbud eller inte lämnar sitt bästa anbud är det av största vikt att avbrytande inte tillämpas när verklig konkurrens rått. Bolaget har satsat resurser på att delta i upphandlingen utifrån förutsättningarna i förfrågningsunderlaget som saknar uppgift om förutsättningarna för att avbryta upphandlingen, varför underlaget brister i förutsebarhet och transparens. Frånvaron av sådana uppgifter har även avsevärt försvårat likabehandling av leverantörerna. Redan av detta skäl ska avbrytandebeslutet upphävas.

Kommunen uppger att en otillräcklig konkurrenssituation uppkommit efter förvaltningsrättens dom men konkurrenssituationen har inte förändrats sedan tilldelningsbeslutet den 28 juni 2011 eftersom anbuderna avgivits i konkurrens. Konkurrensutsättning har skett och resulterade i två anbud. Prisnivån mellan dem skiljer mindre än 20 %. Det enda som skiljer sedan tilldelningsbeslutet är att Exins anbud inte får delta i utvärderingen. Att två anbud kom in visar att det finns konkurrens och att offererade priser är konkurrensutsatta. I upphandlingar på detta område figurerar sällan något större antal anbudsgivare. Beslutet att tilldela Exin upphandlingen visar att kommunen accepterat utfallet av konkurrensutsättningen. När sedan Exins anbud bortföll efter förvaltningsrättens dom återstår endast bolagets anbud. Att Exin hade givit in en för allmänt hållen kvalitets- och miljömanual har inte påverkat konkurrensen när anbuderna lämnades. Även om Exins anbud förkastades pga. ett formfel har bolagets pris avgivits i konkurrens. Kommunen har nu valt att påbörja en ny upphandling av samma tjänster men nu utan att ställa skallkrav på miljöplan/program. Förvaltningsrättens förordnande om rättelse innebär i praktiken att bolaget ska tilldelas upphandlingen. Att kommunen hänvisar till bristande konkurrens är ett svepskäl för att undvika att följa förvaltningsrättens dom. Exin är nuvarande leverantör av de aktuella tjänsterna. De offererade priserna har inte förändrats sedan förvaltningsrättens dom. Eftersom utvärderingsmodellen inte innehåller moment med jämförelse av kvalitet eller liknande är det tillräckligt att konstatera att konkurrens råder. Den praxis som finns angående avbrytande pga. bristande konkurrens avser situationen när endast ett anbud inkommer eller att anbuderna måste jämföras enligt ekonomiskt mest fördelaktiga. Det kan inte rimligen vara tanken att upphandlande myndigheter ska ha carte blanche att avbryta upphandlingar enbart därför att endast ett anbud återstår. Om upphandlande myndighet skulle ha en sådan absolut rätt skulle möjligheter öppnas för att avbryta en upphandling varje gång den vunnits av en annan leverantör än den upphandlande myndigheten önskat. Detta skulle medföra att upphandlingsdirektivens genomslagskraft förtas och att Sveri-

ge inte införlivat reglerna på ett effektivt och korrekt sätt. Det bör även beaktas den skada anbudsgivarna lider av att upphandlingen görs om. I och med tilldelningsbeslutet har den absoluta anbudssekretessen upphört och huvudregeln är att anbuden är offentliga. Såväl kommunen som konkurrenter har fått eller kan få kännedom om anbudsgivarnas priser. Detta innebär stor skada om upphandlingen görs om och anbudsgivarna ska lämna nya anbud.

Om kommunen agerat i enlighet med förvaltningsrättens dom skulle bolagets anbud ha antagits. Kommunens förfarande är uppseendeväckande och gränsar till domstolstrots. Bolaget har således lidit eller riskerat att lida skada av kommunens överträdelse av LOU. Svea Hovrätt har i mål T 6796-10 funnit att det är skadeståndsgrundande att efter en dom göra om utvärderingen och därefter, med hänvisning till bristande konkurrens, avbryta upphandlingen. Situationen är densamma i nu aktuellt mål.

Kommunen anför bl.a. följande. Omständigheterna är likartade dem som förelåg i RÅ 2008 ref. 35. Svea Hovrätts kausalitetsbedömning i ett skadeståndsmål kan inte tillmätas betydelse i ett upphandlingsmål.

Bolaget anför bl.a. följande. Kommunen hänvisar endast till praxis utan att visa att det faktiskt råder bristande konkurrens eller på vilket sätt kommunen skulle vara förhindrad att anta bolagets anbud. Bolaget förnekar att omständigheterna liknar de som rådde i RÅ 2008 ref. 35. Slutsatserna däri ger inte stöd för att det funnits godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. I RÅ 2008 ref. 35 hade upphandlande myndighet i anbudsinfordran uttryckligen angivit att en förutsättning var att totalkostnaden låg inom den ekonomiska ram som fanns. Vid beslutet att avbryta upphandlingen angavs dels att det anbud som återstod inte rymdes inom budgeten och dels att det förelåg bristande konkurrens. Av rättsfallet följer endast att omständigheten att ett anbud återstår inte alltid utgör sakligt skäl för avbrytande. Det

går inte att utläsa att sakliga skäl alltid föreligger då ett anbud återstår. Det understryks att det inte finns någon klar entydig praxis för vad som är sakliga skäl och konstaterar att endast en anbudsgivare återstår *i regel* får anses godtagbart. Således är det inte i samtliga fall godtagbart. Vidare hade i rättsfallet upphandlande myndighet inlett upphandlingen i tron att anbud inom prisramen skulle inkomma och när så inte skedde avbröts upphandlingen. Det fanns två skäl till avbrytandet – att anbud saknades inom föreskrivna ramar och bristande konkurrens. Uttalandena i domen avser båda grunderna som utgjorde sakliga skäl. Det går inte att utläsa om ena eller båda omständigheterna utgjort sakliga skäl. Frågan är varför lokutionen ”i regel” används om avsikten varit att lämna ett definitivt besked om att det är alltid är tillåtet att avbryta när ett anbud återstår. Syftet med praxis som ger upphandlande myndighet rätt att avbryta en upphandling när endast ett anbud återstår är att skydda upphandlande myndighet från att behöva anta anbud som inte är konkurrenskraftigt dvs. för dyrt och dåligt. Bolaget har visat att så inte är fallet i upphandlingen eftersom anbud inkommit i konkurrens. Kommunen har inte ens gjort gällande att bolagets anbuds nivå är för hög eller på annat sätt är olämpligt eller ligger utanför budgetramen. Kommunens tolkning av RÅ 2008 ref. 35 skulle ge möjlighet att avbryta pga. svepskäl, dvs. hänvisning till bristande konkurrens även när konkurrens föreligger. Sådan praxis är inte förenlig med LOU, rättsmedelsdirektivet och EU-rätten.

Bolaget har även yrkat att förvaltningsrätten i interimistiskt beslut ska förordna att avbrytande av upphandlingen inte får göras, vilket förvaltningsrätten avslog i beslut den 6 september 2011.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010 och därmed ska nu gällande lydelse av LOU tillämpas i målet.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om kommunens beslut att avbryta upphandlingen av logistik tjänster är förenlig med LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. För att en upphandlande myndighet ska kunna avbryta en upphandling krävs att det finns sakliga skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. En förutsättning härför är bl.a. att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet iakttas.

Kommunen har som skäl för att avbryta upphandlingen angivit att, efter förvaltningsrättens dom den 2 september 2011, finns endast ett anbud kvar, dvs. anbudet från bolaget, och att detta utgör bristande konkurrens.

Frågan om det förhållandet att endast ett giltigt anbud finns och om detta utgör bristande konkurrens och därmed sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen, har prövats i domstol vid flera tillfällen. EU-domstolen har t.ex. i målet C27/98 Fracasso och Leitschutz, funnit att det inte finns någon skyldighet att genomföra en upphandling om bara ett bolag har den lämplighet som krävs, dvs. att endast ett anbud finns att ta ställning till. Vidare har kammarrätterna vid flera tillfällen haft samma

situation att ta ställning till som i förevarande mål, dvs. att länsrätt förordnat att rättelse skulle göras på så sätt att vinnande anbud inte skulle delta i utvärderingen och avbrytande därefter skett. Det har ansetts att bristande konkurrens förelegat och utgjort sakligt skäl för att avbryta upphandlingen (se t.ex. Kammarrättens i Stockholm dom den 21 december 2004 mål nr 4828-04 och Kammarrättens i Göteborg dom den 6 juli 2006 mål nr 929-07). Det ska dock noteras att de tre nu nämnda fallen inte är helt lika med ifrågavarande fatt genom att flera sakliga skäl emot en avbruten upphandling anförts i ett av fallen och då uteslutningen av bolagen i de två övriga fallen skett redan i utvärderingsfasen. Rättsfallen kan därför endast ge viss, om ej obetydlig, vägledning.

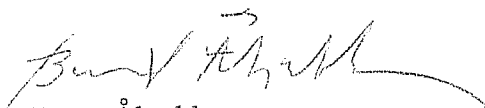
Vad som särskilt är av intresse är därför avgörandet, RÅ 2008 ref. 35. Även i detta fall fanns två skäl till att avbryta upphandlingen, nämligen att enbart ett anbud återstod och att det därmed förelåg bristande konkurrens och att de ekonomiska ramarna överskreds om kvarvarande anbud antogs. Avseende att endast en lämplig anbudsgivare återstår uttalade Regeringsrätten dock att rättsfallet Fracasso och Leitschutz alltjämt anses vägledande och att ett sådant skäl som regel anses godtagbart.

Förvaltningsrätten finner att den omständigheten att det vid en ny utvärdering endast finns ett anbud att ta ställning till är en så viktig saklig omständighet i detta fall att upphandlingen inte kan göras med tillvaratagande av erforderlig konkurrens som ska finnas vid upphandling. Det förhållandet att förvaltningsrätten i tidigare överprövning funnit att den vinnande anbudsgivaren inte ska delta i utvärderingen eller vad bolaget i övrigt har anfört kan inte heller föranleda någon annan bedömning. Kommunen har således anfört sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Överklagandet skall därmed avslås.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

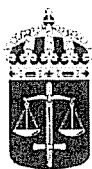
DOM
2011-11-02

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



Bernt Åkerblom
rådman

Målet har handlagts av Åsa Ternström.



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.

DV 3109/1A LOU

