



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Miriam Gewarges

DOM
2013-08-22
Meddelad i
Jönköping

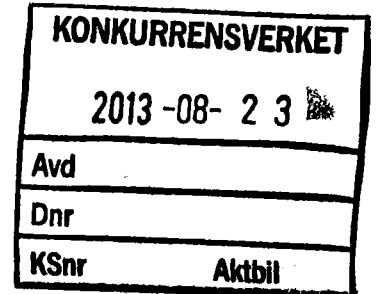
Mål nr
2553-13
Domare 2:2

SÖKANDE

Bring Express Sverige AB, 556420-3072
Gustavslundsvägen 151 E
167 51 Bromma

MOTPART

Jönköpings läns landsting
Inköpsavdelningen, 232100-0057
Box 1024
551 11 Jönköping



Ombud: Advokaten Thomas Svedberg och jur.kand. Pernilla Larsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå i Jönköping HB
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bring Express Sverige AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Jönköpings läns landsting (landstinget) genomför en upphandling avseende transporttjänster inom Jönköpings län. I upphandlingen, som genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU, ingår sju delområden. Landstinget meddelade i tilldelningsbeslut den 22 maj 2013 att Transportaktiebolaget i Jönköping skulle antas som leverantör.

Bring Express Sverige AB (Bring) ansökte om överprövning av den aktuella upphandlingen och yrkade i första hand att upphandlingen ska rättas på

Dok.Id 107534

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

så sätt att utvärderingen görs om, varvid Bring rätteligen tilldelas avtal avseende delområde 5 och 6. I andra hand yrkade Bring att upphandlingen ska göras om. Bring anförde i huvudsak att det har lämnat ett lägre utvärderingspris än den vinnande leverantören vad gäller delområdena 5 och 6.

Landstinget beslutade den 10 juni 2013 att avbryta upphandlingen. Som skäl härför anfördes att det efter underrättelse om beslut om tilldelning av kontrakt har framkommit att förfrågningsunderlaget inte på ett riktigt sätt har avspeglat förutsättningarna för upphandlingen och det landstinget har haft för avsikt att uppnå med denna, varför anbudsgivarna inte har haft möjlighet att avge affärsmässiga anbud.

Bring har därefter ansökt om överprövning av landstingets beslut att avbryta den aktuella upphandlingen samt yrkat att förvaltningsrätten ska meddela ett interimistiskt beslut i målet. Förvaltningsrätten beslutade den 20 juni 2013 att avslå Brings sistnämnda yrkande.

YRKANDEN

Bring yrkar att landstingets upphandling av transporttjänster ska fullföljas.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bring anför i huvudsak följande. För att avbryta en upphandling måste en upphandlande myndighet ha sakligt godtagbara skäl. Av EU-domstolens dom i mål C-92/00 HI framgår att det krävs att ett beslut att avbryta en upphandling ska vara förenligt med samtliga unionsrättsliga principer. Enligt praxis från EU-domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen och kammarrätter kan sådana skäl exempelvis vara bristande konkurrens om endast en

anbudsgivare återstår, att uppdraget går utöver budget, att anbudstiden har gått ut eller att oklarheter i förfrågningsunderlaget har påverkat anbudsgivarnas sätt att lämna anbud. Det finns inte några oklarheter avseende förfrågningsunderlagets utformning. I vart fall är den eventuella oklarheten inte något som har påverkat hur anbudsgivarna skulle ha lämnat anbud. Bring har inte tidigare i målet angett att upphandlingen skulle brista i transparens och är av den uppfattningen att den inte har brustit i transparens. Bring gjorde vid ansökan om överprövning av upphandlingen gällande att landstinget hade gjort en felaktig utvärdering. Bring förutsätter att det som landstinget anser oklart är huruvida anbud skulle antas helt eller delat. Av 1.2.1.1. i de administrativa föreskrifterna framgår att avtal ska tilldelas den leverantör som har det lägsta priset inom respektive delområde. En normalt omsorgsfull anbudslämnare kan inte tolka den bestämmelsen på annat sätt än att anbudet med lägst pris per delområde kommer att antas. Detta förändras inte av att en anbudslämnare måste lämna anbud på delområde 1-6 för att i enlighet med 1.1.1.1. i de administrativa föreskrifterna kunna tilldelas något av dessa. Det har därför inte påverkat Brings sätt att lämna anbud och kan inte rimligtvis ha påverkat andra anbudsgivare. Att landstinget har haft andra intentioner med upphandlingen kan inte utgöra sakliga skäl att avbryta denna. Av upphandlingsreglerna framgår inte klart om en leverantör behöver visa på skada för det fall denne ansöker om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling. Bring lider i vart fall skada eller riskerar att lida skada genom att inte bli tilldelad avtalet.

Landstinget anför i huvudsak följande. Enligt EU-domstolens praxis har upphandlande myndigheter, så länge reglerna i gemenskapsrätten följs, ett stort utrymme för bedömningar när det gäller avbrytande av upphandlingar. Den upphandlande myndighetens befogenhet att avstå från att fullfölja en upphandling är inte förbehållen undantagsfall eller fall då det finns tungt vägande skäl. Av EU-domstolens dom i mål C-422/02 Kauppatalo

Hansel följer att det är ett godtagbart skäl att avbryta en upphandling om den upphandlande myndigheten inser att det med hänsyn till fel i innehållet i förfrågningsunderlaget inte går att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare har det i svensk rättspraxis varit ett sakligt skäl att avbryta upphandlingen när förfrågningsunderlaget inte ansetts transparent och när anbudsgivare har uppfattat skrivningar i förfrågningsunderlaget på olika sätt (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 20 september 2010 i mål nr 1427-10 och Kammarrättens i Stockholm dom den 12 april 2011 i mål nr 6093-10). I förfrågningsunderlaget har sju delområden angetts, vilka framgår av punkt 1.1.1. Vidare framgår av punkt 1.1.1.1. att landstinget har haft för avsikt att teckna två avtal i upphandlingen; ett för område 1-6 och ett för område 7. För att erhålla avtal avseende område 1-6 anges att anbudet ska omfatta alla dessa delområden i sin helhet och för att erhålla avtal avseende delområde 7 anges att anbudet ska omfatta detta område i sin helhet. Om landstinget hade avsett att teckna sju kontrakt skulle beskrivningen i punkt 1.1.1.1. ha varit utformad på ett annat sätt. Vidare framgår av utformningen av kravspecifikationen för dels område 1-6, dels område 7 att det handlar om två upphandlingsområden. Dessutom framgår av prismatrisen under punkt 3.2.1. att område 1-6 inte prissätts var för sig utan att det blir ett samlat utvärderingspris för dessa områden. Kravspecifikationen för område 7 behandlas på motsvarande sätt i avsnitt 4 under rubriken Kravspecifikation för område 7 och prismatrisen under punkt 4.2.1. visar ett utvärderingspris för område 7. Av förfrågningsunderlagets totala struktur finner man således att område 1-6 genomgående har behandlats som en enhet och område 7 som en enhet. Samtidigt framgår dock av punkt 1.2.1.1. att landstinget kommer att anta det anbud per delområde som har lägst pris. Landstinget har olyckligtvis använt begreppet delområde både för de sju olika delområdena var för sig och för de två grupperna av områden, som landstinget har avsett ska utgöra underlag för två kontrakt. Denna otydlighet har gett upphov till att förfrågningsunderlaget kan uppfattas på olika sätt och därigenom påverkat anbudsgivarnas möjlighet att utforma

sina kontrakt och avge affärsmässiga anbud. Eftersom otydligheten har funnits i det konkurrensuppsökande skedet måste upphandlingen göras om. Landstinget har således haft ett godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Landstinget har av organisatoriska och kostnadseffektiva skäl haft för avsikt att teckna ett avtal för område 1-6 och ett för område 7. Om landstinget skulle tvingas att genomföra upphandlingen på det sätt som Bring påstår skulle resultatet av denna inte överensstämma med landstingets behov. Fel i förfrågningsunderlaget som innebär att den upphandlande myndigheten inte får det denna har efterfrågat är även det sakliga grund för att avbryta upphandlingen. Landstingets beslut att avbryta upphandlingen är således sakligt och vilar inte på godtyckliga grunder. Beslutet följer också de gemenskapsrättsliga principerna. Det ska också noteras att Bring vid ansökan om överprövning av tilldelningsbeslutet även yrkade att upphandlingen ska göras om, vilket innebär att den nuvarande upphandlingen inte ska fullföljas. Genom att upphandlingen har avbrutits har samma effekt uppnåtts och en ny upphandling kan genomföras tidigare.

Bring har därefter anfört i huvudsak följande. Bring yrkar först i andra hand att upphandlingen ska göras om. De rättsfall som landstinget har hänvisat till saknar relevans i förhållande till frågan om det föreligger sakliga skäl för att avbryta den aktuella upphandlingen. Det fel som landstinget påstår finns i förfrågningsunderlaget har inte påverkat anbudsgivarnas sätt att lämna priser. Genom att få Bring som leverantör för delområdena 4 och 5 får landstinget ett lägre pris samt två leverantörer, vilket det även skulle ha kunnat få om förfrågningsunderlaget hade tolkats på det sätt landstinget anför. Landstinget preciserar inte vad den organisatoriska vinsten skulle bestå i. Att endast dela upp upphandlingen i två delar i stället för sju skulle med anledning av svårigheten för små bolag att lämna anbud kunna strida mot proportionalitetsprincipen. Bring har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i delarna 4 och 5. Det finns ingen risk att landstinget, genom att anta Brings anbud i dessa delar, inte får det ekonomiskt mest

fördelaktiga anbudet. Att landstinget av organisatoriska eller kostnadseffektiva skäl endast vill ha en leverantör för de aktuella tjänsterna har inte nämnts i förfrågningsunderlaget och utgör därför inte ett sakligt skäl för att göra om upphandlingen.

Landstinget har med anledning av Brings yttrande anfört i huvudsak följande. Det är landstinget som avgör hur transporttjänsterna ska upphandlas. Landstingets val att dela upp upphandlingen i två delar, vilket har föranletts av att område 7 är en annan typ av tjänst och inte integrerar med de övriga områdena, strider inte mot LOU. Landstingets skäl till hur och varför upphandlingen ska genomföras behöver inte framgå av förfrågningsunderlaget. Landstinget motsätter sig att otydligheten inte har påverkat anbudsgivarnas möjligheter eller vilja att lämna anbud och ifrågasätter att Bring påstår sig ha kunskap om hur såväl övriga anbudsgivare som leverantörer som valt att inte lämna anbud har påverkats av hur man har uppfattat förfrågningsunderlaget. Det är en avgörande skillnad om anbud ska lämnas för område 1-6 som en enhet eller om det, som Bring synes ha uppfattat det, har funnits möjlighet att lämna anbud för sex olika delområden. Det finns därför en uppenbar risk att detta har påverkat viljan och möjligheten att lämna anbud, vilket är tillräckligt för att otydligheten ska vara skäl för avbrytande. Även t.ex. affärsmässiga förhållanden hos den upphandlande myndigheten kan föranleda ett giltigt avbrytande. Det är inte det totala antalet leverantörer som har varit väsentligt för landstinget. På grund av det sätt på vilket landstingets verksamhet bedrivs har det väsentliga varit att behålla en och samma leverantör för område 1-6.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter 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. 4 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 6 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap.6 § första stycket LOU anges 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

1.1.1. Upphandlingsobjekt

Denna upphandling avser Landstingets behov av transporttjänster inom Jönköpings län.

I denna upphandling ingår sju delområden.

1. Lastbilstransporter, fordon disponeras huvudsakligen av Länsförsörjning
2. Distribution av paket till privatpersoner
3. Distribution av paket och styckegods till Landstingets, kommunernas eller privata verksamheter
4. Lastbilstransporter, fordon disponeras huvudsakligen av Hjälpmedelscentralen.
5. Hjälpmedel till patienter i hemmet
6. Hjälpmedel (främst sängar och lyfthjälpmedel) till/från patienter i hemmet inklusive montering/demontering.
7. Distribution av radioaktivt material (ADR klass 7)

1.1.1.1. Helt eller delat anbud

För att ha möjlighet att erhålla avtal omfattande delområde 1, 2, 3, 4, 5 och 6 ska anbudet omfatta alla dessa delområden i sin helhet.

För att ha möjlighet att erhålla avtal omfattande delområde 7 ska anbudet omfatta detta delområde i sin helhet.

Anbud kan komma att antas helt eller delvis.

1.2.1.1. Antagande av anbud

Landstinget kommer att anta det anbud per delområde som har lägsta pris.

Förvaltningsrättens bedömning

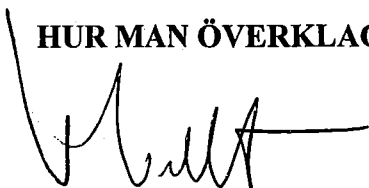
Frågan i målet är om landstinget har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut den 10 juni 2013 att avbryta den aktuella upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det funnits giltiga skäl att avbryta upphandlingen (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Landstinget anför bl.a. att begreppet delområde har använts i två olika bemärkelser i förfrågningsunderlaget och att förfrågningsunderlaget i och med det innehåller en otydlighet som medför att det kan uppfattas på olika sätt. Landstinget anför även att denna otydlighet har påverkat anbudsgivarnas möjlighet att utforma sina kontrakt och avge affärsmässiga anbud.

Vid en genomgång av punkterna 1.1.1., 1.1.1.1. och 1.2.1.1. i förfrågningsunderlaget finner förvaltningsrätten att informationen i de olika avsnitten ger olika indikationer på för vilka delområden ett anbud kan lämnas. Informationen som ges skapar ett utrymme för feltolkningar, vilket i sin tur leder till att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan komma att tolka dessa krav på olika sätt. Förvaltningsrätten finner därför att upphandlingsunderlaget i denna del har utformats på sådant sätt att det brister i transparens. De skäl som landstinget har åberopat för sitt beslut att avbryta upphandlingen får därmed anses sakligt godtagbara. Det har inte heller framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten har åsidosatts genom beslutet. Brings ansökan om överprövning av landstingets beslut att avbryta upphandlingen ska därför avslås.

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



Thorbjörn Lindvall

