



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-04-18
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4078-12 E
Enhet 2:6

SÖKANDE

Hans Andersson Recycling Göteborg AB, 556325-2344
Importgatan 47
422 46 Hisings Backa

Ombud: Jenny Crafoord och Advokat Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

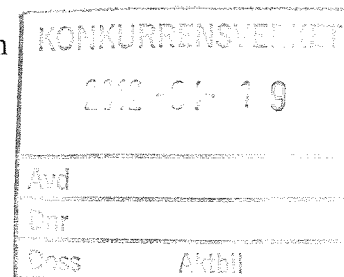
Västra Götalandsregionen
Regionens hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



BAKGRUND

Genom Västra Götalandsregionens (VGR) tilldelningsbeslut den 3 november 2011 tilldelades Stena Recycling AB (Stena) kontrakt i Avfallshantering VGR rörande tilldelningsområde 5/regional hantering av fraktionsgrupp 5, med diariennr. SN 317-2011 (upphandlingen fraktionsgrupp 5). Hans Andersson Recycling AB (bolaget) ansökte därvid om överprövning och förvaltningsrätten beslutade i dom den 1 mars 2012 att rättelse skulle vidtas på så sätt att Stenas anbud inte skulle beaktas vid utvärderingen. VGR beslutade därefter, den 9 mars 2012, att återkalla/avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet anfördes följande. Efter domslut från förvaltningsrätten kommer endast ett anbud återstå att utvärdera i den aktuella upphandlingen och bristande konkurrens föreligger därför. Denna del av upphandlingen kommer att göras om och nytt underlag kommer att annonseras.

ANSÖKAN M.M.

Bolaget yrkar nu att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara och upphäva beslutet och vidare besluta att VGR ska slutföra upphandlingen i enlighet med vad förvaltningsrätten förordnat i dom i mål 13374-11 den 1 mars 2012, dvs. genom att vidta rättelse på så sätt att utvärdering ska ske utan beaktande av anbudet från Stena, varvid bolaget ska tilldelas kontrakt i upphandlingen. Bolaget anför bl.a. följande. Avbrytandet innebär att bolaget missgynnas i förhållande till Stena och likabehandlingsprincipen har därmed åsidosatts. Avseende fraktionsgrupp 3 framgår tydligt av tilldelningsbeslutet att Stena som enda anbudsgivare har tilldelats kontrakt. Enligt resonemanget avseende fraktionsgrupp 5 borde VGR ha avbrutit upphandlingen även avseende fraktionsgrupp 3. Så skedde dock inte varför bolaget inte kan förstå det på annat sätt än att VGR ansett att det förelåg tillräcklig konkurrens trots att endast ett anbud fanns att utvärdera. VGR

har här agerat i strid med likabehandlingsprincipen och agerandet kan inte förklaras på annat sätt än att VGR av någon anledning inte velat teckna kontrakt med bolaget utan föredragit Stena som leverantör. Förhållandena avseende de två tilldelningsområdena är inte så olika som VGR vill låta påskina. Båda fraktionsgrupperna innehåller avfall av särskild karaktär, exempelvis kemikalier, oljeavfall och annat giftigt avfall. Det faktum att de avser geografiskt olika områden eller att värdet av kontraktet är större för tilldelningsområde fem innebär inte att förhållandena är så olika att det kan föranleda olika behandling av situationerna. Inte ens om det hade varit fråga om två separata upphandlingar hade VGR kunnat behandla två så likartade situationer olika. VGR har heller inte haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen fraktionsgrupp 5. EU-domstolen har i mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz konstaterat att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tilldela kontraktet den enda anbudsgivaren som ansetts vara lämpad att delta i förfarandet. Domen innebär inte att det alltid är tillåtet att avbryta en upphandling då det endast finns en anbudsgivare vars anbud kan antas. Det EU-domstolen uttalat sig om är endast den situation att det bara finns en kvalificerad anbudsgivare, dvs. en anbudsgivare som uppfyller kraven på ekonomisk ställning samt teknisk förmåga och kapacitet. Domen ger inget stöd för slutsatsen att en upphandling kan avbrytas då, såsom i upphandlingen fraktionsgrupp 5, det de facto finns mer än en anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven, men endast en anbudsgivare vars anbud uppfyller kraven. I målet från EU-domstolen där det endast finns en anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven finns risk för att tillräcklig konkurrens inte erhålls i upphandlingen t.ex. för att den upphandlande myndigheten ställt alltför långtgående kvalificeringskrav och därmed utestängt vissa leverantörer. I nu aktuellt fall finns ingen sådan risk då det bevisligen finns flera anbudsgivare som kvalificerat sig för anbudsgivning och som fått möjlighet att konkurrera om kontraktet i upphandlingen. Med tanke på att avbrytande av en upphandling är en undantagssituation som får negativ påverkan för de berörda anbudsgivarna måste den

har här agerat i strid med likabehandlingsprincipen och agerandet kan inte förklaras på annat sätt än att VGR av någon anledning inte velat teckna kontrakt med bolaget utan föredragit Stena som leverantör. Förhållandena avseende de två tilldelningsområdena är inte så olika som VGR vill låta påskina. Båda fraktionsgrupperna innehåller avfall av särskild karaktär, exempelvis kemikalier, oljeavfall och annat giftigt avfall. Det faktum att de avser geografiskt olika områden eller att värdet av kontraktet är större för tilldelningsområde fem innebär inte att förhållandena är så olika att det kan föranleda olika behandling av situationerna. Inte ens om det hade varit fråga om två separata upphandlingar hade VGR kunnat behandla två så likartade situationer olika. VGR har heller inte haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen fraktionsgrupp 5. EU-domstolen har i mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz konstaterat att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tilldela kontraktet den enda anbudsgivaren som ansetts vara lämpad att delta i förfarandet. Domen innebär inte att det alltid är tillåtet att avbryta en upphandling då det endast finns en anbudsgivare vars anbud kan antas. Det EU-domstolen uttalat sig om är endast den situation att det bara finns en kvalificerad anbudsgivare, dvs. en anbudsgivare som uppfyller kraven på ekonomisk ställning samt teknisk förmåga och kapacitet. Domen ger inget stöd för slutsatsen att en upphandling kan avbrytas då, såsom i upphandlingen fraktionsgrupp 5, det de facto finns mer än en anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven, men endast en anbudsgivare vars anbud uppfyller kraven. I målet från EU-domstolen där det endast finns en anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven finns risk för att tillräcklig konkurrens inte erhålls i upphandlingen t.ex. för att den upphandlande myndigheten ställt alltför långtgående kvalificeringskrav och därmed utestängt vissa leverantörer. I nu aktuellt fall finns ingen sådan risk då det bevisligen finns flera anbudsgivare som kvalificerat sig för anbudsgivning och som fått möjlighet att konkurrera om kontraktet i upphandlingen. Med tanke på att avbrytande av en upphandling är en undantagssituation som får negativ påverkan för de berörda anbudsgivarna måste den

undantagsmöjlighet som EU-domstolen formulerat också tolkas och tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett avbrytande får ske. Skillnaden i pris mellan Stenas anbud och bolagets anbud var endast 108 463 kr. Takpriset till upphandlingen fraktionsgrupp 5 var satt till 4 576 481 kr. Takpriset innebär i sig att VGR redan gjort en bedömning av till vilket pris tjänsten skulle utföras varför en anbudsgivares pris inte måste vägas mot andra priser för att för att VGR skulle kunna bedöma rimligheten i det. Det faktum att priser som lämnats av Stena respektive Bolaget inte skiljer sig väsentligen från varandra visar att redan utformningen av upphandlingen fraktionsgrupp 5 gett konkurrenskraftiga anbud.

VGR bestrider bolagets yrkande och anför bl.a. följande. De båda tilldelningsområdena som bolaget hänvisar till avser såväl skilda geografiska områden som olika tjänster. Värdet på kontraktet för tilldelningsområde 5 uppskattas vara mer än fem gånger så stort som det uppskattade värdet på kontraktet för tilldelningsområde 3. Då dessa olikheter avseende de aktuella tilldelningsområdena kan förväntas vara av betydelse för antalet anbudsgivare och därmed möjligheten att uppnå effektiv konkurrens har VGR valt att utnyttja möjligheten att avbryta upphandlingen avseende tilldelningsområde 5 men inte tilldelningsområde 3. Likabehandlingsprincipen kan inte innebära en skyldighet för VGR att behandla dessa olika situationer lika. Att de olika tilldelningsområdena upphandlats inom ramen för en gemensam upphandling bör inte föranleda någon annan bedömning. VGR ifrågasätter bolagets tolkning av EU-domstolens mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz. Målet måste tolkas som att den upphandlande myndigheten har möjlighet att avbryta upphandlingen p.g.a. bristande konkurrens då endast en anbudsgivares anbud kan utvärderas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

I EU-domstolens mål i C-27/98 Fracasso och Leitschutz anges bl.a. följande.

Därav följer att direktiv 93/37, för att uppfylla syftet att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling, avser att organisera tilldelningen av kontrakt på sådant sätt att den upphandlande myndigheten kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier såsom de som anges som exempel i artikel 30.1 (se i det avseendet, i fråga om direktiv 71/305, domen i det ovan nämnda målet Beentjes, punkt 27) (p. 31).

När det vid utgången av ett av de förfaranden avseende offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten som definieras i direktiv 93/37 endast kvarstår ett anbud, kan den upphandlande myndigheten inte jämföra priser eller andra kännetecken hos olika anbud för att tilldela kontraktet i enlighet med de kriterier som avses i avdelning IV, kapitel 3, i direktiv 93/37 (p. 32).

Av det ovanstående framgår att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tilldela kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet (p. 33).

Svaret på den första delen av frågan blir således följande. Artikel 18.1 i direktiv 93/37 skall tolkas så, att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tilldela kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet (p. 34).

Regeringsrätten har i RÅ 2008 ref. 35 anfört bl.a. följande. Regeringsrätten

finner inledningsvis att det av praxis följer att ett beslut om avbrytande ska kunna överprövas av domstol och att den prövningen i Sverige ska göras av allmän förvaltningsdomstol (jfr RÅ 2005 ref. 62). Vid den prövningen bör ledning hämtas från EG-domstolens avgöranden. I målet C-92/00, HI (REG 2002 s. I-5553) anförde EG-domstolen med hänvisning till sin dom i målet C-27/98, Fracasso och Leitschutz (REG 1999, s. I-5697) att gemenskapsreglerna om offentlig upphandling inte medför att en upphandlande enhets befogenhet att avstå från en upphandling föreligger endast i undantagsfall eller när det föreligger tungt vägande skäl (punkt 40). I målet fann domstolen vidare att de upphandlande enheterna är skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet när de beslutar att återkalla en upphandling (punkt 47).

Förvaltningsrättens bedömning

För att en upphandlande myndighet ska kunna avbryta en upphandling krävs att det finns sakliga skäl för beslutet samt att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna uppfylls.


Vad avser sakliga skäl har någon klar och entydig praxis angående vad som godtas som sakliga skäl inte utkristalliserats. Den särskilda omständigheten att endast en anbudsgivare återstår i utvärderingsfasen har dock i flertalet mål ansetts utgöra ett godtagbart skäl (se bl.a. C-27/98 Fracasso och Leitschutz, RÅ 2008 ref. 35, KamR i Jönköping mål 3226-08 och 1236-09).

I nu förevarande fall fanns två kvalificerade bolag men bara ett av dem hade lämnat ett anbud som uppfyllde skall-kraven. Bolaget hävdar härvid att EG-domstolens dom i mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz ska tolkas restriktivt och enbart innefatta de fall då det bara finns en anbudsgivare

som uppfyller kraven på ekonomisk ställning samt teknisk förmåga dvs. de fall där kvalifikationskraven i förfrågningsunderlaget uteslutit potentiella anbudsgivare. Förvaltningsrätten anser dock inte att EG-domstolens avgörande ska tolkas på detta sätt. Den upphandlande enheten förlorar i förevarande fall, liksom i mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, möjligheterna att utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. Denna problematik torde finnas där oaktat skälet till att det bara funnits ett bolag kvar att utvärdera. Förvaltningsrätten konstaterar således att det förelegat sakliga skäl till att avbryta upphandlingen.

Frågan är därvid om VGR följt de gemenskapsrättsliga principerna när man avbröt upphandlingen fraktionsgrupp 5. Bolaget hävdar att VGRs förfarande, att skriva kontrakt vad avser fraktionsgrupp 3 men avbryta vad avser fraktionsgrupp 5, strider mot likabehandlingsprincipen. Av yttrande från VGR framgår att kontraktvärdet för fraktionsgrupp 5 är fem gånger så stort som för fraktionsgrupp 3. Förvaltningsrätten anser att denna värdeskillnad, som ändå måste anses vara betydande, i sig innebär att fraktionsgrupperna 3 och 5 skiljer sig nämnvärt åt och berättigar VGR att behandla situationerna olika. Det är rimligtvis viktigare för den upphandlande enheten att utnyttja konkurrensen på marknaden när värdet på fraktionsgruppen och därmed kostnaderna för myndigheten är betydligt större. Att det finns andra likheter mellan fraktionsgrupperna saknar i detta sammanhang betydelse. Mot bakgrund av ovanstående är det förvaltningsrättens bedömning att VGRs förfarande inte strider mot likabehandlingsprincipen. Med hänsyn härtill och då det även konstaterats att det fanns saklig grund för att avbryta upphandlingen fraktionsgrupp 5 ska ansökan om överprövning avslås.

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



Claes-Göran Gunnarsson

Rådman

Föredragande i målet har varit Anna Wennergren.