



SÖKANDE

Bilpoolen mellanslag AB, 556734-8825

Ombud: Martin Göransson, Prosent AB

MOTPART

Växjö kommun, 212000-0662

Ombud: Chefsjurist Magnus Bengtsson, Växjö kommun

SAKEN

Överprövning av beslut att avbryta offentlig upphandling enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-03-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Växjö kommun har tillsammans med Alvesta kommun, Ljungby kommun, Tingsryds kommun och Uppvidinge kommun genomfört en samupphandling av bilpool och hyrbilar. Upphandlingen var enligt förfrågningsunderlaget uppdelad i tre delar. Enligt beslut den 15 maj 2017 utsågs Pe-Ge Minibuss i Växjö AB som leverantör avseende "Del 1. Bilpool och korttidsuthyrning av personbilar och minibussar, Växjö kommun" (härefter benämnd Del 1). Bilpoolen mellanslag AB (Bilpoolen) lämnade också in anbud avseende Del 1 och placerades på andra plats. Bilpoolen ansökte om överprövning och Kammarrätten i Jönköping beslutade i dom den 4 juni 2018 (mål nr 2925-17) att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse hade skett genom ny utvärdering i vilken anbudet från Pe-Ge Minibuss i Växjö AB inte skulle beaktas.

Den 13 juni 2018 beslutade Växjö kommun att avbryta upphandlingen avseende Del 1. Som skäl för beslutet angavs i huvudsak följande. De två kvarvarande aktuella anbudsgivarna, Bilpoolen och MABI Sverige AB, har angett referenser som inte är likvärdiga (volym i kronor) det som upphandlas gällande Del 1. Därmed har inga kvalificerade anbud inkommit i denna del.

YRKANDEN M.M.

Bilpoolen ansöker nu om överprövning av kommunens beslut att avbryta upphandlingen avseende Del 1 och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara detta beslut. Bilpoolen yrkar vidare att förvaltningsrätten ska besluta att en ny utvärdering ska göras i enlighet med Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 2925-17, d.v.s. en utvärdering där Bilpoolens anbud ska beaktas men inte anbudet från Pe-Ge Minibuss AB.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

Parterna anför i huvudsak följande.

Bilpoolen

Upphandlingen har inte genomförts på ett öppet och icke diskriminerande sätt. Kammarrätten har i sin dom avseende den aktuella upphandlingen inte på något sätt gett uttryck för att kommunen skulle göra en ny prövning av huruvida Bilpoolen eller övriga anbudsgivare uppfyllde kvalificeringskraven. Kommunen har dessutom tidigare ansett att Bilpoolen uppfyller samtliga obligatoriska krav. Det är mot denna bakgrund häpnadsväckande att kommunen har gjort om kvalificeringsfasen beträffande kvarvarande anbudsgivare. Det är uppenbart att kommunens ändrade uppfattning rörande övriga anbudsgivare är ett sätt att kringgå kammarrättens beslut om rättelse.

Kommunens påstående om att Bilpoolens angivna referensuppdrag inte längre är av likvärdig omfattning grundas inte på några objektiva skäl, utan på att Bilpoolen har nått framgång med sin talan mot kommunen i kammar-rätten. Att Pe-Ge Minibuss AB har möjlighet att ansöka om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet rättfärdigar inte att kommunen på eget initiativ gör en ny prövning av övriga anbud och vid denna gör en striktare och hårdare bedömning av övriga anbudsgivares referensuppdrag. Kommunen ska behandla alla anbudsgivare på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt. I detta ligger att inte bistå eller företräda en specifik leverantörs intresse av att få kontrakt.

Av punkt 3.1.6 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. För att styrka anbudsgivarnas erfarenhet ska två relevanta uppdrag (biluthyrning i likvärdig omfattning (volym i kronor) som det som här upphandlas) utförda under de senaste två åren anges. Vidare framgår att beskrivningen av referensuppdraget ska innehålla information om bl.a. årsvolym. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid inget värde för upphandlingen per år i kronor. Av punkt 5.2.39 framgår bl.a. följande. Växjö kommun har under år 2015 unyttjat hyrbilar, personbilar vid 2 750 förhyrningstillfällen – övervägande korttidshyror, men månadsförhyrning förekom också. Det framgår därmed enbart vid hur många tillfällen kommunen under år 2015 hyrde bilar. Denna volym går inte att använda som måttstock då den inte anger vad värdet var för Del 1 i kronor räknat.

Båda referensuppdragen som Bilpoolen har angett avser i huvudsak bilpooler, men inte enbart. Det är korrekt att Bilpoolens referensuppdrag inte upp-går till det utvärderingspris om ca tre miljoner kronor som Bilpoolen har i sitt anbud. Det är dock fråga om fiktiva volymer och utvärderingspriset ut-gör ett resultat av hur anbudsgivarna väljer att utforma och disponera sitt anbud. Som framgår av förfrågningsunderlaget lämnar kommunen ingen som helst garanti för någon minsta volym. Kravet på likvärdig omfattning får

med hänsyn till detta och med hänsyn till avsaknad av angivet värde i förfrågningsunderlaget uppfattas på så sätt att det ska vara fråga om större avtal med betydande värde. En leverantör som Bilpoolen som har flera parallella uppdrag i miljonklassen måste anses ha nödvändig förmåga att utföra aktuellt kontrakt, även om det skulle uppgå till ett värde om tre miljoner kronor. Bilpoolen har begärt ut alla fakturor från kommunen avseende bilpooler och biluthyrning för år 2016. Enligt Bilpoolens sammanställning av fakturorna har kommunen under 2016 hyrt bilar för en kostnad om 483 375 kronor, vilket är klart under de värden som Bilpoolens referensuppdrag har haft. Det visar med all tydlighet att utvärderingspriset inte speglar det verkliga värdet.

Enligt ordalydelsen i punkt 3.1.6 ska det vara fråga om ”likvärdig”. Detta kan inte uppfattas på så sätt att det åberopade uppdraget ska ha varit exakt likadant. Formuleringen förefaller även ta sikte på omfattningen och inte på karaktären. Bilpooler är en form av biluthyrning där ett antal personer, eller organisationer, delar på en eller flera bilar. Vid sedvanlig biluthyrning delar också flera personer på samma fordon. Skillnaden ligger i hur bokningsprocessen går till och hur bilparken är konstruerad. I Kammarrätten i Jönköpings mål 2225-16 hade det i förfrågningsunderlaget angetts att referensuppdrag med liknande karaktär skulle anges. Kammarrätten uttalade att med liknande karaktär avsågs persontransporter, varför referensuppdrag med båt godtogs. Av Kammarrätten i Göteborgs uttalande i mål nr 7229-15 framgår att om upphandlande myndighet ska kunna utesluta en anbudsgivare från att delta i utvärderingen ska det klart framgå av förfrågningsunderlaget vad som krävs för att anbudsgivaren ska uppfylla ett obligatoriskt krav. Den upphandlande myndigheten bär risken för oklarheter i ett förfrågningsunderlag.

Som framgår av ovanstående kammarrättsavgöranden och vad ordet likvärdig står för, är det inte fråga om att angivna referensuppdrag måste innefatta exakt samma moment och utförande. Vid en bedömning av huruvida Bil-

poolens referensuppdrag är av likvärdig omfattning måste beaktas att kommunen tidigare ansett så var fallet. Begreppet likvärdig omfattning måste ges en vidsträckt innebörd eftersom det inte finns något värde angivet i upphandlingsdokumenten. Om en upphandlande myndighet skulle tillåtas ändra en tidigare gjord bedömning av sökandens anbud utan en välgrundad motivering, skulle det i princip vara meningslöst att överpröva en upphandling på grund av att vinnande leverantör inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, vilket äventyrar rättssäkerheten och bakomliggande syften med LOU.

För att avbryta en upphandling krävs sakligt godtagbara skäl. En upphandlande myndighet bryter mot principerna om affärsmässighet och likabehandling om en upphandling avbryts i syfte att gynna eller missgynna en viss leverantör. Kommunen har brutit mot bl.a. 1 kap. 9 § LOU genom att avbryta upphandlingen eftersom det inte funnits sakligt godtagbara skäl för detta.

Om Bilpoolens anbud vid en ny utvärdering beaktas kommer Bilpoolen att bli vinnande leverantör. Därmed lider eller riskerar Bilpoolen att lida skada.

Sammanfattningsvis har kommunen inte haft objektiva skäl att göra en ny anbudsprövning av kvarvarande anbud eller vid denna ändra uppfattning avseende vad som är likvärdig omfattning. Det strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU att förkasta Bilpoolens anbud. Vidare har kommunen brutit mot samma bestämmelse då Bilpoolen rätteligen uppfyller kravet även vid en ny anbudsprövning. Det har därför inte funnits godtagbara skäl för kommunen att avbryta upphandlingen.

Kommunen

Kommunen har med anledning av kammarrättens dom att fatta ett nytt beslut. I detta ligger att pröva om kvarstående anbud uppfyller de krav som har

stälts i upphandlingsunderlaget. Vid första tilldelningsbeslutet uppmärksammades inte att Bilpoolen inte uppfyllde kravet på referenser. Den andra återstående anbudsgivaren uppfyllde inte heller detta krav. Kommunen hade därför skäl att förkasta de båda anbuden. Om kommunen inte hade gjort det kunde övriga anbudsgivare med framgång ha begärt överprövning.

Anbudsgivare ska uppfylla kravet på referensuppdrag enligt följande. För att styrka anbudsgivarens erfarenhet ska två relevanta uppdrag (biluthyrning i likvärdig omfattning (volym i kronor) som det som här upphandlats) utförda under de senaste två åren anges nedan. Beskrivningen ska innehålla information om typ av uppdrag, årsvolym i kronor, uppdragsgivare, namn på kontaktperson, e-postadress och telefonnummer.

Av punkten 5.2.39 i upphandlingsunderlaget framgår omfattningen av kommunens behov. Där hänvisas till år 2015 med en volym om 2 750 hyrbilar personbil, i huvudsak korttidshyra och 1 000 hyrbilar minibuss, i huvudsak korttidshyra. Samma volymer upprepas i prisbilagan. Volym i kronor är därmed inte så svårt att få fram eftersom det endast är att summera kolumn D i pris. Omfattningen är då totalt drygt 2,8 miljoner kronor avseende hyrbilar. Omfattningen av bilpool är cirka 3 miljoner kronor.

Av Bilpoolens anbud framgår att deras referensuppdrag omfattar 1 200 000 kronor respektive 800 000 kronor. Det förefaller oklart om uppdragen avser enbart hyrbilar eller bilpool eller både och. Det kan i vart fall konstateras att Bilpoolens referensuppdrag inte ens uppgår till hälften respektive en tredjedel räknat i volym i kronor. De är därför inga likvärdiga referensuppdrag.

Det som upphandlas är vidare bilpool och hyrbilar, inte endast bilpool. Bilpoolen har därmed inte bara lämnat felaktiga referenser i volym i kronor utan också endast avseende bilpool och inte biluthyrning. Detta utgör ytterligare en grund för att förkasta Bilpoolens anbud.

Enligt kommunens ekonomiavdelning var år 2016 volymen 5 915 937 kronor. Beloppet avser såväl bilpool som biluthyrning, dock något övervägande bilpool. Volymerna har legat stadigt på drygt 5 miljoner kronor under de senaste åren. Volymerna är fiktiva endast på det sätt att de inte kan garanteras. Kommunen vet inte var uppgiften om 486 375 kronor kommer ifrån.

Kommunen har haft rätt att förkasta anbuden, avbryta upphandlingen och gå över till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med samtliga anbudsgivare eftersom inga anbud fanns kvar att utvärdera.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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.

En upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett sådant beslut måste emellertid följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering p.g.a. nationalitet i synnerhet (C-92/00, punkt 41 och 47). EU-domstolen har vidare uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98, punkt 23 och 25).

Utgångspunkten är därmed att en upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas, även om en möjlighet att avbryta en

upphandling är begränsad på ett sätt som redogjorts för ovan. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (jfr RÅ 2009 ref 43). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av upphandlingen.

Klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av en upphandling saknas. Skäl för avbrytande som godkänts i praxis har varit t.ex. att det endast återstår en lämplig anbudsgivare (se RÅ 2008 ref. 35 och C-27/98). Vidare har som sakligt godtagbara skäl för avbrytande godtagits att samtliga återstående anbud skulle överskrida kommunens budget (se RÅ 2009 ref. 43). Även det förhållandet att en upphandlande myndighet har gjort en förhandsbedömning avseende en upphandling och därefter startat förfarandet, men under detta insett att det begåtts fel vid förhandsbedömningen som medförde att det inte är möjligt att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har utgjort godtagbara skäl för avbrytande (se RÅ 2008 ref 35).

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har beslutat att avbryta Del I i den aktuella upphandlingen eftersom de två återstående anbuden inte ansågs uppfylla det obligatoriska kravet i punkt 3.1.6 i förfrågningsunderlaget. Av den punkten framgår bl.a. följande. För att styrka anbudsgivarens erfarenhet ska anbudsgivaren ange två relevanta uppdrag (biluthyrning i likvärdig omfattning (volym i kronor) som det som här upphandlas) utförda under de senaste två åren. Beskrivningen ska bl.a. innehålla information om typ av uppdrag.

Den fråga förvaltningsrätten först har att ta ställning till är om kommunen har agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att göra en ny prövning av Bilpoolens anbud i förhållande till det obligatoriska kravet i punkten 3.1.6 efter Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 juni 2018 (mål nr 2925-17).

Förvaltningsrätten konstaterar att det följer av likabehandlingsprincipen att upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. De obligatoriska kraven som ställs ska upprätthållas under hela förfarandet (jfr HFD 2016 ref. 37 I och II). Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att kommunen även efter Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 juni 2018 (mål nr 2925-17) har haft att fog för att ta ställning till om kvarvarande anbudsgivare uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Att kommunen under förfarandets gång gjort en förnyad bedömning i frågan om Bilpoolen uppfyller det obligatoriska kravet i punkt 3.1.6 innebär således inte att kommunen kan anses ha handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten har härefter att pröva om Bilpoolens anbud kan anses uppfylla kravet i punkt 3.1.6 i förfrågningsunderlaget.

Del 1 av upphandlingen avser bilpool och korttidshyrning av personbilar och minibussar i Växjö kommun. Bilpoolen har angivit två referensuppdrag som uppges i huvudsak avser bilpool, men inte enbart. Det framgår dock inte hur stor del av de av Bilpoolen angivna referensuppdragen som avser bilpool och vad som avses i övrigt. Referensuppdragen uppgår till 1 200 000 kronor respektive 800 000 kronor. Enligt den beräkning som kommunen har presenterat har Bilpoolen lämnat ett anbud om 3 056 368 kronor avseende bilpool och 2 848 500 kronor avseende hyrbilar. Såvitt framkommit i målet har denna beräkning inte ifrågasatts av Bilpoolen. Av det aktuella obligatoriska kravets formulering framgår att begreppet likvärdig avser uppdragens volym i kronor.

Mot denna bakgrund samt med hänsyn till att den beräknade totala kostnaden för bilpool och hyrbilar (5 904 868 kronor) enligt Bilpoolens anbud överstiger värdet av angivna referensuppdrag markant anser förvaltningsrätten att Bilpoolen inte kan anses uppfylla det obligatoriska kravet i punkt 3.1.6 i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen inte kan anses ha handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att förkasta Bilpoolens anbud.

Frågan är då om kommunen har haft godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Av rättspraxis framgår att det ansetts föreligga godtagbara skäl att avbryta en upphandling om det endast återstår en lämplig anbudsgivare. Detta torde även gälla i situationer då det inte återstår något kvalificerat anbud alls. Sedan bland annat Bilpoolens anbud på tillräckligt goda grunder rätteligen har förkastats av Kommunen återstod inte något kvalificerat anbud avseende Del 1 i upphandlingen. Under sådana förhållanden har Kommunen haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Ansökan om överprövning bör därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Daniel Samuelson
lagman

Föredragande: Frida Karlsson



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall:

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.