



SÖKANDE

E-Tron AB, 556478-0079
Tuna Gårdsväg 16
147 43 Tumba

MOTPART

Gislaveds kommun, Upphandlingsenheten
Stortorget 1
332 80 Gislaved

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-04-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Gislaveds kommun har inlett en förnyad konkurrensutsättning inom ramen för ett ramavtal som tecknats av den ekonomiska föreningen Husbyggnadsvaror HBV Förening (HBV). Enligt HBV:s stadgar har föreningen till ändamål att främja sina medlemmars ekonomiska intressen genom att upphandla varor och tjänster kopplade till uppförande, renovering och förvaltning av fastigheter och bedriva konsultverksamhet i upphandlingsfrågor samt därmed förenlig verksamhet. Till medlem i föreningen kan antagas kommun som förvaltar bostäder som upplåts med hyresrätt eller kommunalt företag som har som huvudsaklig uppgift att bygga och långsiktigt förvalta bostäder vilka upplåts med hyresrätt. Medlem kan också andra företag eller organisationer vara vars syfte överensstämmer med övriga medlemmars. SABO kan också vara medlem. Kommunen är, liksom dess bostadsbolag Gislavedshus AB, medlem i HBV.

Det ursprungliga ramavtalet tecknades av HBV och antagna ramavtalsleverantörer efter ett upphandlingsförfarande som benämndes ”Elfordon 18-127”. Upphandlingen bestod av följande fyra anbudsområden som utvärderades var för sig:

- Anbudsområde A: Korta elfordon
- Anbudsområde B: Semilånga elfordon
- Anbudsområde C: Långa elfordon
- Anbudsområde D: Trehjuliga elfordon

Anbud kunde lämnas på ett eller flera anbudsområden. Avseende avrop föreskrevs att vid avrop vid ett och samma tillfälle av ett elfordon tillämpas rangordning och vid avrop vid ett och samma tillfälle av två eller fler elfordon tillämpas förnyad konkurrensutsättning. I tilldelningsbeslut antogs E-Tron AB (bolaget) som leverantör inom anbudsområdet C och rangordnades som nummer fyra (av fem antagna leverantörer).

Efter anbudsprövning har kommunen genom tilldelningsbeslut antagit annan leverantör än bolaget och bolaget har ansökt om överprövning.

Upphandlingsdokumenten

Den ursprungliga upphandlingen

Upphandlingen avser ramavtal gällande leverans av eldrivna arbetsfordon.:

- Anbudsområde A ”Korta elfordon”: Med kort elfordon avses CE-godkänt eldrivet 1–2-sitsigt arbetsfordon inklusive monterade tillval. Flaklängd 95–125 cm och lastkapacitet flak 200–350 kg.
- Anbudsområde B ”Semilånga elfordon”: Med elfordon avses CE-godkänt eldrivet 1–2-sitsigt arbetsfordon inklusive monterade tillval. Flaklängd max 190 cm och lastkapacitet flak > 400 kg.
- Anbudsområde C ”Långa elfordon”: Med långt elfordon avses CE-godkänt eldrivet 2-sitsigt arbetsfordon inklusive monterade tillval, flaklängd minst 205 cm och lastkapacitet flak minst 800 kg.

- Anbudsområde D ”Trehjuliga elfordon”: Med trehjuligt elfordon avses CE-godkänt eldrivet minst 1-sitsigt arbetsfordon inklusive monterade tillval

Offererat elfordon ska vara utrustat och godkänt för framförande på allmän väg. Upphandlingsföremålet omfattar inte person- / transportbilar med eldrift

Förnyad konkurrensutsättning innebär att upphandlande myndighet inbjuder, i ramavtalet antagna leverantörer inom aktuellt avtalsområde, att på nytt lämna anbud i enlighet med villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i detta upphandlingsdokument. Vid förnyad konkurrensutsättning får inte offereras högre styckpriser än aktuella priser för produkt i ramavtalet. Nedan förteckning över exempel på krav och villkor som den upphandlande myndigheten kan precisera och komplettera vid förnyad konkurrensutsättning (urval av förvaltningsrätten):

- Flakstorlek / höjd på flaklämmar
- Funktionella och tekniska egenskaper
- Förarhyttinredning
- Lastkapacitet i kg
- Uppvärmningssystem förarhytt
- Öppningsbar vindruta
- Öppningsbara sidorutor

Kontraktet ska tilldelas den leverantör som för beställaren, lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga avropssvaret på grundval av de krav och utvärderingskriterier som angetts i avropsförfrågan.

Förevarande upphandling

Antagna leverantörer inom ramavtalsområde C inbjuds att på nytt lämna anbud i enlighet med villkor som anges i HBV:s ramavtal. Antal maskiner kommunen önskar pris och villkor på är 4–6 maskiner beroende på pris. Följande minimikrav tillämpas (förvaltningsrättens urval):

- Flakstorlek minimum L 1,80, B 1,30/höjd på gallergrindar till flak minimum 800 mm totalhöjd.
- Lastkapacitet i kg minimum 600kg
- Öppningsbar vindruta
- Öppningsbara sidorutor
- Framhängda dörrar

Efter genomförd anbudsprövning kommer den leverantör som lämnat det kvalificerade anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga anbud med hänsyn till pris. Avtalsspärr om tio kalenderdagar gäller.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Kraven i upphandlingen har utformats i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Detta genom att uppställa sådana krav att endast en leverantör kan komma ifråga för tilldelning av kontrakt. Detta gäller särskilt kraven på framhängda dörrar och öppningsbar framruta.

Utveckling av ansökan

Vad gäller kravet på framåthängda dörrar så är dessa inte billigare att reparera än bakåthängda dörrar. Vidare gäller att även framåthängda dörrar behöver vara ordentligt stängda för att inte skadas när fordonet körs in i trånga utrymmen.

Enligt bolagets mening är det inte befogat att ställa krav på öppningsbara framrutor eftersom moderna fordon har bra ventilation. Vidare sker ventilation av förarhytt bäst genom att sidorutorna öppnas. Vad kommunen anför om att ventilation inte alltid är lämpligt framstår inte som sakligt underbyggt och bör förtydligas.

Kommunen avbröt ett tidigare upphandlingsförfarande efter att en leverantör klagat på att kontraktet inte tilldelats den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt upphandlingsdokumenten, utan viss annan leverantör. Därefter har kommunen inlett ett nytt upphandlingsförfarande, men då uppställt sådana krav att endast den tidigare antagne leverantören kunnat komma ifråga för tilldelning av kontrakt. Bolaget har under upphandlingsförfarandet ställt frågor till kommunen angående de uppställda kraven, men inte fått några tillfredställande svar. Vidare kan konstateras att de fordon upphandlingen avser redan har tagits i trafik och registrerats på Gislaveds kommun i Transportstyrelsens register.

De uppgifter som enligt kommunen framkommit vid den marknadsundersökning som föregått upphandlingen är inte korrekta. Bolaget hade i och för sig haft möjlighet att leverera ett fordon med framhängda dörrar och öppningsbar framruta inom önskad leveranstid. Eftersom upphandlingen gäller anbudsområde C kunde bolaget inte offerera fordon, utan endast det fordon som är aktuellt inom anbudsområdet (Addax MT). Av de fem fordon som är aktuella inom anbudsområde C, är det endast ett fordon som har båda dessa egenskaper (Melex modell 391), se nedan:

- Alke ATX230E (Ej framhängda dörrar)
- Esagono Gastone (Ej öppningsbar vindruta)
- Melex modell 391 (Enda fordon som kan uppfylla samtliga krav)
- Goupil G4 (Ej framhängda dörrar)
- Addax MT (Ej framhängda dörrar)

Melex modell 391 offereras endast av den nu antagne leverantören. Om det är så att fordonet Club Car skulle anses uppfylla minimikraven i enlighet med vad kommunen gör gällande, borde ramavtalsleverantören Epton Trading AB (Epton) ha tilldelats kontraktet i kraft av lägre pris.

Kommunen

Inställning

De krav som uppställts i upphandlingen strider inte mot de grundläggande principerna i LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. De krav som bolaget ifrågasätter är sakligt motiverade och inte ägnade att osakligt gynna viss leverantör eller missgynna andra.

Utveckling av kommunens inställning

Enligt kommunens tidigare erfarenhet skadas bakåthängda dörrar lättare än framåthängda dörrar och är dyrare att reparera. Detta beror på att under fordonens användning sker inhopp och uthopp med hög frekvens. Dörrarna blir därför sällan ordentligt stängda, vilket leder till skador när fordonen körs in i trånga utrymmen. Det är visserligen riktigt att kommunen idag inte har fordon av aktuell typ med framåthängda dörrar; istället har kommunen fordon som saknar dörrar.

Under användning har förarna behov av att öppna vindrutorna, eftersom ventilation inte alltid är lämpligt. Detta beror bl.a. på ökad risk för förkylning vid hög utomhustemperatur. Vidare är krav på öppningsbara framrutor ett sådant krav som enligt HBV:s instruktioner kan ställas vid förnyad konkurrensutsättning.

Upphandlingen har föregåtts av en marknadsundersökning. Vid denna framkom att minst tre av de fem ramavtalsleverantörerna hade fordon i sitt sor-

timent med framåthängda dörrar och öppningsbara vindrutor. En av dessa ramavtalsleverantörer var bolaget.

I det tidigare upphandlingsförfarandet lämnade fyra av fem ramavtalsleverantörer anbud. I det nu aktuella upphandlingsförfarandet har två av fem leverantörer lämnat anbud. Bolaget har inte lämnat anbud inom ramen för något av de nämnda upphandlingsförfarandena.

Det är riktigt att fordonet Club Car 700 inte ingår i avtalsområde C. Epton valde att lämna in två anbud, varav ena anbudet avsåg fordonet Club Car 700 med framåthängda dörrar. Kommunen kunde inte tilldela Epton kontrakt då det offererade Club Car 700 inte fanns med i avtalsområde C.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Enligt 20 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Allmänt

Till en början kan konstateras att minimivärdena för flaklängd och lastkapacitet i kg har bestämts till värden som understiger de minimivärden som angavs i den ursprungliga upphandlingen. Avseende flaklängd uppgick minimivärdet för anbudsområde C i den ursprungliga upphandlingen till 205 cm och i förevarande upphandling uppgår motsvarande värde till 180 cm (1,80 m). Vad gäller lastkapacitet i kg uppgick minimivärdet för anbudsområde C i den ursprungliga upphandlingen till 800 kg och i förevarande upphandling uppgår motsvarande värde till 600 kg. I nämnda avseenden ryms fordon inom anbudsområde B ”Semilånga fordon”. Fordon inom anbudsområde C är dock, enligt definitionerna i den ursprungliga upphandlingen, alltid tvåsitsiga medan fordon inom anbudsområde B kan vara både ensitsiga och tvåsitsiga (”1–2 sitsiga”). Vidare förtjänar att anmärkas att öppningsbar vindruta ingick bland de moment som obligatoriskt skulle prissättas inom

anbudsområde B, men inte inom anbudsområde C. Det ovan sagda synes förklara varför kommunen vid den marknadsundersökning som föregått upphandlingen funnit att tre ramavtalsleverantörer haft möjlighet att leverera fordon i enlighet med kommunens specifikationer och varför leverantören Epton offererat fordonet Club Car 700, som rätteligen tillhör anbudsområde B.

Kravet på öppningsbar framruta/vindruta

Öppningsbar vindruta (framruta) är uttryckligen angivet i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen som ett möjligt kompletterande krav vid förnyad konkurrensutsättning. Detta krav får därmed anses godtagbart.

Vad gäller kravet på framhängda dörrar är detta inte något som uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen som ett möjligt kompletterande krav. Det skulle dock kunna inrymmas i den allmänt hållna punkten funktionella och tekniska egenskaper. Fråga är därefter om kravet på framhängda dörrar uppfyller de krav som följer av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. I detta ligger att kraven ska vara sakligt motiverade, inte ägnade att otillbörligt gynna eller missgynna vissa leverantörer och proportionerliga. Kommunen har motiverat kravet på framhängda dörrar med att bakhängda dörrar enligt dess erfarenhet skadas lättare än framåthängda dörrar och dessutom är dyrare att reparera. Bolaget har bestritt såväl att bakhängda dörrar lättare skulle komma till skada som att de skulle vara dyrare att reparera. Ingentera av parterna har åberopat någon närmare utredning till stöd för sin respektive inställning. Några skillnader ur funktionellt perspektiv har inte gjorts gällande och det framgår inte heller på annat sätt varför den ena lösningen skulle vara mer fördelaktig än den andra. Sammantaget finner förvaltningsrätten därför att kommunens nytta av kravet på framhängda dörrar får anses begränsad. Av vad bolaget obestritt anfört kan tre av de fem fordon som är aktuella inom avtalsområde C inte levereras

med framhängda dörrar. Kravet medför således en betydande nackdel för bolaget och de båda andra leverantörerna som p.g.a. kravet inte fått möjlighet att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Kravet har på framhängda dörrar har således begränsat konkurrensen i upphandlingen i betydande mån. Dessutom har konkurrensbegränsningen kommit att bli än mer omfattande p.g.a. av att ett av de två kravvarande fordonen som kunnat uppfylla kravet på framhängda dörrar har bortfallit p.g.a. av kravet på öppningsbar framruta / vindruta.

Slutsatser

Mot bakgrund av det ovan sagda finner förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att kommunen brutit mot LOU genom att utforma upphandlingens obligatoriska krav på sätt som otillbörligt gynnat vinnande anbudsgivare och missgynnat övriga anbudsgivare. Detta gäller särskilt kravet på framhängda dörrar. De obligatoriska kraven strider därför mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Felet i upphandlingen har medfört att bolaget uteslutits från möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingen och bolaget har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Ingripande

Felet i upphandlingen är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas och rättelse är därför inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Kjell Hammarborg

Rådmannen Kjell Hammarborg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



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 nyårs-afton, 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 försörjningssektorena, 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.

