

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2013-11-14
Meddelad i
GöteborgMål nr
8785-13 E
Avdelning 1 Enhet 12**SÖKANDE**Volvo Personbilar Sverige AB (VPS), 556034-3484
405 31 Göteborg**MOTPART**Trollhättans stad
461 83 Trollhättan**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Volvo Personbilar Sverige AB:s ansökan och bestämmer att den förnyade konkurrensutsättningen i den del som avser fordonsgруппerna Da och Db ska göras om.

BAKGRUND

Trollhättans Stad (fortsättningsvis Kommunen) genomför en upphandling av fordon. Upphandlingen görs i form av förnyad konkurrensutsättning på basis av ramavtalet Fordon 2012-2 som SKL Kommentus Inköpscentral tecknat för kommuners, landstings och regioners räkning. Upphandlingen är enligt kommunens anbudsinvjudan indelad i sex områden där varje område avser en angiven fordonskategori. En sådan kategori benämns ”Större bil” i Kommunens anbudsinvjudan. I de avropmallar som bifogats anbudsinvjudan och där kraven på de fordon som ska upphandlas preciserats är kategorin uppdelad i fordonsgrupperna Da och Db som motsvarar sedan- respektive kombibilar.

Kommunen meddelade tilldelningsbeslut för det aktuella området den 16 augusti 2013. Av beslutet framgår att Kommunen avsåg att sluta avtal med annan anbudsgivare än Volvo. I beslutet anges att avtalsspärr gällde t.o.m. den 26 augusti 2013.

Volvo Personbilar Sverige AB:s (fortsättningsvis Bolaget) ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten den 9 augusti 2013.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av Kommunens upphandling och yrkar att upphandlingen ska göras om för fordonsgruppen ”Större bil” med iakttagande av de bestämmelser som föreskrivs i LOU. Bolaget anför i huvudsak följande. Kommunens skall-krav ”max en leverantör kommer att antas per kategori” är konkurrenshämmande. Det beror på att endast en av ramavtalets leverantörer kan uppfylla kravet för kategorin ”Större bil” eftersom Kommunen inom den kategorin avser att upphandla både sedan- och kom-

bibilar. Att så är fallet framgår tydligt av Kommentus sammanställning av antagna fordon.

Två fabrikat kan enligt sammanställningen offerera stora bilar som körs på biogas och bensin. Det ena fabrikatet har den varianten i både sedan- och kombiutförande medan det andra fabrikatet har den endast i kombiutförande. Kommunens skall-krav att teckna avtal endast med en part får därmed anses vara orimligt.

Kommunens skall-krav på ”Räckvidd på minst 40 mil gas/40 mil bensin” är konkurrensbegränsande. Kravet är inte relevant. Det är fordonets totala räckvidd som är relevant. Bolaget ifrågasätter också Kommunens krav på drivmedel. Det är fordonets miljöpåverkan och driftsekonomi/totalekonomi som bör vara styrande. Skall-kravet blir därför konkurrenshämmande.

Av de två fabrikat som kan offerera i aktuell fordonsklass uppfyller endast det ena fabrikatet kravet om en räckvidd på minst 40 mil när gas används. Därmed är kravet konkurrensbegränsande eftersom det andra fabrikatet per automatik faller bort och inte kan lämna anbud. Volvo V70 Bi-Fuel har en räckvidd om ca 30-35 mil på gas och därtill en bränsletank på 70 liter bensin som ger ytterligare räckvidd. Räckvidden på gas är också mycket beroende på vilken kvalitet gasen har, vilket varierar över tid och med den plats där tankning sker.

Kommunens krav på endast en leverantör och räckvidd om 40 mil såväl när bensin som gas används utesluter VPS och endast ett märke/fabrikat kan då lämna anbud och därmed tilldelas kontrakt inom fordonsgruppen ”Större bil”. Kommunen avser att köpa in 18 bilar i kombiutförande och VPS utesluts direkt genom utformningen av Kommunens anbudsinbjudan. VPS anser att förvaltningsrätten ska ingripa med stöd av LOU eftersom de båda skall-kraven strider mot LOU:s princip om att ställda krav ska stå i

proportion till det som upphandlas och mot bakgrund av den skada VPS lider av att direkt uteslutas från upphandlingen p.g.a. kraven.

Kommunen bestrider Bolagets yrkanden och anser att dess ansökan ska avslås samt anför i huvudsak följande. Kommunen anser sig följa de instruktioner som finns för hur en förnyad konkurrensutsättning ska ske. Instruktionerna baseras på förfrågningsunderlaget för ramavtalsupphandlingen som är en del av avtalet mellan Bolaget och Kommentus Inköpscentral.

Hela bilaga 10 till förfrågningsunderlaget anger exempel på precisering av avrop, punkten 5 anger drivmedel. I Administrativa föreskrifter, punkten 1.4.9 Avrop, anges drivmedel som exempel på egenskaper som kan avropspreciseras. Detta visar tydligt att Kommunen haft stöd för sin handläggning och hanterat den förnyade konkurrensutsättningen på ett korrekt sätt.

Kommunen kan inte se att möjligheten att precisera drivmedel för ett fordon skulle strida mot proportionalitetsprincipen. I detta fall är det dessutom möjligt att lägga anbud med både bensin och gas. Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad som ska upphandlas och till vilken kvalitet samt vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas. Av tidigare åberopade dokument framgår dessutom att anbudsinvjudan vid förnyad konkurrensutsättning enbart behöver sändas till de leverantörer som uppfyller kraven i det aktuella avropet. Det finns ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att ändra sina behov för att flera leverantörer ska kunna lämna anbud.

Val av drivmedel måste specificeras för att en LCC-kalkyl ska kunna göras, vilken sedan ligger till grund för valet av leverantör.

Kommunen har i analysfasen kommit fram till att det behövs ca 25 fordon som måste "rulla" minst 40 mil innan de måste köras till centralorten för att tankas. Gas (biogas) är ett drivmedel som förordas eftersom Trollhättan är en miljökommun, vilket innebär att detta är ett relevant miljökrav. Att just 40 mil valts som minimigräns för körsträckan på gas utan tankning beror på att kommunen har verksamheter drygt en mil från centralorten. Bolaget kan knappast tvinga kommunen att åka ett par mil extra för att tanka bara av den anledningen att Bolagets gasfordon inte har längre räckvidd när de körs på gas. Det är endast för en liten del av fordonsflottan som Kommunen kräver 40 mils räckvidd vid körning på gas, vilket framgår av inbjudan till konkurrensutsättningen. Det måste vara verksamhetsbehoven som ska styra valet av fordon och inte Bolagets utbud.

Kommunen har valt att hålla samman vissa fordonsgrupper i syfte att underlätta för dess serviceorganisation. Detta med anledning av att kommunen valt att sköta servicen av fordonen i egen regi. Om upphandlingen skulle öppnas för fler leverantörer eller fordonsmodeller skulle detta vara kostnadsdrivande och ineffektivt.

Det är korrekt, som VPS anger, att varje unikt krav i en upphandling eller avropsförfrågan påverkar konkurrensen. Kommunen har därför avvägt varje enskilt krav så att det ska ha relevans. Detta har gjorts i enlighet med Trollhättans Stads verksamhetsbehov och i enlighet med avropsförfrågan.

Det finns inget stöd för att Bolagets fordon klarar 35 mil när gas används som drivmedel. Av Bolagets egen folder framgår att fordonet endast kan färdas ca 30 mil på gas. Kommunen önskar att samtliga fordon för denna del av upphandlingen klarar en längre sträcka, dvs. 40 mil. Någonstans måste den upphandlande myndigheten dra gränsen för att det inte ska generera ökade kostnader inom organisationen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Efter ansökan från 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 (16 kap. 4 § LOU).

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 skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

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 (1 kap. 9 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Kommunen i den aktuella upphandlingen, i något av de avseenden som Bolaget påstått, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot andra bestämmelser i LOU och om det därför finns grund för att ingripa mot upphandlingen. För ett ingripande krävs också att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av förfarandet.

Förvaltningsrätten prövar först Kommunens ställningstagande att bara anta maximalt en leverantör per fordonskategori. Annorlunda formulerat kan

ställningstagandet ses som ett skall-krav på att en leverantör ska kunna leverera samtliga fordonstyper som en kategori innefattar. Frågan blir då i första hand om Kommunens skall-krav i detta avseende är förenligt med vad som kan utläsas i ramavtalet om hur avrop från detsamma ska genomföras.

I bilaga 8 till ramavtalets förfrågningsunderlag anges de fordonsgrupper som ingår i ramavtalet. Två av grupperna är Da och Db som avser de två varianter, sedan- respektive kombibilar, inom fordonsklassen ”Större bilar” som är av intresse i målet. Enligt ramavtalet punkten 1.4.9 Avrop ska avrop göras i form av förnyad konkurrensutsättning. Vidare anges att den upphandlande myndigheten ska skicka en avropsförfrågan till de leverantörer som erbjuder relevanta fordon inom efterfrågad fordonskategori. Med fordonskategori avses – såvitt framgår av ramavtalet och dess förfrågningsunderlag – de fordonsgrupper som Kommentus Inköpscentral upphandlat och som anges i bilaga 8 till förfrågningsunderlaget (se bl.a. förfrågningsunderlagets bilaga 10 punkten 1).

Det finns således enligt ramavtalet en skyldighet för en upphandlande myndighet att vid förnyad konkurrensutsättning sända en avropsförfrågan till alla leverantörer som kan leverera fordon inom den aktuella fordonsgruppen. En sådan skyldighet får tolkas så, att inriktningen är att de leverantörer som omfattas av ramavtalet också ska ha möjlighet att lämna anbud när en avropare önskar upphandla fordon inom en fordonsgrupp som leverantören enligt avtalet kan tillhandahålla. En förutsättning för att anbudet ska kunna leda till ett kontrakt är givetvis också att leverantören kan erbjuda fordon som uppfyller de preciserade krav som en avropare har rätt att ställa enligt ramavtalet. Däremot saknas i ramavtalet helt skrivningar som talar för att den upphandlande myndigheten har rätt att begränsa möjligheten för ramavtalets leverantörer att lämna anbud genom att kräva att

samma leverantör ska kunna leverera fordon som tillhör olika fordonsgrupper.

Förvaltningsrätten finner sålunda att Kommunens krav på att anbudsgivare måste kunna leverera fordon i båda grupperna Da och Db inte står i överensstämmelse med vad som får anses följa av det aktuella ramavtalet. Kommunen har genom att formulera ett sådant skall-krav helt uteslutit VPS från att lämna anbud i fordonsgruppen Db eftersom VPS inte har fordon som drivs med gas och bensin i fordonsgruppen Da. Detta har medfört en betydande konkurrensbegränsning och innebär enligt förvaltningsrättens mening ett brott mot LOU:s princip om likabehandling.

Kommunen har även anfört att de fordon VPS kan erbjuda i fordonsgruppen Db inte heller uppfyller kravet på 40 mils räckvidd vid färd på drivmedlet gas. Frågan blir då hur detta skall-krav ska betraktas i förhållande till ramavtalet och om det strider mot principen i 1 kap. 9 § LOU om proportionalitet.

I förfrågningsunderlagets bilaga 10 anges exempel på preciseringar av föremålet för upphandlingen som en avropare kan göra i samband med förnyad konkurrensutsättning. I punkten 5 anges drivmedel som en sådan precisering. Det står således klart att en avropare kan ställa krav på att det fordon som upphandlas ska ha ett visst eller en kombination av flera drivmedel. I denna möjlighet får också anses ligga att avroparen kan precisera ett behov av att fordonet ska ha en viss räckvidd vid körning på visst drivmedel. Kommunens krav på en räckvidd om 40 mil vid körning på såväl bensin som gas kan således inte anses stå i strid med vad som framgår av ramavtalet. Frågan blir då om det i övrigt kan anses vara oproportionerligt i förhållande till syftet med upphandlingen.

En grundläggande princip i LOU är att det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad som ska upphandlas. Utgångspunkten vid prövningen är därför vilket behov hos den upphandlande myndigheten som upphandlingen är avsedd att tillgodose. De krav som ställs på föremålet för upphandlingen måste vara motiverade med hänsyn till detta behov. Kraven måste också vara proportionerliga i förhållande till de syften som de ska tillgodose. Om ett eller flera krav måste uppfyllas för att upphandlingsföremålet ska kunna användas på ett godtagbart sätt – eller alls vara användbart – kan dessa krav inte anses vara diskriminerande även om de kan medföra olika förutsättningar för anbudsgivarna att lämna konkurrenskraftiga anbud. Det avgörande är om de uppställda kraven framstår som proportionerliga i förhållande till upphandlingens syfte.

I förevarande fall har framkommit att skälet till att ställa kravet på viss körsträcka utan tankning vid körning på gas respektive bensin varit att Kommunen är en miljökommun. Vidare har kommunen anfört som praktiskt skäl att körsträckan vid gasanvändning bör vara 40 mil av den anledningen att Kommunen har verksamheter drygt en mil från centralorten, där tankning av gas får göras. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det från miljösynpunkt inte kan ha någon större betydelse om ett fordon behöver tankas efter 30 eller 40 mils körning. Inte heller för den praktiska användningen inom en kommun torde denna skillnad ha någon större betydelse. Även om kommunen har verksamheter på mindre orter utanför centralorten får det antas att fordon som används där gör frekventa besök i centralorten och att några längre extraresor för tankning därför inte behöver göras annat än undantagsvis. Det framgår inte heller av vad Kommunen anfört i vilken mån fordonen är mer stationärt placerade utanför centralorten.

Förvaltningsrätten kan inte se – även om gränsen, som kommunen anför, givetvis måste dras någonstans – att kravet på 40 mils räckvidd utan tankning vid användning av drivmedlet gas har kan ha någon större betydelse

vare sig för miljön eller för kommunens verksamhet och dess användning av fordonen. Kravet framstår därför som oproportionerligt särskilt som, såvitt framgår av handlingarna, ramavtalet omfattar endast två leverantörer som kan erbjuda fordon inom gruppen Db som har både gas och bensin som drivmedel. Kravet har således en mycket konkurrensbegränsande verkan.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Kommunen på det sätt som framgår ovan brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU. Då det också står klart att detta medfört att VPS i vart fall riskerat att lida skada finns förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom bristerna i den förnyade konkurrensutsättningen förekom i upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om i den del som avser fordonsgrupperna Da och Db. VPS ansökan ska således bifallas.

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

Peter Kockum
Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Per Olofsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.