


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

 Enhet 1
Mikael Wiktorsson

DOM
2013-06-13
Meddelad i
Jönköping

 Mål nr
2070-13
Domare 1:3

SÖKANDE

 JRent AB, 556693-8725
Soldatorpsgatan 2
554 74 Jönköping

 Ombud: Advokat Johan Kennemyr
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPARTER

 1. Elmia AB, 556354-2413
Box 6066
550 06 Jönköping

 2. Habo kommun, 212000-1611
Box 212
566 24 Habo

 3. Jönköpings kommun, 212000-0530
551 89 Jönköping

 Ombud för 1-3: Stadsjurist Thomas Nordqvist
Jönköpings kommun
Stadskontoret
551 89 Jönköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller JRent AB:s ansökan om överprövning och upphäver beslutet att avbryta den offentliga upphandlingen.

KONKURRENSVERKET	
2013-06-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 102054

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

BAKGRUND

Jönköpings kommun genomför upphandling gemensamt med Habo kommun samt med det helägda kommunala bolaget Elmia AB (Beställarna), omfattande hyra av bygg- och anläggningsmaskiner, bodar, liftar och ställningar, 10/189. Anbudsgivarna erbjöds möjlighet att lämna anbud på delar av, alternativt samtliga områden. Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling enligt reglerna i LOU och avslutades genom ett tilldelningsbeslut den 18 april 2013. Av tilldelningsbeslutet framgår att beställarna här för avsikt att teckna avtal med JRent AB (JRent) avseende avtalsområde "Bygg och- anläggningsmaskiner"

Efter det att tilldelningsbeslut fattats har Beställarna i mail den 25 april 2013 informerat JRent om att beslut fattats att avbryta upphandlingen med motivering enligt följande:

Upphandling 10/189 Hyra av bygg- och anläggningsmaskiner, bodar, ställningar och liftar avbrytes härmed. Underlaget var ej totalt transparent vilket stred mot likabehandlingsprincipen.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation anges följande vad avser pris för respektive avtalsområde, avsnitten 4.1.1., 5.1.1. samt 6.1.1. Formuleringarna är identiska så när som på angivandet av det specifika avtalsområdet. Nedanstående text avser avsnitt 6.1.1. avtalsområde "Bygg- och anläggningsmaskiner".

6.1.1. Pris avtalsområde Bygg och- anläggningsmaskiner

Anbudets pris beräknas med bilagan "Priser_bygg_anl".

I denna framgår ett utvärderingssortiment där även hyrestid anges för att kalkylera det pris som ska skrivas in i TendSign såsom anbudspris för resp. delområde. Hyrestiden är inget som automatiskt kommer att bli framtida order utan de fungerar som utvärderingskoefficienter.

ent. Priserna, dock, skall gälla som hyrpriser till oss och förändras över tiden endast i samband med prisjusteringar enligt index.

Filen skall fyllas i med av er angiven produkt, ert listpris eller bruttopris (dvs bruttopris i "Priser bygg anl" skall överensstämma med bruttopriset i er bruttoprislista). *Till detta pris skall ni ge oss er bästa rabattsats som även den fyller i.*

Rabattsatsen skall även gälla övrigt sortiment i avtalsområdet och skall gälla under hela avtalsperioden. Endast en rabattsats får förekomma på avtalsområdet. Vi vill ha ett och samma dygnspris per produkt oavsett hur länge vi hyr något, dvs. en rak prissättning. Rabatten skall även den vara rak och inte förändras med antal dygn. Gröna celler fyller i av anbudsgivaren. Om er ifyllda produkt inte uppfyller vår specifikation väljer vi att ersätta ert pris med vårt utvärderingspris från kolumn H.

"Priser_bygg_anl" SKALL fyllas i och bifogas anbudet! Dessa priser ligger sedan till grund för ett eventuellt avtal. Samtliga positioner måste prissättas. En produkt får endast förekomma på ett ställe.

I samband med anbudet vill vi också att ni bifogar er bruttoprislista. Produkterna som nämns i bifogad fil skall också finnas med i bruttoprislistan och olika priser i bruttoprislista och fil får **EJ** förekomma. Vi kommer att titta i bruttoprislistan och göra en rimlighetsbedömning av övriga priser än de som är med i filen.

Endast anbudsgivare som har lämnat pris på minst **90 procent av produkterna** inom avtalsområdet som de lämnar anbud på går vidare och får sitt pris utvärderat (se bilaga **Priser_bygg_anl**). Först görs en bedömning av huruvida offererade produkter uppfyller efterfrågad specifikation. I det fall samma produkt har offererats på flera positioner kommer de positionerna att betraktas som inte offererade och strykas. Visar det sig att vissa produkter inte uppfyller efterfrågad specifikation eller att de offererats på flera positioner kommer det efter "strykning" att prövas om anbudet fortfarande klarar 90 procentsspärren. Den anbudsgivare vars anbud inte uppfyller kravet kommer inte att få sitt anbud prövat vidare. Om anbudsgivaren klarar 90 procentsspärren kommer de ej prissatta positioner som via strykning eller för att anbudsgivaren inte lämnat pris är tomma att ersättas med det pris som står i kolumnen Utvärderingspris i ovannämnd bilaga. Syftet är att få ett utvärderingspris för att kunna nollställa anbudet.

YRKANDEN M.M.

JRent ansöker om överprövning av Beställarnas beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att upphandlingen fullföljs i enlighet med tidigare meddelat tilldelningsbeslut. Till stöd för ansökan anför JRent bl.a. följande. Eftersom beslutet om att avbryta upphandlingen inte innehåller någon som helst information om den påstådda bristen i transparens har JRent, efter kontakter med Beställarna, informerats om att beslutet i sin helhet motiverats av att avsnitt "6.1.1. Prisavtalsområde Bygg och anläggningsmaskiner" formulerats så att däri anges såväl att "*Samtliga positioner måste prissättas*", som att "*Endast anbudsgivare som har lämnat pris på minst 90 procent av produkterna inom av-*

talsområdet som de lämnar anbud på går vidare och får sitt pris utvärderat [...].

JRent menar att vad Beställarna motiverat beslutet med inte medfört att förfrågningsunderlaget uppvisar någon bristande transparens och under alla omständigheter inte någon sådan otydlighet att sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen föreligger.

Av avsnitt 6.1.1. framgår tydligt att det avgörande kravet för att anbudena ska beaktas i utvärderingen inte är att samtliga positioner prissätts av anbudsgivaren utan att anbudsgivarna lämnar pris på minst 90 procent av produkterna. Det råder ingen tvekan eller otydlighet om att alla potentiella anbudsgivare utifrån detta måste ha insett att kravet som de måste uppfylla var att lämna pris på minst 90 procent av produkterna. Detta har t.o.m. fetmarkerats av Beställarna för att poängtera vad som gäller.

Det framgår till och med att så länge anbudsgivarna uppfyller det som Beställarna själva i 6.1.1. kallar "90 procentsspärren" kommer "de ej prissatta positioner som via strykning eller för att anbudsgivaren inte lämnat pris är tomma att ersättas med det pris som står i kolumnen Utvärderingspris i ovannämnd bilaga. Syftet är att få ett utvärderingspris för att kunna nollställa anbuden".

Att det dessutom angetts att "samtliga positioner måste prissättas" innebär i ljuset av att Beställarna förklarat att tomma prisuppgifter kommer att fyllas ut av Beställarna med fastställda och i förfrågningsunderlaget angivna priser kan därför inte på det sätt som Beställarna påstår leda till att förfrågningsunderlaget är icke-transparent. Åtminstone inte på sådant sätt att det motiverar ett avbrytande av Upphandlingen.

En upphandlande myndighets möjlighet att avbryta en upphandling är begränsad. Av EU-domstolens praxis framgår att beslut att avbryta en upphandling endast får ske under förutsättning att den upphandlande myndigheten följer de grundläggande unionsrättsliga principerna (C-92/00, HI, REG 2002 s. 1-5553 punkt 40 och 47). Av nämnd praxis framgår att ett beslut om avbrytande måste vila på *sakligt godtagbara skäl* och att det aldrig får vara godtyckligt (jfr även mål C-244/02, Kauppatalo Hansel).

Det nu aktuella målet gäller om det funnits förutsättningar för Beställarna att avbryta upphandlingen på den i beslutet angivna grunden, nämligen att det föreligger bristande transparens i förfrågningsunderlaget. Det kan härvid först och främst konstateras att Beställarna i sitt avbrytandebeslut inte på något sätt har förklarat på vilket sätt det förekommer bristande transparens. Härav står det klart att Beställarna inte i beslutet anfört några sakligt godtagbara skäl för avbrytande och att grund för bifall av JRents talan därmed föreligger redan av denna anledning. Som framgått ovan utgör dock inte heller den motivering som Beställarna i efterhand uppgivit något sådant sakligt godtagbart skäl som är en absolut förutsättning för att ett avbrytande ska få ske.

Vad gäller godtyckligheten i Beställarnas beslut kan inledningsvis följande konstateranden göras: – Inget anbud har förkastats av Beställarna pga. att det i förfrågningsunderlaget anges såväl ”**samtliga positioner**”, som – i fetstil – “**minst 90 procent av produkterna**”. – Ingen ansökan om överprövning eller kritisk synpunkt från någon annan leverantör har inkommit till följd av förfrågningsunderlagets utformning.

Det stämmer att det inte finns ett obligatoriskt krav för upphandlande myndigheter att fullfölja varje påbörjad upphandling, men det står också klart att en påbörjad upphandling inte får avbrytas på godtyckliga grunder. Såsom framhållits i rättspraxis, t.ex. i det av Beställarna åberopade avgö-

randet från Kammarrätten i Stockholm i mål nr 4691-12, måste ett beslut att avbryta en upphandling *alltid* vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande.

Det är uppenbart att Beställarna inte uppfyllt denna bevisbörda eftersom de inte på något sätt visat vare sig att förfrågningsunderlaget är otydligt i strid med 1 kap. 9 § LOU eller att det förekommer någonting som indikerar att förfrågningsunderlaget förhindrat Beställarna från att välja det bästa anbudet. Ingen anbudsgivare har lidit skada av förfrågningsunderlagets utformning eftersom den otydlighet som Beställarna gör gällande inte föreligger på ett konkret och för anbudsgivarna påverkande sätt.

Avbrytandebeslutet har därför skett i avsaknad av något sådant sakligt skäl som krävs enligt LOU och de unionsrättsliga principerna om likabehandling och transparens. Rättelse ska därför ske på sådant sätt att Upphandlingen ska fullföljas i enlighet med meddelat tilldelningsbeslut.

JRent lider till följd av det felaktiga avbrytandebeslutet och Beställarnas överträdelse av LOU sådan skada som avses i 16 kap. LOU. Skadan består av att JRent vid ett korrekt agerande enligt LOU, dvs. ett fullföljande av upphandlingen, rätteligen skulle ha ingått kontrakt med Beställarna vid avtalsspärrens utgång.

Motpartens inställning

Kommunerna bestrider JRent:s ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Giltigt skäl för att avbryta upphandlingen har förelegat. Beslutet att avbryta upphandlingen har inte varit godtyckligt.

I kravspecifikationerna avseende de olika delmomenten som upphandlingen avser har under p. 4.1.1., 5.1.1. respektive 6.1.1., stycke 3, angivits följande.

“Priser.... SKALL fyllas i och bifogas anbudet! Dessa priser ligger sedan till grund för ett eventuellt avtal. Samtliga positioner måste prissättas. En produkt får endast förekomma på ett ställe.”

I efterföljande stycke 5 anges följande:

“Endast anbudsgivare som har lämnat pris på minst 90 procent av produkterna inom avtalsområdet som de lämnar anbud på går vidare och får sitt pris utvärderat....”

Att upphandlingen ska ske på ett öppet sätt (jfr 1 kap 9 § LOU) kan med andra ord uttryckas på så sätt att upphandlingen ska vara transparent (öpenhets- eller transparensprincipen). Detta innebär att upphandlingen ska vara öppen och förutsägbar. Principen innebär vidare att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Jönköpings kommuns upphandlingsenhet som handlade ärendet vinnlägger sig generellt att utforma förfrågningsunderlagen så att dessa ska vara klart och tydligt utformade och att det inte ska gå att missförstå vad som avses. Sedan anbudstiden löpt ut blev det klart för upphandlande myndighet att förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen inte var så klart och öppet som lagstiftningen kräver. Den oklarhet som konstaterades föreliggade bestod i att det i de delar till vilka refererats ovan å ena sidan angivits att samtliga, dvs. 100 procent, av positionerna måste prissättas, å andra sidan har angivits att minst 90 procent av produkterna (som positionerna avser) måste prissättas (pris lämnas) för att anbudet ska gå vidare till utvärdering. De båda formuleringarna motsäger varandra och det är omöjligt för en an-

budsgivare att veta om ett anbud med 90-99 procent kommer att gå vidare till utvärdering eller om det krävs 100 procent för att så ska ske.

Beställarna ansåg att förfrågningsunderlaget inte uppfyllde samtliga de i LOU angivna kraven och beslutade därför att avbryta upphandlingen. Beställarna anser sig ha stöd för detta agerande i lagstiftningen, där förfrågningsunderlaget inte uppfyller det i 1 kap. 9 § LOU angivna kravet på transparens. En upphandlande myndighet har inte någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Därutöver är ett beslut att avbryta en upphandling inte förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (se Kammarrättens i Stockholms dom den 23 januari 2013 i mål 4691-12 samt EU-domstolens domar i mål C-92/00 och C-27/98).

Vad gäller begreppet *sakligt godtagbara skäl* har i rättspraxis godtagits det förhållandet att en upphandlande enhet efter att ha bedömt anbuden inser att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det bästa anbudet (EU-domstolens dom i mål nr C-244/02).

Beställarna menar att en upphandling i vilken de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU inte korrekt iakttagits alltid utgör ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten upplyser om att den i målet aktuella upphandlingen även är föremål för överprövning och handläggs i förvaltningsrättens mål nr 1952-13.

Ett beslut om avbrytande av en upphandling måste, likt alla andra beslut i samband med en upphandling, ske med iakttagande av de grundläggande

unionsrättsliga bestämmelserna och principerna inom offentlig upphandling.

Enligt praxis har myndigheter ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (jfr C-92/00, HI, REG 2002 s. I-5553). Möjligheten att avbryta en upphandling har vidare inte ansetts förbehållen undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (jfr C-27/98, Fracasso och Leitschutz).

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 s. 43 prövat frågan om upphandlande enhets rätt att avbryta pågående upphandling. I målet har domstolen uttalat bland annat följande. En upphandlande enhet har skyldighet att upphandla när den avser anskaffa en vara, en tjänst eller en byggtrenad. Först då måste den upphandlande enheten öppna sig mot marknaden och söka upp den konkurrens som finns. Enheten har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Av praxis framgår att ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen mot förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

Bland skäl som i praxis har ansetts vara sakligt godtagbara kan bl.a. nämnas omständigheten att endast ett anbud återstår, dvs. bristande konkurrens (jfr C-27/98, Fracasso och Leitschutz, (REG 1999, s. I-5697 och RÅ 2008 ref. 35), att en upphandlande enhet efter att ha bedömt anbudet inser att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det bästa anbudet (jfr C-244/02, Kauppatalo Hansel, (REG 2003, s. I-12139) och när anbudet överstiger upphandlande enhets budget (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Förvaltningsrätten har således att pröva om beslutet att avbryta upphandlingen vilar på sakligt godtagbara skäl och om det i övrigt står i överensstämmelse med de grundläggande unionsrättsliga bestämmelser och principer som råder inom området för offentlig upphandling.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakliga skäl för ett avbrytande.

Som skäl för att avbryta upphandlingen har Beställarna anfört att kravspecifikationen vad avser prisangivelsen formulerats på sådant sätt att den brister i transparens och att anbudsgivarna därigenom inte kunnat förutsäga vilka krav som ställts för att ett anbud skulle tas upp till utvärdering.

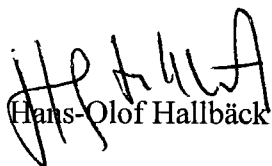
Transparensprincipen beskrivs ofta som ett utflöde av likabehandlingsprincipen eftersom skyldigheten att lämna insyn är en förutsättning för att kunna kontrollera att alla anbudsgivare behandlas lika. Tilldelningskriterierna ska vara så tydligt utformade att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Vid prövning av anbud ska tilldelningskriterierna tillämpas objektivt och enhetligt gentemot samtliga anbudsgivare (EU-domstolens avgörande C-19/00, *SIAC Construction*).

Beställarna har i förfrågningsunderlaget utförligt redogjort för de villkor som föreligger och de åtgärder som kommer att vidtas samt de kompletteringar från Beställarnas sida som kommer att göras vad avser priser inom respektive avtalsområde. Enligt förvaltningsrätten är formuleringen så klar och tydlig att det för varje presumtiv anbudsgivare måste ha stått klart att innebörden av "Samtliga positioner måste prissättas" ska läsas med beaktande av vad som anförts om kraven på den s.k. 90 procentsspärren. Det har inte heller framkommit annat än att anbudsgivarna tolkat det på detta

sätt och att detta varken föranlett några oklarheter under upphandlingens konkurrensuppsökande skede eller vid utvärderingen av anbuden.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Beställarna inte förmått visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. JRents ansökan om överprövning ska därför bifallas och Beställarnas beslut att avbryta upphandlingen upphävas.

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


Hans-Olof Hallbäck

