



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-03-11
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
206-11, 236-11, 252-11 och
256-11
Enhet 1

SÖKANDE

Mediq Sverige AB, 556252-2317

Ombud: Advokat Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2011-03-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPARTER

1. Landstinget i Uppsala län
2. Landstinget i Västmanlands län
3. Landstinget i Södermanlands län
4. Landstinget i Dalarnas län
5. Landstinget i Örebro län

Genom: Varuförsörjningen
Virdings allé 26, Hus 1, Plan 3
754 50 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningsen.

BAKGRUND

Landstingen i Uppsala, Västmanland, Sörmland, Dalarna samt Örebro, (landstingen) har, genom Varuförsörjningsnämnden, genomfört upphandlingar av logistiktjänst från distributör, VFN 2009-0012. I tilldelningsbeslut som publicerades den 5 november 2010 antogs OneMed Sverige AB (OneMed) som leverantör. Mediq Sverige AB (bolaget) begärde överprövning av upphandlingarna och yrkade att de skulle rättas på så sätt att en ny utvärdering skulle genomföras där OneMeds anbud inte skulle ingå.

Grunden för yrkandet var att OneMeds anbud inte uppfyllde samtliga i upphandlingarna uppställda skall-krav. Förvaltningsrätten biföll i dom den 17 december 2010 bolagets talan och förordnade att upphandlingarna skulle rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering skulle göras varvid OneMeds anbud inte skulle beaktas (mål 7582-10, 7597-10, 7606-10, 7613-10 och 7626-10). Domen överklagades inte av landstingen.

Den 4 januari 2011 meddelade landstingen att upphandlingarna avbrutits och anförde att det bara fanns anbudsgivare kvar och att bristande konkurrens därmed förelåg.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten förordnar att landstingens beslut att avbryta upphandlingarna ska ogiltigförklaras samt att upphandlingarna ska återupptas i enlighet med förvaltningsrättens dom den 17 december 2010.

Landstingen bestrider bifall till bolagets yrkande.

GRUNDER M.M.

Bolaget anför bl.a. följande. Efter Regeringsrättens avgörande i RÅ 2005 ref 62 har i kammarrätterna utvecklats en praxis som innebär att en upphandlande myndighet endast får avbryta ett upphandlingsförfarande om det föreligger sakliga skäl för myndighetens beslut. Det skäl som landstingen

har anfört är att förvaltningsrättens dom den 17 december 2010 innebär att endast en anbudsgivare finns kvar att utvärdera och bristande konkurrens därför föreligger.

Det är upphandlande myndighet som har bevisbördan för att det föreligger sakliga skäl för avbrytande av en upphandling. Det finns ett rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen som hanterar en situation som vid första anblick uppfattas som snarlik den aktuella, RÅ 2008 ref 35. I det rättsfallet anger Högsta förvaltningsdomstolen mekaniskt - utan som synes närmare analys - att den omständigheten att det endast fanns ett anbud kvar att utvärdera utgjorde saklig grund att avbryta upphandlingen. Det är dock av vikt att läsa denna dom mot bakgrund av att det kvarvarande anbudet inte rymdes inom den upphandlande myndighetens budget.

Ett påstående om att det finns ett likhetstecken mellan att bristande konkurrens föreligger om det endast finns ett anbud att utvärdera är direkt felaktigt. Upphandlingar är komplexa och måste analyseras från fall till fall. Det är den bakomliggande orsaken till varför det endast finns ett anbud att utvärdera som måste bedömas för att utröna om bristande konkurrens föreligger eller inte. Det finns alltså inte en direkt koppling mellan att enbart ett kvalificerat anbud finns att utvärdera och bristande konkurrens. Det är på samma sätt på intet sätt självklart att verklig konkurrens föreligger bara för att det finns flera kvalificerade anbud. Det är alltså nödvändigt att ta hela upphandlingens konkurrenssituation i beaktande vid bedömningen om bristande konkurrens har förlegat eller inte. Upphandlingens beslut att avbryta är av sådan karaktär och omfattning att båda anbudsgivarna mer eller mindre representerar aktuell marknad i sin helhet. Bedömningen av om verklig konkurrens har förlegat eller inte ska ta utgångspunkt i hela marknaden och inte endast i de anbud som lämnats in i upphandlingen.

I upphandlingen har landstingen erhållit två anbud som båda väl har rymts inom deras budget, OneMeds och bolagets anbud. Dessa två anbud representerar aktuell marknad. Det är i dagsläget bolaget som har motsvarande upphandlingskontrakt med de landstingen och det pris som bolaget offererat är såväl marknadsmässigt som konkurrensmässigt. Det pris som OneMed offererat är orimligt lågt, samtidigt som bolagets anbud är marknadsmässigt och på inget sätt orimligt högt.

Anledningen till att endast bolagets anbud fanns kvar att utvärdera berodde på att OneMeds inte presenterat intyg för återopad underleverantör. OneMeds anbud har alltså fallit bort till följd av att OneMed inte uppfyllde samtliga skall-krav. Orsaken till att endast bolagets anbud fanns kvar att utvärdera har alltså inte hindrat förekomsten av verklig konkurrens eftersom båda inkomna anbud ryms inom landstingens budget och de samtidigt är marknadsmässiga. Denna situation skiljer sig mot situationer där anbudsgivare faller bort på grund av de inte har ekonomisk eller teknisk förmåga eller där kravställningen i upphandlingen medför att olämpliga anbud inkommer.

Upphandlande myndighet har inte en ovillkorlig rätt att ange bristande konkurrens så snart det endast finns ett anbud kvar att utvärdera. En sådan rätt skulle innebära oönskade effekter på upphandlingsområdet, framförallt i större upphandlingar som den aktuella. Detta då det ger den upphandlande myndigheten en möjlighet att anta anbud som inte uppfyller skall-krav genom att avbryta upphandlingen och ange bristande konkurrens som skäl, och därigenom ge den anbudsgivare som har misslyckats att uppfylla vissa formaliteter en andra chans. Det är en självklarhet i upphandlingssammanhang att en upphandlande myndighet är förhindrad att låta en anbudsgivare rätta sitt felaktiga anbud i en och samma upphandling i syfte att uppfylla uppställda skall-krav. På samma sätt borde det vara en självklarhet att en upphandlande myndighet är förhindrad att låta en anbudsgivare rätta sitt

felaktiga anbud i syfte att uppfylla uppställda skall-krav genom att avbryta upphandlingen och genomföra en ny identisk upphandling. Det strider mot hela syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna.

Bolaget har p.g.a. det felaktiga beslutet lidit eller riskerar att lida skada. Skadan består framför allt i den vinst bolaget gjort om upphandlingskontrakt hade tilldelats bolaget som ensam kvarvarande kvalificerad anbudsgivare.

Landstingen anför bl.a. följande. Beslutet att avbryta upphandlingarna vilar på sakliga skäl och strider inte mot de upphandlingsrättsliga principerna.

Som stöd för att landstingens beslut att avbryta upphandlingen vilar på saklig grund vill landstingen peka på ett rättsfall som otvetydigt visar att då endast en lämplig anbudsgivare återstår ska detta anses som ett godtagbart skäl att avbryta upphandlingen. Kammarrätten i Jönköping har i dom den 17 februari 2009 i mål 3226-08 noterat att någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra godtagbara skäl för att avbryta en upphandling ännu inte bildats. Kammarrätten hänvisar dock till EG-domstolens dom i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz, där EG-domstolen uttalade 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. Enligt kammarrätten får, mot bakgrund av EG-domstolens dom i Fracasso och Leitschutz, den omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår anses som ett godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. En sådan situation innebär nämligen att den konkurrens som finns på marknaden inte kan utnyttjas. Således finner kammarrätten att beslutet att avbryta upphandlingen vilat på saklig grund. Kammarrätten i Jönköping har även i dom den 24 juni 2009, i mål nr 1236-09, kommit till ett likartat slut där en upphandlan-

de myndighet har rätt att avbryta en upphandling då endast ett anbud kvarstår, då det innebär att konkurrensen på marknaden inte kan tillvaratas. Vidare säger kammarrätten att den omständigheten att marknaden är begränsad och att det finns få potentiella leverantörer inte föranleder någon annan bedömning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Vad förvaltningsrätten ska pröva i förevarande mål är om landstingen har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut den 4 januari 2011 att avbryta de aktuella upphandlingarna. Förvaltningsrätten kan vid bifall till en talan i ett sådant mål som det förevarande inte besluta annat än att det klandrade beslutet ska upphävas/ogiltigförklaras.

Landstingen har beslutat att avbryta upphandlingarna av logistiktjänst från distributör den 4 januari 2011 med motiveringen att det föreligger bristande konkurrens då endast ett anbud finns kvar att utvärdera. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling, jfr exempelvis RÅ 2009 ref. 43.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det vara ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling p.g.a. bristande konkurrens.

I målen är ostridigt att det inkommit två anbud i upphandlingarna, ett från bolaget och ett från OneMed. Förvaltningsrätten beslutade i dom den 17 december 2010 att upphandlingen skulle rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering skulle göras där OneMeds anbud inte skulle beaktas. Bakgrunden till detta var att OneMed inte uppfyllt skall-kravet angående skriftligt intyg från underleverantör.

Bolaget har anfört att det visserligen kan vara ett godtagbart skäl att avbryta en upphandling p.g.a. bristande konkurrens. Denna grund för avbrytande kan dock enligt bolaget inte tillämpas i förevarande fall eftersom landstingen erhållit två anbud som båda väl har rymts inom landstingens budget samt då dessa två anbud representerar aktuell marknad. Konkurrensen på marknaden har således tagits till vara. Vidare har OneMeds anbud uteslutits på den grunden att man saknade intyg från en underleverantör.


Landstingen har ansett att beslutet att avbryta upphandlingarna vilar på saklig grund och har till stöd härför hänvisat till rättsfall från EG-domstolen samt Kammarrätten i Jönköping.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2008 ref. 35 uttalat sig i frågan om rätten att avbryta en upphandling p.g.a. bristande konkurrens och därvid anfört bl.a. följande. ”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). Vidare uttalade domstolen att den överprövning som ska göras inte får begränsas till att endast omfatta frågan om beslutet är av godtycklig art (punkt 64). Någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande har ännu inte utbildats. Vad gäller den särskilda omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår får dock det tidigare nämnda avgörandet i målet Fracasso och Leitschutz alltjämt anses vägledande (punkterna 31-34). Ett sådant skäl får alltså som regel anses godtagbart.”

Med hänsyn till vad Högsta förvaltningsdomstolen anfört i ovanstående rättsfall samt mot bakgrund av vad landstingen anfört i målen finner förvaltningsrätten det visat att det förelåg sakliga skäl för beslutet den 4 januari 2011 att avbryta upphandlingarna. Med hänsyn härtill och då det inte framkommit att landstingen på annat sätt har åsidosatt gemenskapsrättsliga principer för offentlig upphandling ska bolagets ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingarna avslås.

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



Peter Lif
rådman

Målen har föredragits av Andreas Lund.