



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-05-10
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 587-16

SÖKANDE

Nordisk Återvinning Service AB, 556873-4338
 Gundas gata 6
 431 51 Mölndal

Ombud: Caroline Haag
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

MOTPART

Norra Åsbo Renhållnings AB, 556185-3499
 Hyllstofta 6178
 264 93 Klippan

Ombud: Advokat Jerker Alm
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1064
 251 10 Helsingborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nordisk Återvinning Service AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 21 januari 2016 upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2016-05-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 312062

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
 E-post: kansli1.fna@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Norra Åsbo Renhållnings AB (Nårab) genomför en upphandling av hushållsavfall för NÅRAB. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 1 februari 2016 ska uppdraget tilldelas Ohlssons i Landskrona AB.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Nordisk Återvinning Service AB

Nordisk Återvinning Service AB (NÅS) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ålägger Nårab att göra om upphandlingen. Bolaget anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande.

Upphandlingen är utformad i strid med likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen. Så som upphandlingen är utformad med hänsyn till uppstartstiden, det vill säga tiden mellan kontraktstecknande och avtalsstart, gynnas nuvarande leverantör på sådant sätt att konkurrensen sätts ur spel.

Av kravspecifikationen för upphandlingen framgår att insamling av avfall i entreprenaden ska ske i 4-fackskärl vilket endast kan göras med 4-facksfordon. Till entreprenadstart den 1 november 2016 ska alltså entreprenören till sitt förfogande ha flertalet 4-facksfordon.

Sista anbudsdag i upphandlingen är den 18 januari 2016. Under punkt 5 i förfrågningsunderlaget anges att planerat datum för tilldelningsbeslut är 29 januari 2016 och senast under februari 2016. Med tanke på följande avtalspärre synes avtal kunna undertecknas i mitten/slutet av februari alternativt under mars 2016. Uppstartstiden har därför av potentiella anbudsgivare

kunnat beräknas till cirka 8 – 9 månader om ingen ansökan om överprövning skulle inkomma under avtalsspärren.

Inom branschen förhåller det sig på så sätt att leverantörer införskaffar fordon efter att kontrakt undertecknas, det vill säga inköp av fordon görs när ett konkret behov uppstår. Det finns emellertid inte någon tillverkare av fordonen i fråga som kan leverera fordon med en leveranstid om 8 – 9 månader. Därtill finns begränsad tillgång på begagnade fordon och dessa kan inte förbokas.

NÅS skulle inte kunna göra beställningen av fordon förrän efter avtalstecknande och kan mot bakgrund av ovan inte vara säker på att ha fordon till avtalsstart. Samma problematik torde föreligga för samtliga potentiella anbudsgivare utom befintlig leverantör och eventuella andra leverantörer som redan i dag har produktionsresurser tillgängliga till befintligt uppdrag för Närab.

Såsom frekvent anbudsgivare inom upphandlingar av aktuellt slag har NÅS en god bild av hur kraven om uppstartstid är utformade. Den mest förekommande tiden för en vinnande anbudsgivare att förbereda sig inför ett nytt åtagande är 12 månader.

Av branschorganisationen Avfall Sveriges rekommendation framgår bl.a. att leveranstiden för fordon för avfallshämtning bör vara vägledande för hur långt i förväg man behöver teckna avtal. Närab har tillämpat kortaste möjliga tiden utifrån rekommendationen. Därtill har Närab inte tagit hänsyn till tiden för en eventuell överprövning.

Om NÅS vid avtalsstart inte har 4-facksfordon att tillgå i erforderlig omfattning riskerar NÅS diverse sanktioner. Om NÅS skulle ha lämnat anbud skulle det således föreligga påtagliga risker för viten och hävning. Samma

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

sak torde gälla för andra leverantörer som inte har produktionsresurser tillgängliga för det specifika uppdraget. Redan därigenom kan konstateras att upphandlingen inte har utformats på ett sätt som är förenligt med de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet. Den affärs-mässiga risken – att lämna anbud utan att kunna veta huruvida uppdraget kan utföras vid avtalsstart – har varit allt för stor varför NÅS inte har kunnat lämna ett anbud.

Svårigheten för andra leverantörer att ha 4-facksfordon tillgängliga vid entreprenadstart leder till att konkurrens inte råder på lika villkor. Härigenom har Närab agerat på ett sätt som är oförenligt med likabehandlingsprincipen.

Den korta uppstartstiden strider även mot proportionalitetsprincipen. Att den leverantör som tilldelas kontraktet redan vid entreprenadstart ska ha en fordonsflotta som möjliggör att uppdraget kan utföras kontraktsenligt är givetvis ett legitimt krav. Den korta uppstartstiden hade kunnat undvikas om Närab hade annonserat upphandlingen tidigare. Den alltför korta uppstartstiden kan inte ligga någon annan till last än Närab. Mot bakgrund av att Närab hade kunnat genomföra denna upphandling tidigare, och uppstartstiden därigenom hade kunnat bli skälig, kan det knappast föreligga något sakligt skäl som motiverar den korta uppstartstiden.

NÅS har, p.g.a. att Närab utformat upphandlingen i strid med likabehandlings- och proportionalitetsprincipen, lidit skada eller i var fall riskerat att lida skada. Detta p.g.a. att NÅS inte har kunnat lämna anbud eller i vart fall inte kunnat lämna anbud på något så när lika förutsättningar som nuvarande leverantör.

Nårab

Nårab bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

Uppstartstiden för ifrågavarande entreprenad ligger inom gällande rätt. Det föreligger inget brott mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Förhållandet att en viss leverantör inte kan delta i en upphandling på grund av ett eller flera villkor i upphandlingen medför inte per automatik att det föreligger brott mot LOU. En sak är att den upphandlande myndigheten ska sträva efter att få så god konkurrens som möjligt och behandla leverantörer lika, men detta är inte detsamma som en absolut rätt för varje enskild leverantör att erhålla villkor som passar leverantören. Avgörande är att kriterierna och villkoren är utformade på ett sätt så att leverantörerna kan delta på lika villkor. Upphandlande myndighet kan inte garantera att alla leverantörer har tillräcklig tid för att tillförsäkra sig nödvändiga resurser.

I upphandlingen har det inkommit anbud från fem stycken leverantörer. Detta faktum visar i sig att det inte föreligger något brott mot de grundläggande principerna. Den uppstartstid som föreligger, 8 – 9 månader, är således fullt rimlig och har givit marknaden fullgoda förutsättningar att delta. Antalet anbud är helt normalt för denna typ av upphandlingar och för den omfattning uppdraget avser.

Inför publiceringen av förfrågningsunderlaget, den 16 november 2015, hade Nårab kontakt med fordonsleverantör som meddelade att leveranstiden då var cirka 10 månader för nybyggnation för hela fordonet. Då förfrågnings-

underlaget publicerades närmast ett år innan entreprenadstart har tid funnits att tillförsäkra sig fordon. Det hade t.ex. varit möjligt för NÅS att göra villkorade beställningar av nya fordon. Därtill kontrollerade Närab att flera entreprenader löper ut i samband med att Närab:s entreprenad ska börja, dvs. det kommer att finnas begagnade fordon tillgängliga vid avtalsstarten. Det är inte fråga om att ha en fordonsflotta stående för eventuellt kommande uppdrag, men redan innan anbud lämnas måste en anbudsgivare med större eller mindre grad av bundenhet tillförsäkra sig fordon. I annat fall skulle anbudsgivare inte kunna lämna ett vederhäftigt anbud. En omsorgsfull anbudsgivare påbörjar "fordonsprocessen" omgående när förfrågningsunderlaget publiceras oberoende av uppstartstidens längd.

Att det i upphandlingen genom avtalsvillkoren finns föreskrifter om påföljder i det fall fordonskraven inte uppfylls vid föreskrivna tidpunkter är naturligt. Det vore direkt felaktigt av Närab att inte uppställa sådana villkor då Närab har att hantera skattemedel till gagn för medborgarna.

NÅS har med hänsyn till vad som anförts ovan inte lidit någon skada eller risk för skada. Villkoren i upphandlingen ligger inom ramen för de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och NÅS har haft lika möjligheter som övriga anbudsgivare att tillförsäkra sig fordon.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan

av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I målet gör Närab sammantaget gällande att uppstartstiden (tiden mellan kontraktstecknande och avtalsstart) för den aktuella entreprenaden är allt för kort. Närab framhåller att detta gynnar nuvarande leverantör så att konkurrensen sätts ur spel.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt. Detta får bl.a. till följd att de tidsramar som den upphandlande myndigheten anger inte får vara så snäva att någon eller några leverantörer gynnas.

Ett anbud förutsätter att leverantören bl.a. gör bedömningen att de resurser som är eller kan göras tillgängliga är tillräckliga och att de av upphandlande myndigheten uppställda villkoren fullt ut kan uppfyllas. Det kan krävas att anbudsgivare redan under anbudstiden vidtar vissa förberedande åtgärder, t.ex. anskaffande av material, för att visa sig vara i stånd att leverera de efterfrågade tjänsterna. I den i målet aktuella upphandlingen har flera leverantörer kommit in med anbud, vilket tyder på den tidsram som är i fråga inte har skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Enligt förvaltningsrättens mening kan NÅS inte anses ha visat att den tid som sammantaget stått till buds för att fullgöra uppdraget vid avtalsstart varit så kort att den är oförenlig med de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU. Rätten bedömer således att det som NÅS anfört och åberopat inte visar att Närab i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot

bestämmelserna i LOU eller att NÅS därigenom lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande finns således inte. Förvaltningsrättens tidigare meddelade interimistiska beslut ska då inte längre gälla.

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


Anders Mattsson

Malena Bengtsson har föredragit målet



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.