



SÖKANDE

Cabonline Region Norr AB, 559002-3247

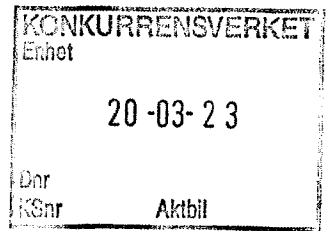
Ombud: Advokaterna Markus Garfvé och Fredrik Winroth
Advokatfirman Fylgia KB

MOTPART

Umeå kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå kommun (kommunen) genomför en upphandling av Färdtjänst med specialfordon (dnr 19167). Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Cabonline Region Norr AB (Cabonline) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDE

Cabonline anför bl.a. följande.

Vid granskning av upphandlingsdokumenten framgår att avtalstiden uppgår till fem år. Vidare framgår att det är fråga om ett ramavtal. Då några särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år inte föreligger är avtalstiden längre än vad som är tillåtet enligt LOU. Bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen rätteligen ska göras om.

Förarbetena till LOU hänvisar till förarbetena till den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ("ÄLOU"), prop. 2006/07:128 s. 333 f.). Av ÄLOU:s förarbeten framgår att en längre avtalstid än fyra (4) år kan vara motiverat om det handlar om ett avgränsat projekt utan naturlig fortsättning. Vidare framgår att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 334).

I förevarande fall har kommunen besvarat en fråga om avtalets längd under anbudstiden:

Fråga

Ett ramavtal som upphandlas enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) får som utgångspunkt löpa i maximalt fyra (4) år, inklusive options- och förlängningsklausuler. Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Vilka är de särskilda skäl som ligger till grund för att detta avtal avser 5 år.

Svar från kommunen

För en eventuell tillträdande leverantör kan det krävas förhållandevis stora investeringar i specialbyggda fordon. Sådana investeringar har normalt en avskrivningstid på 5 år. Av denna anledning föreligger det särskilda skäl att ramavtalet löper i 5 år.

Investeringar är ofta en förutsättning för en vinnande leverantör i en upphandling, men detta regleras i normalfallet genom en justering av priset i avtalet. Cabonline kan konstatera att det inte ställs krav på nyinförskaffade fordon i upphandlingen. Tvärtom tillåts fordon som är upp till åtta (8) år gamla. En leverantör som önskar lägga anbud behöver således inte göra några större investeringar i nya fordon. Under alla omständigheter är investeringskraven inte så pass betungande för leverantören att denne behöver en särskilt lång avtalstid för att betala av inköpta fordon.

Kommunen hänvisar till en förstudie där det framkommit att den planmässiga avskrivningstiden för specialfordon är fem år. Avseende denna del önskar Cabonline tydliggöra att bolaget aldrig har framfört önskemål om att avtalstiden ska vara likalydande med avskrivningstiden.

Kommunen har inte anfört något som visar att ingenting annat än en avtalstid om fem år vore ekonomiskt försvarbart eller att den längre avtalstiden krävs för att inte hämma konkurrensen på marknaden. I sammanhanget bör det noteras att upphandlingar likt förevarande i övriga delar av Sverige regelmässigt upphandlas för ramavtal om fyra år.

Det som påverkar konkurrensen i stort, inklusive möjligheten för mindre och nystartade aktörer att lämna anbud, är (i) hur gamla fordonen får vara samt (ii) om det finns en andrahandsmarknad efter avtalstidens slut. Svaret på dessa två punkter ger vägledning till om det finns sådana särskilda skäl som omnämns i 7 kap 2 § LOU.

Avseende den första punkten - fordonens högsta tillåtna ålder - har kommunen redan vidtagit åtgärder för att minska investeringsbördan för potentiella leverantörer. Detta genom att tillåta att äldre fordon (max åtta år) får användas för att genomföra köruppdragen. De ekonomiska trösklarna för att lägga anbud har sänkts i och med att leverantörer inte behöver införskaffa nya fordon. På så vis har kommunen skapat möjlighet för mindre och nystartade bolag att delta i upphandlingen. Kommunen har inte förklarat varför det behövs ytterligare åtgärder utöver detta.

Avseende den andra punkten - investeringarnas värde vid avtalstidens slut - kan följande konstateras. Om en upphandling kräver omfattande investeringar från leverantörerna och dessa investeringar saknar värde vid avtalstidens slut kan det i sig utgöra skäl till att anpassa avtalstiden efter leverantörens avskrivningstakt. I förekommande fall finns det en fungerande andrahandsmarknad för fordonen.

Med en avtalstid om fyra år kommer en leverantör med fem års avskrivningstakt ha kvar 20 procent av fordonens inköpskostnad som bokfört värde. Med beaktande av att det finns en andrahandsmarknad både i Sverige och internationellt är den ekonomiska risk som leverantörer tar avseende fordonens restvärde mycket begränsat. Följaktligen är det ekonomiskt försvarbart att tillämpa fyra års avtalstid enligt LOU:s huvudregel och det föreligger inga skäl att tillämpa en längre avtalstid.

Andrahandsmarknadens storlek kan inte bedömas genom att bilägga en skärmbild från Blocket en given dag, bl.a. beroende på att en leverantör som vill köpa begagnade fordon inte köper samtliga fordon vid ett och samma tillfälle, att upphandlade avtal avslutas löpande under året vilket gör att begagnade specialfordon läggs ut i strid ström och att kommunens skärmdumpar är tagna precis efter jul- och nyårshelgerna (den 10 januari 2020) då utbudet på andrahandsmarknaden ofta är som lägst.

Nära på samtliga upphandlingar av samhällsbetalda persontransporter i Sverige genomförs i formen ramavtal och dessa är tecknade på fyra (4) år. Enligt Taxiförbundet finns det för närvarande 17 995 registrerade taxifordon i Sverige. En rimlig uppskattning är att cirka 15 % av dessa är specialfordon, vilket ger att det finns nästan 3000 specialfordon i drift vid varje givet tillfälle. Eftersom det inte finns någon efterfrågan på den privata marknaden för persontransporter via specialfordon så måste leverantörerna sälja fordonen när de upphandlade kontraktens löptid är slut. Så gör samtliga aktörer efter avslutat kontrakt, givetvis med undantag för de leverantörer som vinner tilldelning i nya upphandlingar. I genomsnitt bör således andrahandsmarknaden bestå av cirka 750 specialfordon per år (3000/4).

Med tanke på andrahandsmarknadens storlek är det rimligt att anta att majoriteten av den tillkommande leverantörens fordon kommer att införskaffas begagnat. Det kan även ifrågasättas varför kommunen satte tidsgränsen till åtta (8) år om de trodde att andrahandsmarknaden var obefintlig. Deras eget agerande vid utformningen av upphandlingsdokumenten visar på att de är medvetna om att det finns en fungerande andrahandsmarknad.

Domstolen bör dessutom notera att kommunens yttrande visar att fordon som är äldre än fem (5) år har ett icke obetydligt värde. Av utdragen från Blocket framgår att fordon från 2012 - dvs åtta år gamla fordon - kan säljas för långt över hundratusen kronor. Uppenbarligen finns det en fungerande

andrahandsmarknad, i annat fall hade beloppen som fordonens säljs för varit betydligt lägre. Kommunens påstående om att restvärdet är ”mycket osäkert” bestrids därmed. Tvärtom tycks försäljningsvärdena på fordon även efter den påstådda sedvanliga avskrivningstiden om fem (5) år vara höga. Det är således möjligt att både införskaffa och sälja specialfordon från den inhemska marknaden. Därtill kan konstateras att andrahandsmarknaderna internationellt inte har utretts men rimligen bör vara ännu större.

I förevarande fall medför kommunens överträdelse av LOU att Cabonline i vart fall riskerar att lida skada i LOU:s mening. Den längre ramavtalstiden medför att konkurrensen på den aktuella marknaden begränsas på ett otillbörligt sätt och att Cabonline utestängs från möjligheten att konkurrera om nya uppdrag längre än nödvändigt.

Kommunen anför bl.a. följande.

Utgångspunkten vid kommunens upphandlingar är att möjliggöra för fler och mindre företag att lämna anbud. Under förstudien inför denna upphandling framkom genom samtal med nuvarande leverantör (Cabonline) samt med leverantören som lämnade det vinnande anbudet (Björkstadens beställningscentral AB) att avskrivningstiden för ett specialbyggt fordon som efterfrågas i upphandlingen är 5 år. Kommunen förutsätter därför att det är standard i branschen i Umeå.

Om avtalstiden skulle vara kortare kan det leda till att osäkerhet skapas för anbudsgivare och dessa kan då sannolikt inte lämna konkurrenskraftiga anbud. Detta kan då främst drabba mindre och nystartade företag som avstår att delta i offentliga upphandlingar. Följden kan också bli att denna typ av avtal blir dyrare och begränsar kommunens möjligheter att tillhandahålla hög service till brukare och medborgare. Kommunen menar alltså att en

kortare avtalstid än 5 år kan skapa en ekonomisk osäkerhet och kan då vara konkurrenshämmande, vilket leder till att inte effektiv konkurrens uppstår och att nystartade företag inte får likvärdiga förutsättningar att lämna anbud. Det finns två stora avtalsområden i Umeå där dessa typer av fordonsresor avropas – Region Västerbottens sjukresor, samt kommunens färdtjänst. Det är rimligt att anta att ett nystartat bolag som köper in fordon med en avskrivningstid på 5 år och skriver ett avtal på 4 år kan stöta på följande:

- Finansiering av fordonsflottan blir svårare
- Eventuella banklån blir dyrare
- De kan efter 4 år behöva avveckla verksamheten och sälja fordonen till en i princip obefintlig efterhandsmarknad med mycket osäkert restvärde vilket innebär en stor ekonomisk osäkerhet (detta gäller även etablerade företag)
- De får en betydligt högre fordonskostnad än etablerade konkurrenter med befintliga fordon.

Enligt likabehandlingsprincipen ska alla leverantörer ges samma förutsättningar, så väl etablerade som nystartade. Därför anser kommunen att 5 års avtalstid är motiverat utifrån kommunens svar på uppkomna frågeställningar.

Det krävs för närvarande 13–14 fordon för att genomföra uppdraget och om ett företag som saknar fordonskapacitet behöver investera i 14 fordon för att genomföra uppdraget kan de inte köpa 8 år gamla fordon då den åldern är vad de maximalt får vara under avtalstiden på 5 år. De behöver alltså som minst köpa 3 år gamla fordon eller nyare för att uppfylla ålderskravet om de inte ska byta fordon löpande under avtalstiden vilket måste förmodas bli ännu dyrare. Det är också sannolikt att en ny leverantör skulle behöva införskaffa nytillverkade fordon då det inte finns tillgång till begagnade nyare fordon som krävs för uppdraget, då de fordon som köpts av taxiverksamheter i Sverige skrivs av på 5 år och behålls minst så länge innan de säljs. Dessa exporteras då i stor utsträckning utomlands. Oavsett om det skulle

vara möjligt att köpa 14 st. 3 år gamla fordon skulle investeringskostnaden vara minst 400.000 kr/st. och fabriksnya mellan 600.000 till 800.000 kr/st. Avtalets omfattning är 9.500.000 kr/år.

Det finns inte en fungerande andrahandsmarknad i Sverige vilket styrks av följande:

Bilar till salu på Sveriges största marknadsplats för fordon från årsmodell 2012 till nya bilar – 20 st. (Blocket, 2020-01-10)

Bilar till salu på Sveriges största marknadsplats för fordon från årsmodell 2017 till nya bilar – 4 st. (Blocket, 2020-01-10).

Det är fordon från årsmodell 2017 och nyare en ny leverantör skulle behöva köpa för att klara ålderskravet på max 8 års fordonsålder under avtalstiden utan att byta fordon flera gånger vilket rimligen antas bli ännu dyrare. Då begagnatmarknaden är så begränsad (3 begagnade till salu, 1 ny) är det rimligt att anta att ett nystartat företag skulle behöva köpa in i princip samtliga fordon fabriksnya för att kunna utföra uppdraget.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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. (4 kap. 1 § LOU)

Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. (7 kap. 2 § LOU)

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. (20 kap. 6 § LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det av upphandlingsdokumenten framgår att i målet aktuellt ramavtal är avsett att ha en avtalstid om fem (5) år.

Ramavtal får enligt 7 kap. 2 § LOU löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Cabonline menar att det inte föreligger särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år.

7 kap. 2 § LOU motsvarar artikel 33.1 tredje stycket i direktivet där det anges att ett ramavtal inte får löpa längre än fyra år, utom i undantagsfall som vederbörligen motiverats, särskilt genom föremålet för ramavtalet.

I skäl 62 andra stycket i direktivet anges följande:

Det bör också klargöras att det kan finnas undantagsfall i vilka löptiden för själva ramavtalen bör få fastställas till mer än fyra år. Dessa fall, som bör vara vederbörligen motiverade framför allt av föremålet för ramavtalet, kan uppstå exempelvis när ekonomiska aktörer måste förfoga över utrustning för vilken avskrivningstiden är längre än fyra år och som måste vara tillgänglig när som helst under ramavtalets hela löptid.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns särskilda skäl för att tillåta en avtalstid längre än fyra år.

Kommunen menar bl.a. att

- avskrivningstiden för i upphandlingen aktuella specialbyggda fordon är fem år,
- med hänsyn till avskrivningstiden kan en kortare avtalstid än fem år missgynna mindre och nystartade företag,
- det inte finns någon fungerande andrahandsmarknad för aktuella fordon.

Förvaltningsrätten noterar att upphandlingar ofta torde kräva att leverantörerna gör vissa investeringar, men att detta normalt regleras genom att anbudspriset påverkas. För att på grund av stora investeringar med lång avskrivningstid göra undantag och tillåta att ett ramavtal löper under längre tid än fyra år måste, enligt förvaltningsrättens mening, krävas att omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att inget annat vore ekonomiskt försvarbart eller att detta krävs för att inte hämma konkurrensen på marknaden.

Förvaltningsrätten noterar vidare bl.a. följande. Det ställs inte krav på nyinförskaffade fordon i aktuell upphandling, utan upp till åtta år gamla fordon tillåts. Vad som framkommit i målet visar inte heller att det inte skulle finnas någon fungerande andrahandsmarknad för aktuella fordon. De av kommunen återopade skärmdumparna från Blocket vid en viss tidpunkt (dessutom i nära anslutning till jul- och nyårshelger) kan nämligen inte tas som intäkt för det.

På grund av det anförda kan kommunen inte anses ha visat att det finns särskilda skäl för att tillåta en längre ramavtalstid än fyra år.

Den otillåtet långa avtalstiden har en konkurrensbegränsande effekt eftersom potentiella leverantörer berövas möjlighet att tilldelas kontrakt under den överskjutande tiden. Cabonline har därmed lidit eller kunnat komma att lida skada till följd därav. Eftersom felet har uppstått i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Lena Bergsdorf
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



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 försörjningssektorerna, 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.