



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2019-12-12

Meddelad i Stockholm

Mål nr

5652-19

SÖKANDE

Global Mobility Moving AB, 556639-6049

Ombud: Advokat Björn Bergström och jur.kand. Victor Pålsson Lundell
Ramberg Advokater KB
Box 3137
103 62 Stockholm

MOTPART

Stockholms kommun
Servicenämnden

Ombud: Stadsadvokat Jenny Segervall
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2019 12 12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 1112373

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd33.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Kommunstyrelsen i Stockholms stad (staden) genomför genom servicenämnden en upphandling avseende flyttjänster (3.3.1-750/2018). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Som tilldelningsgrund har angetts att utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att ske med tilldelningsgrunden pris. Upphandlingen är indelad i tre anbudsområden: Anbudsområde A – Bohag; Anbudsområde B – Kontor, arkiv och bibliotek; Anbudsområde C – Skola, förskola och fritidshem. Staden har den 28 februari 2019 meddelat tilldelningsbeslut avseende Anbudsområde A och har tilldelat ramavtalet annan anbudsgivare än Global Mobility Moving AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin ansökan anger bolaget följande. Förfrågningsunderlaget i upphandlingen innehåller ett flertal brister av väsentlig karaktär. Upphandlingen har inte genomförts på ett transparent sätt och dess utformning gör att det inte är möjligt för en normalt omsorgsfull anbudsgivare att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Staden har även gjort sig skyldig till bristande likabehandling. Bolaget lider, eller riskerar att lida skada, utifrån samtliga de grunder som anförs.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför som grund för sitt bestridande att staden i sitt förfarande inte har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga förutsättningar

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökande bolag kan visa att det har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Frågan om ett indirekt golv- och takpris har använts

Aktuellt avsnitt i Prisbilagan

Anbudsgivaren fyller i fält markerade med grön.		Anbudsområde Bohag	
Arbetskräff	SEK/tim	Viktning	Summa
Flyttjobb (6-18)		350	0
Flyttarbetare (6-18)		190	0
Magasineriing	SEK/m3/vecka		
Magasineriing per m3 & vecka		1 000	0
Område	SEK/enhet		
Förråd		150	0
1 rok		100	0
2 rok		120	0
3 rok		150	0
Tillval uppackning per rum		80	0
Pris per extra rum *	0	80	0
Utvärderat pris:			0

Bolaget utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

Priset avseende ”Pris per extra rum” som anges i prisbilagan utgör ett indirekt golvpris. Ifall en anbudsgivare inte får ange ett lägre eller högre pris på ”1–3 r o k” än ”Pris per extra rum” så innebär det, omvänt, att anbudsgivaren inte får ange ett lägre pris på ”Pris per extra rum” än på ”1–3 r o k”. Det är inte förenligt med likabehandlingsprincipen att ha olika golv- och takpriser för olika anbudsgivare. Detta skulle innebära att samma situation behandlas helt olika. Det kan inte utan vidare antas att obligatoriska krav på takpriser, ens absoluta sådana, skulle vara förenligt med likabehandlingsprincipen, i vart fall när det är fråga om golv- och takpriser på enstaka delar i en upphandling. Det bör tydliggöras att priset per extra rum, vilket baseras på övriga lämnade priser, inte är att jämföras med ett fast pris eftersom priset kommer att variera för samtliga anbudsgivare utifrån de priser som lämnats för övriga prisposter. Ett fast pris är helt oberoende av övriga priser. Anbudsgivarna har därför inte blivit likabehandlade och upphandlingen bör göras om.

Staden utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

Av prisbilagan för anbudsområde A – Bohag framgår att anbudsgivaren ska fylla i fält markerade med grönt. Anbudsgivaren ska bl.a. fylla pris per rum på 1–3 rum och kök. Däremot kan anbudsgivaren inte fylla i pris per extra rum utan det priset baseras på summan som anges avseende övriga rum. Anbudsgivarna har själva kunnat kalkylera för att se resultatet av pris per extra rum och det har inte funnits någon begränsning i möjligheten att sätta sitt pris. Anbudsgivarna har därigenom inte heller varit hindrade från att konkurrera med priset. Den aktuella upphandlingen innehåller inte ett obligatoriskt krav med automatisk uteslutning. Eftersom anbudsgivarna själva kan påverka priset så är de inte heller förhindrade att konkurrera om priset. Prismodellen strider således varken mot principen om likabehandling eller mot principen om transparens.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat (HFD 2018 ref. 50) att det i princip inte är förenligt med likabehandlingsprincipen att ange ett golvpris, t.ex. att som obligatoriskt krav ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå automatiskt utesluts från utvärdering. HFD konstaterade att ett golvpris förhindrar leverantören från att konkurrera med priset eftersom anbudet automatiskt utesluts och att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Myndigheten kan inte heller bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat.

Av prisbilagan framgår att anbudsgivarna har haft möjlighet att sätta priser på bohag mellan 1–3 rum och kök i en tabell och att priset för extra rum ändras baserat på summorna. Det anges inga begränsningar angående dessa priser. Upphandlingsdokumentet (förfrågningsunderlaget) innehåller inte heller några obligatoriska krav avseende prisnivåer. I likhet med staden anser därför förvaltningsrätten att det utifrån vad bolaget har anfört inte är visat att det aktuella kravet innebär att det indirekt har satts så kallade golv- eller takpriser. Utformningen av förfrågningsunderlaget i denna del strider således inte mot de grundläggande principerna eller LOU i övrigt.

Begränsning för leverantörer inom samma koncern

Aktuella avsnitt i förfrågningsunderlaget

1.1.8 Uppdelning av kontrakt

Anbud får lämnas på ett, två eller alla tre anbudsområden. Avtal kommer att tilldelas för respektive område. Tilldelningen kommer att begränsas så att en och samma leverantör maximalt kan tilldelas två anbudsområden, under förutsättning att inget område blir avtalslöst. För det fall något område blir avtalslöst kan antal tilldelade anbudsområden komma att utökas till fler än två.

I de fall leverantör X har tilldelats två anbudsområden och det finns kvarvarande områden där endast leverantör X lämnat giltiga anbud, kan leverantör X komma att tilldelas ytterligare områden. Anbud kan därmed lämnas för fler än två områden.

Leverantörer från samma koncern betraktas som en och samma leverantör ur tilldelningssynpunkt.

Leverantören ska nedan ange hur många anbudsområden denne önskar tilldelas, under förutsättning att leverantören har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris inom aktuella anbudsområden. Leverantören kan därmed lämna anbud på ett, två eller tre (alla) anbudsområden, utifrån sin kapacitet. Leverantören ska ange i vilken turordning leverantören föredrar att få anbudsområden tilldelade.

Obs! Det är upp till leverantören att lämna det antal anbud i den rangordning leverantören vill. Om leverantören exempelvis blir tilldelad det anbudsområde som denna har rangordnat sist är leverantören bunden till sitt anbud.

4.1 Anbudsutvärdering

Upphandlingen är indelad i tre anbudsområden.

Leverantör har möjlighet att lämna anbud inom ett eller flera anbudsområden men kan endast tilldelas två anbudsområden. För det fall något anbudsområde blir avtalslöst kan antal tilldelade anbudsområden komma att utökas till fler än två, se punkt 1.1.8 för ytterligare information. Leverantör från samma koncern betraktas som en och samma leverantör ur tilldelningssynpunkt.

De anbud av vilka det framgår att samtliga ställda krav uppfylls och där leverantören har accepterat ramavtalsvillkoren utan reservation kommer att genomgå utvärdering enligt följande:

- Utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att ske med tilldelningsgrund pris för respektive anbudsområde.

Pris ska lämnas på samtliga efterfrågade tjänster i Bilaga 2, Prisbilaga. Priser ska lämnas i SEK exkl mervärdesskatt. I priserna som anges i Bilaga 2, Prisbilaga, ska samtliga kostnader för tjänstens utförande ingå. Pris ska lämnas för samtliga prisposter inom de anbudsområden som leverantören lämnar anbud på.

Om två eller flera anbud har samma anbudspris kommer vinnande anbud att utses genom lottnings.

Separata tilldelningsbeslut fattas för respektive anbudsområde.

Bolaget utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

Staden har inte rätt att begränsa vem som kan antas på det sätt som man har gjort i avsnitt 4.1 i förfrågningsunderlaget. LOU utgår från att en enskild juridisk person kan lämna anbud. Även bolag som ingår i en koncern är enskilda juridiska personer i första hand. Det faktum att ett bolag har en viss ägare kan inte ligga till grund för ett förbud mot att lämna ett anbud i en enskild upphandling. Stadens begränsning till ”koncerner” är därmed inte laglig och kravet är oproportionerligt. Staden har dessutom inte stannat vid denna begränsning utan har föreskrivit ytterligare begränsningar där det i praktiken är omöjligt för en anbudsgivare att i förväg kunna förstå vad staden åsyftar eller om anbudet i efterhand kommer att diskvalificeras på grund av stadens begränsningar gällande ”företagssammanslutningar”. Det är dessutom otydligt vem som omfattas av stadens regel om vem som får lämna anbud. Staden har, trots ställda frågor, inte ändrat detta.

Stadens argument för begränsningen är att bestämmelsen annars kan kringgå genom att en anbudsgivare delar upp sin verksamhet i olika dotterbolag. Att på den grunden begränsa *samtliga* bolag som har någon form av koncernrelation till ett annat bolag kan inte anses vara förenligt med proportionalitets- eller likabehandlingsprincipen. Att två leverantörer tillhör samma koncern ger inte staden rätt att på egen hand ge begreppet ”leverantör” en ny betydelse. Det bör finnas utrymme för ett kontradiktoriskt förfarande där den upphandlande myndigheten ser till de faktiska omständigheterna, dvs. om anbudsgivarnas deltagande utgör en faktisk begränsning, snedvridning eller hämmande av konkurrensen. För det fall att staden menar att det finns utrymme för ett kontradiktoriskt förfarande så framgår inte detta villkor av förfrågningsunderlaget varmed detta brister i transparens. Såsom staden har utformat upphandlingen så har man satt upp ett krav som tillämpas utan bedömning, där en leverantör som ingår i en koncern där ett

bolag lämnar ett anbud inte kan lämna ett eget anbud även om denna leverantör agerar helt fristående till övriga koncernbolag. Att förfrågningsunderlaget har utformats på ett sådant sätt strider mot likabehandlingsprincipen.

Staden utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

Staden har inte begränsat samtliga bolag som har någon form av koncernrelation till ett annat bolag att lämna anbud. Begränsningen i upphandlingen innebär att leverantörer från samma koncern betraktas som en och samma leverantör ur tilldelningssynpunkt. Av punkten 1.1.8 i förfrågningsunderlaget framgår att anbud får lämnas på ett, två eller tre anbudsområden och att avtal kommer att tilldelas för respektive område. Tilldelningen är begränsad på så sätt att en och samma leverantör maximalt kan tilldelas två anbudsområden under förutsättning att inget område blir avtalslost. Leverantörer från samma koncern betraktas som en och samma leverantör ur tilldelningssynpunkt.

Staden fick under anbudstiden frågan om hur begreppet koncern definieras och har svarat att i första hand avses koncerndefinitionen i 1 kap. 11 § aktiebolagslagen eller motsvarande förhållanden för andra typer av associationsformer. I speciella fall av intressegemenskap mellan anbudsgivare kan det bli aktuellt att göra en bedömning utifrån begreppet om företagssammanslutningar i 1 kap. 5 § konkurrenslagen. Koncerndefinitionen i aktiebolagslagen är ett associationsrättsligt begrepp som inte inbegriper andra ekonomiska enheter, t.ex. i det fall en privatperson äger två bolag. Av den anledningen kan även andra företagssammanslutningar som ingår i samma ekonomiska enhet omfattas. Med hänsyn till stadens svar på frågan får det anses tillräckligt tydligt att informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan förstå vad staden avser med begreppet koncern i upphandlingen. Någon ytterligare fråga med anledning av stadens svar inkom inte heller under anbudstiden.

Ett av syftena med de nya upphandlingsreglerna är att öka konkurrensen och möjliggöra för fler bolag att delta i upphandlingar. Som ett led i detta har det i 4 kap. 13 § LOU införts en regel om att den upphandlande myndigheten är skyldig att ta ställning till om det går att dela upp en upphandling i flera delar. Vidare har införts en bestämmelse i 4 kap. 15 § LOU som möjliggör för den upphandlande myndigheten att begränsa antalet delkontrakt som får tilldelas en och samma leverantör. Om den nya bestämmelsen ska tolkas så att det inte går att begränsa tilldelningen av antal kontrakt inom en viss koncern kan bestämmelsen lätt kringgås genom att koncernen lämnar anbud på och vinner samtliga delområden genom olika dotterbolag. Det skulle ha motsatt effekt i förhållandet till syftet med de nya reglerna och i stället begränsa konkurrensen. Begränsningen innebär inte ett förbud mot att lämna anbud eller att bara ett av bolagens anbud kan antas. Bolag inom samma koncern kan vinna som högst två av tre anbudsområden. Stadens begränsning i förhållande till koncerner är därför förenlig med bestämmelserna i LOU och kan inte anses oproportionerlig med hänsyn till ändamålet. För att begränsningen ska vara objektiv och inte strida mot likabehandlingsprincipen är det nödvändigt att inte bara de bolag som omfattas av koncerndefinitionen i aktiebolagslagen omfattas utan även andra intressegemenskaper måste bedömas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Syftet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är att det öppnas för så bred konkurrens som möjligt och det är ett gemenskapsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i en anbudsinfordran. Om ett krav inskränker konkurrensen måste det prövas om detta är förenligt med proportionalitetsprincipen (C-538/07 Assitur).

I förfrågningsunderlaget anges att leverantörer från samma koncern betraktas som en och samma leverantör ur tilldelningssynpunkt. I funktionen Frågor och Svar har staden angett att begreppet koncern i första hand avser koncerndefinitionen i 1 kap. 11 § aktieföretagslagen eller motsvarande förhållanden för andra typer av associationsformer. Vidare anges i Frågor och Svar att det i speciella fall av intressegemenskap mellan anbudsgivare kan bli aktuellt att göra en bedömning utifrån begreppet företagssammanslutningar i 1 kap. 5 § konkurrenslagen.

Förvaltningsrätten anser att med den information som lämnats av staden så kan rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare förstå den exakta innebörden i vad som avses med att "Leverantör från samma koncern betraktas som en och samma leverantör ur tilldelningssynpunkt". Vad bolaget har anfört utgör således inte grund för att anse att staden har brutit i sin utformning av underlaget för upphandlingen i denna del.

Staden anför att koncernbegränsningen gjorts i konkurrensfrämjande syfte. Vidare anför staden att om det inte skulle vara möjligt begränsa tilldelningen av antal kontrakt inom en viss koncern så skulle bestämmelsen i 4 kap. 15 § LOU lätt kunna kringgåas genom att koncerner lämnar anbud och vinner samtliga delområden genom olika dotterbolag. Bolaget anför att koncernbegränsningen står i strid med bl.a. proportionalitetsprincipen.

Utifrån vad bolaget har anfört finner inte förvaltningsrätten skäl att ifrågasätta att den aktuella koncernbegränsningen är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet att främja konkurrens. Den satta begränsningen får även anses vara nödvändig för att uppnå detta syfte varmed ett mindre ingripande alternativ inte kan anses vara aktuellt. Den negativa effekt som kravet får på leverantörers möjlighet att lämna anbud kan således inte anses vara oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträvade syftet.

Utformningen av underlaget för upphandlingen i denna del står således inte i strid med proportionalitetsprincipen och vad bolaget har anfört utgör inte heller grund för att anse att någon av de andra grundläggande principerna i LOU har trätts förnär.

Uppdelning i anbudsområden

Bolaget utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

I punkt 1.1.8 i förfrågningsunderlaget anges att en anbudsgivare kan antas till maximalt två av tre anbudsområden under förutsättning att giltiga anbud lämnats i övrigt för det tredje anbudsområdet. Samtidigt har staden i punkt 1.1.6 angett en avtalsvolym på c:a 42 miljoner kronor för 2017. I funktionen Frågor och svar har staden angett att volymen under 1.1.6 endast är angiven som information och att den inte är relevant för vare sig omsättningen kommande som helhet, eller för omsättningen under respektive anbudsområden. Anbudsområdena i upphandlingen har helt enkelt inte en motsvarighet i tidigare avtalsår. Det innebär att det inte är möjligt att veta vilka av de tre anbudsområdena som är mest attraktiva att lämna anbud på. Effekten blir att den som lämnar det bästa anbudet utifrån förutsättningarna kan komma att tilldelas det område som visar sig ha lägst omsättning. Det medför även att det inte är möjligt att räkna på anbudspriser och lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet. Ramavtalsvolymen för upphandlingen framgår visserligen med en uppskattad volym per anbudsområde, vilken har angetts i förfrågningsunderlagets avsnitt 1.1.7 där anbudsområde A har värderats till cirka 25 miljoner kronor och anbudsområde B och C till cirka 8 miljoner vardera. Det är dock inte tillräckligt för att utgöra ett transparent förfarande. Att ramavtal ska innehålla den maximala kvantiteten för ramavtalets användning framgår av EU-domstolens dom i mål C-216/17 Coopservice, punkterna 57–69. Det föreligger alltså en skyldighet att precisera den totala kvantiteten som ramavtalet kan komma att nyttja. I upphandlingen har inte angetts

några sådana maximala kvantiteter. Utifrån detta kan inte en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ta ett välunderrättat beslut om vilket anbudsområde som bör prioriteras vid anbudsgivningen. Att bolaget tidigare har varit leverantör på avtalet påverkar inte denna problematik.

Staden utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

Staden har i punkten 1.1.7 i förfrågningsunderlaget angett att den totala volymen för kommande avtalsperioder är svår att ange men att volymen uppgick till ca 42 miljoner kronor under år 2017, varav inom anbudsområde A c:a 25 miljoner kronor, anbudsområde B c:a 8 miljoner kronor och c:a 8 miljoner kronor inom anbudsområde C.

Omständigheterna i C-216/17 Coopservice var mycket speciella. Informationen under punkten 1.1.7 måste vara tillräcklig för att en anbudsgivare ska kunna få en uppfattning om anbudsområdenas omfattning.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Stadens upphandling avser en ramavtalsupphandling av tjänster. Utifrån de beskrivningar som ges i förfrågningsunderlaget, såsom uppskattade volymer står det klart att staden inte avsett att anskaffa viss prestation mot ersättning, utan att de tjänster som staden efterfrågar i stället styrs av det behov den har under avtalstiden. Den prestation de upphandlade leverantörerna ska utföra är därmed inte bestämd på förhand och staden är inte heller förpliktigad att i viss utsträckning efterfråga upphandlade tjänster. Eftersom de upphandlade tjänsterna ska spegla ett framtida behov hos staden är det inte möjligt att i detalj redogöra för volymerna för de avropade tjänsterna. Att staden i upphandlingen redovisat volymer från tidigare avtalsperioder måste enligt förvaltningsrättens mening vara tillräckligt för att anbudsgivarna ska få en indikation och en möjlighet att offerera rättvisande priser. Förvaltningsrätten

anser således att staden, så långt det är möjligt, har gjort en rimlig uppskattning av det förväntade värdet och den förväntade kvantiteten. Vad bolaget har anfört utgör således inte skäl för att anse att förfrågningsunderlaget i denna del har utformats i strid mot LOU eller de grundläggande principerna.

Arbetsrättsliga villkor

Bolaget utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

Av bilaga 16 till förfrågningsunderlaget, i avsnittet Övertidsersättning vid övertidsarbete, framgår att arbete utöver 8/10 timmar per dag betraktas som övertidsarbete. I fråga 10 i funktionen Frågor och svar har bolaget ställt frågan vad staden menar med 8/10 timmar. I sitt svar har staden hänvisat till ett kollektivavtal genom skrivningen ”Se Transportavtalet, 3 § 5 mom A och mom B samt Bilaga F”. Staden har, istället för att besvara frågan på ett tydligt sätt, hänvisat till ett kollektivavtal som inte är allmänt tillgängligt. Detta strider mot transparensprincipen i 4 kap. 1 § LOU eftersom den hänvisade informationen inte framgår av förfrågningsunderlaget.

När villkoren väl är utvalda ur kollektivavtalet så är de självständiga och har inte längre direkt koppling till kollektivavtalet eftersom detta är utformat som en helhet där de olika villkoren kompletterar varandra. Beroende på vilka villkor som väljs av den upphandlande myndigheten, och vilka som följaktligen lämnas därhän, så kommer tolkningen av villkoren att utgå från de villkor som finns med i upphandlingen. Om upphandlingen hade varit transparent så hade således de hänvisade villkoren ingått i upphandlingens bilaga 16 eller på annat ställe i upphandlingsdokumenten. Det viktigt att konstatera att staden först under prövningen i förvaltningsrätten har publicerat texten ”Arbetet skall förläggas under fyra arbetspass á tio timmar alternativt fem arbetspass á åtta timmar per kalendervecka”.

Vidare anges i förfrågningsunderlagets punkt 3.2.3 att ”Debitering sker från det att leverantören har kommit till i avropet angiven plats”. Det är således omöjligt för en leverantör att beräkna lämnade tidspriser eftersom restiderna kan skilja sig väsentligen beroende på var den avropande enheten inom staden befinner sig. Att staden inte låter leverantörerna prissätta restiderna utgör ett oproportionerligt och icke-transparent villkor. Leverantören är skyldig att utge ersättning till arbetstagarna från resans påbörjande. Samtidigt är det omöjligt för leverantörerna att veta hur stor denna ersättning kommer bli och leverantörerna kan inte få någon kostnadstäckning för denna del eftersom momentet inte går att prissätta korrekt. Även beträffande angivna påslag utanför ordinarie arbetstid i prisbilagan står villkoren i strid med gällande kollektivavtal. Villkoren innebär ett takpris som kommer att innebära en förlust vid arbete utanför ordinarie arbetstid.

Staden utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

Transportavtalet är branschens egna kollektivavtal varför ett förtydligande på det sätt som staden gjorde får anses tillräckligt och transparent. Bolaget är medlem och har tillgång till avtalet varför det är svårt att förstå varför bolaget inte skulle kunna lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud utifrån den information som lämnades. Det är oklart på vilket sätt det utifrån hänvisningen till bestämmelserna i avtalet inte skulle gå att urskilja betydelsen av arbete utöver 8/10 timmar per dag. Det är svårt att förstå bolagets invändningar i denna del. Staden förutsätter också att bolaget följer de villkor som regleras i avtalet.

Av punkten 5 Avtalsförlaga Mall i förfrågningsunderlaget framgår att staden ställer krav på arbetsrättsliga villkor vid utförande av tjänsten. De villkor som leverantören ska följa under kontraktstiden framgår av punkten 5 samt bilaga 16 till förfrågningsunderlaget. Kraven ställs för att anställda ska tillförsäkras skäliga arbetsvillkor. Av villkoren följer bl.a. vilken ersättning

som ska utges vid beordrad restid. Huruvida annan restid ersätts är en fråga mellan leverantören och den anställde.

Av punkten 3.2.3 i förfrågningsunderlaget framgår vad leverantörerna får räkna in i den ersättning som staden ska utge för utförda tjänster. Om ersättning för restid begärs ska leverantören räkna in den posten i det fasta pris som offereras. Någon ytterligare ersättning för restid kommer således inte att utges inom ramen för kontraktet. Att leverantören inte kan börja debitera förrän leverantören har kommit till i avropet angiven plats innebär således inte att resekostnaden inte får räknas in i det fasta timpris som offereras. Den ersättning som leverantörerna kan erhålla för utförd tjänst enligt punkten 3.2.3 är inte heller densamma som de lönekostnader som leverantören har i förhållande till sina anställda vilket bolaget tycks mena. I förfrågningsunderlaget är det tydligt vilka poster som leverantörerna kan få ersättning för och det är sedan upp till leverantörerna själva att beräkna vilket pris som kan offereras utifrån de kostnader, däribland lönekostnader, som man har.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

I bilaga 16 till förfrågningsunderlaget redogörs för arbetsrättsliga villkor omfattande lön, semester och arbetstid enligt kollektivavtal Transportavtalet. Under funktionen Frågor och Svar har bolaget fått svar genom en hänvisning till avsnitt i detta kollektivavtal. Bolaget gör gällande att underlaget för upphandlingen brister i transparens eftersom staden i sitt svar har hänvisat till vissa avsnitt i aktuellt kollektivavtal istället för att direkt formulera ett svar på frågan om vad staden menar med 8/10 timmar i samband med att arbete utöver detta betraktas som övertidsarbete.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det genom den information som ges i underlaget för upphandlingen inte kan råda något tvivel om vilket kollektivavtal det är som är i fråga. I förfrågningsunderlagets bilaga 16

anges att ordinarie arbetstid utgör i genomsnitt 40 timmar per helgfri vecka samt att ordinarie arbetstid förläggs under vissa angivna tider måndag-fredag. Vidare anges att arbetstidsschema får uppläggas på en period om t.ex. fyra dagar förutsatt att laga föreskrifter inte bryts men inte på längre tid än den ordinarie arbetstiden, dvs 40 timmar per helgfri vecka. Gällande övertidsersättning anges i bilaga 16 att arbete utöver 8/10 timmar per dag eller 40 timmar i veckan betraktas som övertidsarbete. Utifrån denna information borde rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunna sluta sig till vad som avses med 8/10 timmar i sammanhanget. Genom funktionen Frågor och svar gavs ett förtydligande genom en hänvisning till Transportavtalet. Sammantaget anser inte förvaltningsrätten att upphandlingens underlag brister i transparens i denna del på så sätt som bolaget har anfört.

Bolaget framställer vidare invändningar ifråga om punkten 3.2.3 i förfrågningsunderlaget gällande vad som ska ingå i begärd ersättning samt pris-sättning av restider.

En upphandlande myndighet kan fritt utforma förfrågningsunderlaget utifrån sina behov under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Det finns inte skäl att ifrågasätta utformningen av hur resekostnader för personal till/från respektive arbetsplats/uppdrag har utformats; nämligen genom att sådan ersättning ingår i begärd ersättning från leverantörerna. Skrivningen är transparent och det framkommer inte annat än att utformningen i sammanhanget är lämplig, effektiv och nödvändig och varken ingripande alternativ oproportionerlig eller överdriven. Förfrågningsunderlaget i denna del kan inte heller anses vara utformad i strid med LOU eller de unionsrättsliga principerna till följd av att det skulle ha använts så kallade takpriser.

Ansvars- och varuförsäkring

Bolaget utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

I upphandlingen finns villkor avseende varuförsäkring i avsnitt 5, "Avtalsförlaga" punkten Försäkringar. Det existerar inga nivåer för varuförsäkringen. De villkor som gäller är enligt förfrågningsunderlaget "sedvanliga försäkringsvillkor". Det anges inga nivåer vad gäller belopp i svenska kronor i förfrågningsunderlaget. Bolaget är nuvarande leverantör på ramavtalet. Avgränsningen mellan ovan nämnda ansvarsförsäkring och den varuförsäkring som staden också hänvisat till i avsnitt Försäkringar har varit en betydande fråga under innevarande avtalsperiod. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur det transportöransvaret om minst 30 prisbasbelopp per skada under rubriken Ansvarsförsäkring förhåller sig till villkoren under rubriken Varuförsäkring. Varuförsäkringar kan variera stort i vilket försäkringsskydd som erbjuds respektive bolag.

Det är av vikt för potentiella leverantörer att försäkringsvillkoren är något tydligare än endast angivelsen "sedvanliga försäkringsvillkor". Att under aktuella omständigheter inte tydligt ange innehållet i varuförsäkringar uppfyller inte det krav på transparens som LOU ställer upp. Detta eftersom det inte är möjligt att räkna på riskerna och därmed inte möjligt att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet. Att staden har svarat på samtliga inkomna frågor gällande försäkringar i upphandlingen befriar inte staden från dess skyldighet att följa de grundläggande principerna.

Staden utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande

I förfrågningsunderlaget anges i punkten 5 Avtalsförlaga Mall under rubriken "Försäkringar", att leverantören ska teckna dels en ansvarsförsäkring dels en varuförsäkring. Ansvarsförsäkringen avser allmänt ansvar för person- och sakskada samt Transportöransvar. Varuförsäkringen avser en objektsförsäkring avseende gods eller bohag. Det framgår således tydligt

av förfrågningsunderlaget att ansvarsförsäkring och varuförsäkring inte utgör samma slag av försäkring och avser att skydda olika saker. Av förfrågningsunderlaget framgår att de försäkringar som anges ska tecknas med sedvanliga försäkringsvillkor. Staden efterfrågar inte pris på varuförsäkringen i upphandlingen. Som framgår av prisbilagan är varuförsäkring en post som inte ska prissättas i upphandlingen varför det inte heller är nödvändigt att ange några nivåer. Varuförsäkringen ska tecknas på stadens begäran. Det är först vid en begäran avseende varuförsäkring för ett visst bohag eller gods som ett eventuellt försäkringsbelopp kan preciseras. Det rör sig således inte om en försäkring som på förhand ska omfattas av anbudsgivarens försäkringsskydd.

Varuförsäkringen är ett tillval som kan efterfrågas av hyresgästen. Tecknandet sker endast på begäran, på stadens kostnad och under förutsättning att leverantörens försäkringsgivare accepterar att teckna en sådan försäkring. Eftersom det är ett tillval och inte ingår i leverantörens anbudspris så brister det inte i transparens att det inte framgår någon omfattning i upphandlingsdokumenten.

Varuförsäkring är en på transportmarknaden mycket vanlig försäkring och kan tecknas i en stor mängd bolag. Termen sedvanliga försäkringsvillkor är vedertagen och beskriver de krav i 2 kap. 4 § och 8 kap. 1 § försäkringsavtalslagen som anger att en försäkringsgivare ska lämna information om villkor som avviker från gängse villkor på marknaden. Under anbudstiden ställdes inte någon fråga om vad som avses med sedvanliga försäkringsvillkor för varuförsäkring.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Bolaget gör gällande att staden har brustit i sitt upphandlingsförfarande genom att förfrågningsunderlagets avsnitt Försäkringar i vissa angivna delar inte uppfyller kraven på transparens. Bolaget har dock inte genom sin

argumentation kunnat visa att så är fallet. Således saknas skäl för ingripande enligt LOU även på denna angivna grund.

Slutsats

Sammanfattningsvis ska således bolagets ansökan om ingripande med stöd av LOU, inkluderat bolagets ifrågasättande av övriga anbudsgivares förklaringar om onormalt låga anbudspriser, avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Eva Blom

Rådman

Anna Cederberg har handlagt målet.



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.

