

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

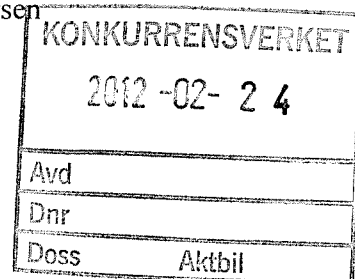
DOM
 2012-02-24
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 826-12
 Enhet 13

SÖKANDE

City Trafik i Stockholm AB, 556373-5041

Ombud: jur. kand. Ulrika Eriksson och jur. kand. Maria Pedersen
 Advokatfirman Pedersen AB
 Box 3462
 103 69 Stockholm



MOTPART

AB Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683
 Lindhagensgatan 100
 105 73 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 210358

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND M.M.

AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) ansvarar, enligt uppdrag från landstingsfullmäktige, för att färdtjänst anordnas inom Stockholms län och genomför en upphandling av specialfordons- och rullstolstaxitransporter utan kundval. Upphandlingen genomförs som en upphandling med öppet förfarande enligt LOU. Sista dagen för anbudsinslämnande var den 13 januari 2012.

YRKANDEN

City Trafik i Stockholm AB (City Trafik) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

SL bestrider bifall till City Trafiks ansökan.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

City Trafik har som grund för sitt yrkande anfört att upphandlingen står i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet samt att den är konkurrensbegränsande. Till stöd för sin talan har City Trafik i huvudsak anfört följande.

Kravet avseende visst antal fordon

I förfrågningsunderlaget daterat den 22 november 2011 framgår att SL uppställt krav på att anbudslämnare vid anbudstillfället ska ha minst 15 fordon. Förfrågningsunderlaget publicerades den 21 november 2011. Sista dag att lämna anbud var den 13 januari 2012. Kravet är varken en lämplig eller effektiv åtgärd för att uppnå syftet att säkerställa uppdragets utförande. Rimligtvis borde kravet uppfyllas vid tidpunkten för uppdragets utfö-

rande. Kravet som SL uppställt strider mot proportionalitetsprincipen. Investeringarkostnaderna för 20 fordon ligger på ca 12 miljoner kr. Leveranstiden för fordonen är ca sex till sju månader. För en leverantör som inte har erforderlig kapacitet är det inte möjligt att uppnå kravet. Kravet är utformat för att gynna leverantörer som redan har erforderlig kapacitet och det utesluter andra leverantörer. För att uppfylla SL:s krav avseende fordonspark, oavsett om fordonen ska innehas vid anbudsinlämnandet eller om det är tillräckligt med detaljerade fordonsuppgifter med leveransdatum, krävs således att anbudsgivarna, utan att veta om de kommer att tilldelas kontraktet, binder sig för att köpa fordon redan vid avgivandet av anbud. Det hade varit proportionerligt om SL hade uppställt krav på att anbudsgivarna i det bindande anbudet garanterat antalet fordon vid avtalsstarten. Det är inte möjligt att beställa nya fordon som ska levereras i tid efter avtalstecknande. Begagnatmarknaden för fordon som är högst sex år gamla är mycket begränsad.

Tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart

Tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart är så kort att leverans av resterande fordon inte hinner ske. Det är inte heller möjligt att på så kort tid rekrytera den personal som behövs. Kravet är därför även i denna del i strid med likabehandlings- och proportionalitetsprincipen.

Utöver City Trafik finns det endast två andra leverantörer på marknaden. De har samma ägare. Det är, mot bakgrund av att offentliga beställare ska verka för konkurrens anmärkningsvärt, att SL förespråkar att City Trafik ska ansluta sig till dessa två leverantörer. Den leverantör som SL tecknar avtal med har ca tre månader att anställa personal och göra erforderliga investeringar. Mot bakgrund av de långa leveranstiderna på fordonen är denna tid inte tillräcklig.

Avtalsperioden

Investeringskostnaderna för att kunna genomföra uppdraget uppgår till ca 12 miljoner kronor exklusive kostnader för personal m.m. Den korta avtalsperioden i förhållande till de omfattande investeringar som krävs är inte proportionerliga. Dessutom hämmar den korta avtalstiden i förhållande till de stora investeringskostnaderna konkurrensen och gynnar de leverantörer som redan finns på marknaden och leverantörer som i dagsläget innehar aktuellt avtal med SL. Upphandlingen strider således även i denna del mot principerna om proportionalitet och likabehandling. Det är ensidigt upp till SL att avgöra om avtalet kommer att förlängas. Avtalstiden kommer att förkortas väsentligt vid en överprövning.

SL har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande. De, i förfrågningsunderlaget, uppställda kraven strider varken mot LOU eller mot de grundläggande principerna som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU. Någon grund för ingripande enligt LOU finns därmed inte. De, av City Trafik, angivna faktiska omständigheter, tidsangivelser och belopp är delvis inte styrkta, delvis inte korrekta.

Kravet avseende visst antal fordon

Av anbudsformuläret framgår att anbudsgivarna inte behöver lämna anbud avseende det totala antalet transporter som omfattas av upphandlingen utan SL accepterar att anbudsgivare lämnar anbud avseende 25, 50, 75 eller 100 % av uppdraget. SL kräver inte att samtliga fordon ska innehas vid anbudsinlämnandet. Tvärtom anges tydligt i kravspecifikationen att SL, i det fall fordon måste anskaffas inför avtalsstarten, accepterar ”detaljerade fordonsuppgifter med leveransdatum samt eventuellt uppgift om vilken transportör som avser genomföra anskaffning”. Det är således tillräckligt att anbudsgivaren kan visa att denne kommer att ha kapacitet, t.ex. genom att visa att det föreligger en beställning av ett visst antal fordon, antingen

av anbudsgivaren själv eller av denne anlitad underentreprenör. Något krav på att anbudsgivaren ska visa att denne är civilrättslig ägare av dessa fordon uppställs överhuvudtaget inte. Anledningen till att SL har ställt upp ett krav på att anbudsgivare redan vid tidpunkten för anbudsinlämnande ska kunna visa att denne har säkrat upp en viss kapacitet för fullgörandet av uppdraget är att SL:s långa erfarenhet inom branschen har visat att SL utan sådant krav utsätter sig för risk att anbudsgivaren inte kommer att klara sitt åtagande enligt avtal vid avtalsstart. Risken är ytterst att den personkrets som transporttjänsten upphandlas för inte kommer att ha tillgång till transporttjänsten vid avtalsstart. Det är inte tillräckligt att en anbudsgivare lovar att kapacitet kommer att innehas vid avtalsstart. SL anser att det är av yttersta vikt och fullt rimligt att SL redan vid anbudsinlämnande måste kunna kontrollera att anbudsgivaren förfogar över den begärda kapaciteten som sedan, i förekommande fall, får kompletteras till avtalsstart. Det är mot denna bakgrund och tidigare erfarenheter med anbudsgivare som utlovat men inte kunnat infria löftet om viss transportkapacitet vid avtalsstart som skullkravet är uppställt. Kravet kan uppfyllas genom att leverantören t.ex. anlitar underentreprenörer. Det är vanligt att mindre leverantörer ansluter sig till en gemensam telefonväxel dit kunder kan ringa och boka sin resa (s.k. beställningscentral) och/eller ingår samarbetsavtal med varandra eller större aktörer för att kunna vara konkurrenskraftiga på marknaden och avge gemensamma anbud under en paraplyorganisation. Små företag har således möjlighet att inkomma med anbud. Det är tillräckligt att anbudsgivaren visar att ett visst antal fordon finns till anbudsgivarens förfogande vid anbudsinlämnande respektive vid avtalsstart. Det är fullt möjligt att beställa fordon. City Trafiks påståenden angående leveranstid är felaktig.

Tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart

Tiden från förfrågningsunderlagets publicerande i november 2011 respektive planerat datum för undertecknande av avtalet i januari 2012 och planerad avtalsstart i maj 2012 är tillräckligt lång för att alla nödvändiga förbe-

redelser ska kunna ske i tid. SL hänvisar i denna del därutöver till möjligheten att anlita underentreprenör. Sedan Högsta Förvaltningsdomstolen beslutat att inte meddela prövningstillstånd i överprövningsmålet avseende den tidigare upphandlingen av specialfordons- och rullstolstransporter har arbetet med nuvarande upphandling pågått. Nuvarande avtalssituation bygger på tillfälligt upphandlade kontrakt för att säkerställa leverans av transportsituationen. Det ligger i SL:s och skattebetalarnas intresse att denna lösning inte blir mer långvarig än nödvändigt och det åligger SL att upphandla avtalen i konkurrens snarast möjligt.

Avtalsperioden

Avtalsperioden uppgår till minst ett år och fem månader och högst till fyra år och fem månader. SL har gjort ett affärsmässigt övervägande gällande avtalstiden och bedömt vilken tid som är lämplig med hänsyn till övriga avtal inom verksamheten samt verksamhetens behov i övrigt. Det är SL såsom upphandlande myndighet som har att avgöra vilken avtalstid som passar verksamhetens behov. SL har inte skyldighet att utforma sina upphandlingar på sådant sätt att de passar varje tänkbar anbudsgivare oavsett storlek eller förutsättningar att klara aktuellt uppdrag. Det är av yttersta vikt att avtalslängden i upphandlingen anpassas till befintlig avtalsstruktur. SL är inte skyldiga att utforma avtalslängden på sådant sätt att samtliga potentiella anbudsgivare på marknaden kan avge anbud. Det räcker att tillräcklig konkurrens uppnås.

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

Under rubriken ”2.2.2. Anbudets omfattning” i upphandlingsföreskrifterna till förfrågningsunderlaget anges följande.

Leverantören skall ange andel av uppdraget som anbudet avser. Leverantören har möjlighet att lämna anbud avseende 25, 50, 75 eller 100 procent av uppdraget.

Under rubriken ”2.4.2. Transportörs- och fordonsförteckning” i upphandlingsföreskrifterna till förfrågningsunderlaget anges följande.

Leverantören skall i anbudet bifoga en transportörs- och fordonsförteckning över fordon som ska användas i uppdraget. Fordonsförteckningen ska åtminstone omfatta transportörens firma och organisationsnummer, fordonens registreringsnummer, bilmodell, årsmodell, miljöklass samt bränsletyp.

I det fall leverantören eller enskild transportör avser införskaffa fordon inför avtalsstarten ska detta tydligt anges med detaljerade fordonsuppgifter med leveransdatum samt eventuellt uppgift om vilken transportör som avser genomföra anskaffningen.

För uppdraget i sin helhet krävs en fordonspark om minst 60 fordon vid anbudstillfället och minst 80 fordon vid avtalsstart. Vid anbud avseende en viss andel av uppdraget minskas kravet om antal fordon till motsvarande nivå.

I punkt 1.4 i avtalsutkastet anges följande.

Avtalet gäller från och med 2012-05-01 till och med 2013-09-30 med möjlighet till en eller flera förlängningar längst till och med 2016-09-30.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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. Om upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Utgångspunkter för bedömningen

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlade parten inom ramen för upphandlingen åsidosatt eller brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Det är vad sökanden anför som är avgörande för prövningen.

Den aktuella upphandlingen avser färdtjänstresor med specialfordon. City Trafik har anfört att upphandlingen strider mot de grundläggande principerna enligt LOU på så sätt att det har varit oproportionerligt, i strid med likabehandlingsprincipen och konkurrensbegränsande att 1) uppställa krav på att anbudsgivaren måste ha tillgång till ett visst antal fordon vid tidpunkten för anbudsinlämnandet, 2) att tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart är för kort för att leverans av nya fordon ska kunna ske och 3) att avtalstiden inte står i proportion till de investeringskostnader som måste göras.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Vid en prövning av om proportionalitetsprincipen eftersatts kan en strukturerad avvägning mellan motstående intressen genomföras enligt följande. För det första bedöms om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje bedöms om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en ifrågasatt åtgärd är i enlighet med proportionalitetsprincipen.

Kravet avseende visst antal fordon

SL har anfört att kravet har uppställts för att säkerställa att anbudsgivaren kommer att klara sitt åtagande vid avtalsstart och att SL ska veta om anbudsgivaren kommer att förfoga över det antal fordon som fordras. Förvaltningsrätten finner att kravet på antal specialfordon är kopplat till det som upphandlas och att åtgärden är lämplig och effektiv för att säkerställa att fordonen finns att tillgå vid avtalsstart. Kravet kan inte anses vara så ingripande för anbudsgivare att det funnits skäl för SL att välja en mindre ingripande åtgärd. Kravet bedöms slutligen heller inte ha haft sådan negativ effekt på konkurrensen att det kan anses vara oproportionerligt.

Det är ofrånkomligt att de leverantörer som uppfyller kraven utan investeringsåtgärder eller andra förberedelser har vissa fördelar jämfört med leverantörer som måste göra sådana investeringar och förberedelser. I detta fall kan, enligt förvaltningsrättens bedömning, kravet inte anses vara utformat i syfte att favorisera en eller ett par särskilda leverantörer. Kravet är inte oproportionerligt eller i strid mot någon av de andra principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart

Härefter övergår förvaltningsrätten till att pröva om tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart har varit rimlig på så sätt att leverantörer har haft möjlighet att vidta nödvändiga förberedelser och investeringar. Förfrågningsunderlaget fanns tillgängligt från den 21 november 2011. Sista dag för anbudsinlämning var den 13 januari 2012 och startdatum för avtalsperioden är satt till den 1 maj 2012. Tilldelningsbeslut har ännu inte meddelats. Frågan är här om de utsatta tidsfristerna gynnar nuvarande kontraktsinnehavare eller stora leverantörer på ett sådant sätt att likabehandlingsprincipen eller någon av de andra gemenskapsrättsliga principerna åsidosätts. Det kan inledningsvis konstateras att det nu aktuella förfrågningsunderlaget är upprättat som en följd av att förvaltningsrätten, vars dom inte

ändrades av kammarrätten, tidigare har förordnat att upphandlingen ska göras om. Även i det målet var City Trafik sökande part. Att upphandlingen skulle komma att företas har således varit bekant för båda parter. Vid den nu aktuella avvägningen måste samtidigt beaktas att det ska vara möjligt för anbudsgivare att förbereda sig genom att t.ex. företa nödvändiga investeringar samt att det normalt finns viktiga ekonomiska incitament för såväl en upphandlande myndighet som en leverantör att inte ha ett alltför utdraget upphandlingsförfarande. Förvaltningsrätten finner att en tid om fyra månader framstår som rimlig. Det ska i sammanhanget noteras att förfrågningsunderlaget även erbjudit anbudsgivare andra möjligheter än att införskaffa fordonen. Tidsperioden får även anses ha lämnat utrymme för en överprövning av upphandlingen.

Avtalsperioden

Slutligen prövar förvaltningsrätten om avtalstiden står i proportion till de investeringskostnader som måste göras. Den kortast erbjudna avtalstiden är 17 månader. Därutöver kan avtalet komma att förlängas. Den upphandlande aktören har själv att identifiera sitt behov. I det ligger även en möjlighet att utforma avtalets löptid. Förvaltningsrätten finner inte att tiden är oproportionerlig i förhållande till vad som upphandlas samt till vilka förberedelser och vilka investeringar som kan komma att behöva göras.

Avslutande bedömning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte anledning att ingripa mot upphandlingen enligt LOU. Ansökan ska avslås.

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

Madeleine Benndorf

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Erik Sinander.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.