



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Lena Palmér

DOM
2011 -11- 16
Meddelad i
Malmö

Mål nr
9452-11E

SÖKANDE

Östervärns Express AB, 556636-3155
Stenyxegatan 34
213 76 Malmö

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Östervärns Express AB:s begäran om ingripande enligt LOU och förordnar att Malmö stads upphandling av "Livsmedelstransporter" (dnr 11-50) ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2011 -11- 17	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 82677

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Malmö stad genomför en upphandling benämnd ”Livsmedelstransporter” (dnr 11-50). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen ska leda till att ramavtal tecknas med en eller flera leverantörer. I tilldelningsbeslut den 27 september 2011 har Bring Express Sverige AB tilldelats uppdraget.

Östervärns Express AB begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs, i vilken Östervärns Express AB:s anbud får delta. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Till grund för talan anförs i bl.a. följande. I enlighet med LOU får en upphandlande myndighet tillåta en anbudsgivare att rätta en uppenbar felskrivning eller annat uppenbart fel i anbudet. Den möjligheten gavs av Malmö stad den 12 september 2011. Det är helt korrekt att Östervärns Express AB hade missat att skiva in sex stopp inom sex områden med totalt 209 stopp. Det är således en ringa del som saknas i proportion till det totala antalet stopp. I bolagets komplettering/förtydligande den 14 september 2011 var dessa adresser inlagda. Anbudet var därmed komplett och kan gå vidare till utvärdering. Det ifrågasätts varför bolagets anbud inte har utvärderats avseende de övriga områden där korrekt turordning har angivits. Vidare har tilldelningsbeslutet inte skickats ut till Östervärns Express AB utan istället till det företag som hjälpt bolaget att lämna in anbudet.

Avtalstiden är inte i enlighet med LOU. Avtalet är tre år, 2012-01-09 – 2014-12-31 med möjlighet till förlängning upp till tre år, vilket innebär totalt sex år. Några särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år finns inte. Några investeringar speciellt för transporter enligt detta avtal krävs inte. Denna typ av transporter skiljer sig inte från gängse transportuppdrag som en transportfirma

har. Fordonen kommer att vara uppbundna med livsmedelstransporter från ca kl. 10.00 – 12.00 fem dagar per vecka under skoltid, med undantag för Krone-
torps äldreomsorg där det även finns en servering kl. 16.15 varje veckodag. Därefter är fordonen disponibla för övriga transporter. Det finns nog inget transportbolag som kan investera i fordon för just detta uppdrag utan det blir ett komplement till och ett merutnyttjande av befintliga fordons transportuppdrag.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Staden har genomfört upphandlingen helt och hållet i enlighet med bestämmelserna i LOU och de grundläggande principer som framgår av 1 kap. 9 § LOU. Sökanden lider inte och riskerar inte att lida skada på grund av bristande uppfyllnad avseende två obligatoriska krav. Den bristande uppfyllelsen avser anbudets redovisning avseende fasta leveranstider samt stoppangivelser avseende fyra turområden, nr 1,3,4 och 6. Frågan Staden ställde var inte en begäran om komplettering utan skulle endast säkerställa Stadens bedömning att sökandens anbud inte uppfyller obligatoriskt krav avseende redovisning av stopptider. Begäran om förtydligande och/eller komplettering av uppgifter har som syfte att konkretisera redan befintliga uppgifter. Stadens tolkning är att det framgår av LOU samt rättspraxis att det inte är möjligt att genom komplettering/förtydligande kompensera för anbudets bristande uppfyllelse av obligatoriska krav.

Staden anser att beslutad avtalstid, dvs. tre år samt option motsvarande maximalt tre år är nödvändig. Upphandlingar, omfattande tjänster som de aktuella kräver omfattande investeringar, vilka behöver en längd avseende avtalstid som garanterar avskrivning av erforderliga investeringar. Staden har ett ansvar för att leverantörer som agerar på en aktuell marknad har möjlighet att delta vid en upphandling som den aktuella. Små och mellanstora företag ska om möjligt ges förutsättningar att konkurrera om ett upphandlingskontrakt. Det innebär att anbudsgivare med olika förutsättningar ska kunna fatta beslut om

investeringar avseende en tjänst som den aktuella. En nyetablerad leverantör kan med säkerhet ha behov av att investera på ett annat sätt än en leverantör som varit etablerad på marknaden under lång tid. Avtalstiden är därför både rimlig och nödvändig. Det tredje optionsåret kan endast avropas för det fall att nästkommande upphandling blir föremål för överprövning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser mm

LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 är tillämplig i målet.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

I förarbetena (prop. 2006/07:128 s 334) till nämnda paragraf anges bl.a. följande: Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl skall vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. Utredningen har ansett att det är svårt att ange något exempel när bestämmelsen kan tillämpas. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det

kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka skall betala sig under avtalstiden.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Östervärns Express AB gör gällande att Malmö Stad brutit mot LOU genom att inte utvärdera bolagets anbud samt genom att tillämpa en för lång avtals-tid.


Malmö stad har förkastat Östervärns Express AB på den grunden att bolagets anbud inte uppfyllt i förfrågningsunderlaget under punkten 3.2.1 ställda skallkrav gällande att ange fasta leveranstider för stoppen på turerna. Vad Östervärns Express AB anfört och åberopat i denna del om förutsättningarna för Malmö stad att begära rättelse och komplettering beträffande stoppangivelserna för turerna, visar inte att Malmö stad genom att förkasta bolagets anbud agerat i strid med LOU. Vad Östervärns Express AB anfört i denna del utgör därmed inte skäl för ingripande mot upphandlingen.

Den aktuella upphandlingen avser ramavtal av livsmedelstransporter. Malmö stad har bestämt avtalstiden i den aktuella upphandlingen till tre år, 2012-01-09 – 2014-12-31 med möjlighet till förlängning med upp till tre år. Detta innebär att avtalstiden kan komma att uppgå till sex år. Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Det ska röra sig om undantagssituationer för att en längre avtalstid än den lagstadgade ska vara befogad. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att tillräckliga skäl föreligger. Malmö Stad anger som särskilt skäl för den valda avtalstiden att upphandlingar omfattande tjänster som de aktuella kräver omfattande investeringar, varför det krävs en avtalstid som garanterar avskrivning av dessa samt att Staden har ett ansvar för att leverantörer som agerar på en aktuell marknad har möjlighet att delta vid en upphandling som den aktuella. Förvaltningsrätten anser dock inte att vad Malmö Stad har anfört visar att

särskilda skäl föreligger för att tillämpa en avtalstid som överstiger den i 5 kap. 3 § LOU angivna tiden om maximalt fyra år.

Malmö Stad har således genom att tillämpa en otillåtet lång avtalstid brutit mot bestämmelserna i LOU. Östervärns Express AB har till följd härav lidit eller riskerat att lida skada. Grund föreligger därmed för ingripande mot upphandlingen. Eftersom den konstaterade bristen förelåg redan i det konkurrensuppsökandeskedet och inte nu kan rättas måste upphandlingen göras om.

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


Madeleine Westberg



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. 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 vartill 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1B LOU