



KLAGANDE

ÖrnTaxi AB, 556517-1021
Box 127
891 23 Örnköldsvik

Ombud: Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Örnköldsviks kommun
891 88 Örnköldsvik

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

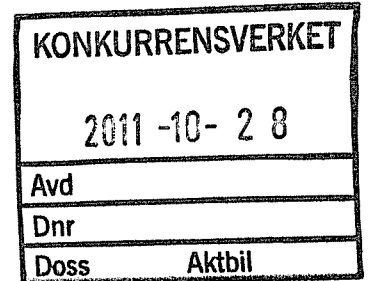
Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 31 augusti 2011
i mål nr 2417-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.



YRKANDEN M.M.

ÖrnTaxi AB (bolaget) överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför. Målet gäller vad som kan anses utgöra skälig implementeringstid i en upphandling av transporttjänster. För att kunna tillhandahålla aktuella tjänster måste vinnande leverantör anskaffa åtta s.k. fastprisbussar och en passagerarbuss med 16 säten. Fordonen ska vara specialutrustade och inte äldre än 6-10 år. Leverantören måste även rekrytera för uppdraget erforderlig personal. Anskaffningarna kan, oavsett om de planeras i god tid, i vart fall inte genomföras förrän undertecknat kontrakt föreligger. När det gäller personalrekrytering föreligger i regel minst en månads uppsägningstid innan personalen kan övergå i ny tjänst. Den frist som gäller i den nu aktuella upphandlingen utgör mellan 16 och 23 dagar från det att undertecknat kontrakt tidigast kan föreligga. Bolaget menar att implementeringsfristen är alltför kort. Detta gynnar tidigare anlita leverantör, som redan besitter erforderlig kapacitet.

Bolaget anför vidare. I frågan om implementeringstidens längd har kommunen, inom ramen för funktionen frågor och svar, före anbudstidens utgång uppgivit att tilldelning kommer att ske snarast efter avslutad prövning, högst en vecka efter anbudstidens utgång. Implementeringstiden är således 16 dagar. Inte heller en implementeringstid på 23 dagar är tillräcklig för leverantörer som inte sedan tidigare utför aktuella tjänster och således inte besitter erforderlig produktionskapacitet. Det förhållandet att kommunens nu aktuella behov av att upphandla de aktuella tjänsterna har varit kända sedan tidigare medför inte att bolaget hade kunnat genomföra investeringar i personal och fordon förrän bolaget genom lagakraftvunnet tilldelningsbeslut försäkrat sig om civilrättsligt bindande kontrakt. Ett avlämnande av anbud innebär ett civilrättsligt åtagande från anbudsgivande leverantör att omedelbart vid den stipulerade kontraktstidens början ha samtliga erforderliga resurser till förfogande i enlighet med upphandlingsförutsättningarna. Det finns inte något krav att leverantörer vid offentlig

upphandling redan på anbudsstadiet ska ha genomfört åtgärder för att tillförsäkra sig erforderlig produktionskapacitet. Den korta implementeringstiden innebär att det brister i likabehandling och proportionalitet till skada för bolaget.

Örnsköldsviks kommun bestrider bifall till överklagandet och anför. Den implementeringstid som är aktuell i ärendet är 22-23 dagar. Den korta implementeringstiden beror bl.a. på den överprövning som bolaget ansökte om avseende upphandling av transporttjänster som påbörjades under december månad 2010 med sista anbudsdag den 1 januari 2011. Implementeringstiden är kort på grund av att kommunen vill minimera och begränsa inverkan på konkurrensen. Kommunen har direktupphandlat tjänsten på ett korttidsavtal med den entreprenör som tidigare haft avtalet i väntan på att ifrågavarande upphandling vinner laga kraft. Upphandlingen rör transporttjänster i form av transporter av elever till och från särskola och fritidsverksamhet m.m. Detta är uppgifter som ligger inom den kommunala kompetensen. Det är allmännyttiga tjänster som måste utföras enligt lag. Kommunen anser det egendomligt att bolaget inte anser sig ha haft möjlighet att lämna anbud i den aktuella upphandlingen på grund av den korta tidsfristen. Bolaget har inte lämnat något anbud trots att bolaget under lång tid vetat om att den aktuella upphandlingen skulle bli av. Kommunen har fått in andra anbud, som uppfyllde kraven, från leverantörer som har haft samma förutsättningar som bolaget. Bolaget har inte diskuterat frågan om eventuella investeringar med sina medlemmar, vilket gör att det framstår som tveksamt om bolaget är intresserat av uppdraget. Kommunen har vid en kontroll på Internet funnit flera fordon som uppfyller kraven i upphandlingen. Implementeringstiden får anses som skälig eftersom det inkommit andra kompletta anbud. Föremålet för upphandlingen är inte så omfattande att det kan jämföras med tidigare avgöranden i praxis. Det är inte möjligt att göra en jämförelse mellan fastprisbussar och tvätteritjänster. I bedömningen av om tiden är skälig måste beaktas de intressen som kommunen och tredje man har av att tjänsten blir utförd. Sammantaget anser kommunen att den

inte på något sätt brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan EU-rättslig grundprincip.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE




Frågan i målet är om den avsatta tiden mellan upphandlingens avslutande och avtalsstart anpassats så att andra än nuvarande leverantör haft möjlighet att vinna upphandlingen.

En leverantör får förväntas ha viss beredskap genom befintlig verksamhet så att vissa förberedelseåtgärder kan vidtas redan på anbudsstadiet. Tiden för förberedelse måste emellertid också anpassas så att en presumtiv leverantör i tillräcklig utsträckning har möjlighet att förbereda de investeringar och andra omställningar som följer av avtalet. Vid bedömningen av den avsatta tidens längd bör särskilt beaktas upphandlingens art, omfattning och komplexitet.

Under andra halvåret 2010 inledde Örnsköldsviks kommun en upphandling som i huvudsak omfattade samma tjänster som den nu aktuella. Kommunen fattade tilldelningsbeslut den 24 februari 2011. Bolaget ansökte om överprövning av beslutet. Förvaltningsrätten beslutade i dom den 26 maj 2011 (mål nr 758-11) att upphandlingen skulle göras om. Bolaget har således under relativt lång tid haft kännedom om upphandlingen, att den skulle göras om och att ett nytt förfrågningsunderlag skulle utarbetas. Enligt uppgift från Örnsköldsviks kommun har anbud som uppfyllde kraven lämnats också av en annan leverantör än den nuvarande leverantören. Bolaget har inte närmare utvecklat på vilket sätt fristen omöjliggjort för bolaget att lämna anbud. Det framgår inte heller att bolaget överhuvudtaget gjort några förberedelser för att kunna uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till de redovisade omständigheterna och då upphandlingen inte kan anses ha sådan omfattning och komplexitet att en längre införandetid

varit nödvändig konstaterar kammarrätten att upphandlande myndighet inte kan anses ha brutit mot likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna. Det har inte heller i övrigt framkommit skäl att ändra den överklagade domen. Bolagets överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

		
Annika Sandström kammarrättslagman ordförande	Elsa Nihlén kammarrättsråd referent	Charlotte Waas kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND

DOM
2011-08-31
Meddelad i
Härnösand

Bilaga A

1

Mål nr
2417-11 E

SÖKANDE

ÖrnTaxi AB, 556517-1021
Box 127
891 23 Örnköldsvik

Ombud: Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Örnköldsviks kommun
891 88 Örnköldsvik

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ÖrnTaxi AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 25796

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Örnsköldsviks kommun har inlett upphandling benämnd Transporter, dnr A11-054F. Något tilldelningsbeslut har inte fattats.

ÖrnTaxi AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Av förfrågningsunderlaget framgår bland annat följande.

Upphandlingen rör transporttjänster i form av transporter av: elever till och från särskola och fritidsverksamhet; brukare till och från daglig verksamhet inom handikappomsorgen; mat och i viss mån post (punkten 1.3).

Behovet omfattar nio stycken "fastprisbussar". Dessa fordon ska utföra de transporter som beställarens ombud planerar. Fordonen ska vara utrustade för att på ett komfortabelt sätt lasta och lossa samt transportera minst två rullstolsbundna passagerare. Även matvagnar ska kunna transporteras i fordonen. Samtliga fordon ska vara utrustade med alkollås. Ett av fordonen ska kunna transportera minst 16 sittande passagerare. Utöver dessa fordon finns behov av ytterligare fordon, s.k. kompletteringsfordon, för transporter under de tider på dygnet då behovet är som störst. Under avtalstiden kan behovet av antal fordon förändras. Personalen ska vid avtalsstart samt minst två gånger årligen genomgå utbildning/information som beställaren tillhandahåller (punkten 1.4).

Kontrakt tecknas genom ramavtal och gäller för perioden den 15 september 2011 – den 1 augusti 2014, med möjlighet till ett års förlängning (punkten 2.2).

Referenser som beskriver leveranser/uppdrag av motsvarande omfattning kan begäras in från leverantören. Örnsköldsviks kommun kan, oavsett om referenser begärts in eller inte, komma att ta egna referenser (punkten 3.1).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

I 16 kap. 5 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Skriftväxlingen i målet

Bolaget har i sin ansökan anfört bland annat följande.

Efter tilldelning fordras att vinnande anbudsgivare, såvitt denne inte är en redan tidigare anlitad leverantör, genomför investeringar i form av materialanskaffning och personalrekrytering för att vid tidpunkten för angiven avtalsstart besitta tillräcklig kapacitet för kontraktets fullgörande. – Även om bolaget kan förväntas ha viss beredskap genom befintlig verksamhet, och vissa förberedelseåtgärder har kunnat vidtas redan på anbudsstadiet, menar bolaget att tiden för förberedelse inte har anpassats så att bolaget som ny potentiell leverantör i tillräcklig utsträckning beretts möjlighet att företa de nödvändiga investeringar som kan följa av att anbud lämnas till kommunen.

Kommunen har i yttrande i förvaltningsrättens mål nr 758-11 svarat att andrahandsmarknaden för de fordon som krävs för att kunna tillhandahålla de efterfrågade tjänsterna är näst intill obefintlig. Fordonen kräver rullstolsliftar, specialinredning och dylikt. På grund av de miljökrav som kommunen ställer på fordonen, finns nästan inga begagnade fordon som kan tänkas accepteras av kommunen.

Kommunen har genom ett meddelande om upphandling som den 1 juli 2011 skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, infortrat anbud. Även för det fall att inkomna anbud snabbvärderas, kunde upphandlingen ha avslutats som tidigast den 23 augusti 2011. Den s.k. implementeringstiden – dvs. den tid som har avsatts mellan upphandlingens avslutande och angiven avtalsstart och under vilken den vinnande anbudsgivaren har att inrätta sig i enlighet med det tilldelade kontraktet – uppgår därmed till maximalt 23 dagar. Tiden kan vara ännu kortare, 16 dagar, då kommunen som svar på fråga från bolaget uppgett att tilldelning skulle komma att ske snarast efter avslutad prövning, och högst en vecka efter anbudstidens utgång.

Den korta tid som har lämnats anbudsgivare för erforderliga förberedelser har gynnat nuvarande leverantör i strid med likabehandlingsprincipen. Bolaget har av det skälet ansett sig förhindrat att lämna anbud i upphandlingen, varigenom bolaget har lidit skada.

Enligt punkten 3.1 i förfrågningsunderlaget kan referenser som beskriver leveranser/uppdrag av motsvarande omfattning komma att begäras in från leverantören. Kommunen kan vidare, oavsett om referenser begärts in eller inte, komma att ta egna referenser. Eftersom upphandlingen ska avgöras enbart med ledning av lägsta pris och det i underlaget inte framgår några krav på vad som ska styrkas med referensomdömena saknar den aktuella

föreskriften relevans med avseende på den värdering som ska genomföras. Detta medför att underlaget inte uppfyller kravet på transparens. Vidare strider kravet på referenser mot principen om proportionalitet.

Kommunen har i svar anfört bland annat följande.

Bolagets påstående att implementeringstiden är kort är riktigt. Tiden kan bli så kort som 16 dagar. Den korta implementeringstiden beror på överprövning efter ansökan av bolaget avseende upphandling som påbörjades under december 2010, med sista anbudsdag i januari 2011. Den del av den upphandlingen som den nu aktuella upphandlingen avser lämnade aldrig bolaget något anbud i. Kommunen har ansett sig tvungen att genomföra en direktupphandling. För att minimera inverkan på konkurrensen har förlängningen gjorts så kort som möjligt.

De tjänster som upphandlingen avser är allmännyttiga och måste utföras. Vid en bedömning av om implementeringstiden är för kort eller inte, ska leverantörernas intresse av en längre förberedelsestid vägas mot kommunens och tredje mans intresse av att tjänsterna blir utförda.

Implementeringstiden är inte så kort att bolaget inte kunnat, om vilja och intresse funnits, ta över uppdraget. Bolaget har haft lång tid på sig att förbereda uppdraget. Med användning av internettjänsten "Blocket" har kommunen funnit 25 fordon, allt från årsmodell 1998 till 2010, med utrustning för rullstolstransporter. Nuvarande entreprenör har även en vagnpark och chaufförer som bolaget kan tänkas kunna disponera, då andra kunder saknas för de typer av transporter som det rör sig om.

Kommunen kan i egenskap av upphandlande myndighet ta in referenser avseende presumtiva entreprenörer i informationssyfte. Informationen kan t.ex. nyttjas för att planera beställarens insatser när avtal kommit igång.

Referenserna kommer inte användas vid leverantörskvalificeringen eller i anbudsutvärderingen.

Kommunen har inte brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon av de andra EU-rättsliga principerna. Vidare kan enligt kommunens mening bolaget inte anses ha påvisat någon uppkommen skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Den tid som leverantörer har på sig att efter det att avtal ingåtts förbereda sin verksamhet så att tjänsterna som upphandlingen avser kan tillhandahållas från och med i förfrågningsunderlaget angivet datum är kort.

För att kommunen ska anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen i detta avseende krävs dock, enligt rättsens mening, att den därigenom otillbörligt gynnat en leverantör framför en annan. Bolaget har i denna del påtalat att kommunen gynnat den leverantör med vilken den tidigare tecknat avtal om motsvarande tjänster, och får här anses mena att denna leverantör – till skillnad från bolaget – redan har gjort nödvändiga investeringar för att kunna tillhandahålla tjänsterna i målet från och med den 15 september 2011, som är det datum som angetts i förfrågningsunderlaget. Vidare har påtalats att bolaget ansett sig förhindrat att lämna anbud i upphandlingen på grund av den korta tiden för förberedelse.

Vad gäller frågan om otillbörligt gynnande av leverantör så kan noteras att en upphandlande myndighet förfogar över föremålet för en upphandling, och således bestämmer omfattningen av t.ex. den tjänst som efterfrågas. I detta ligger att det finns en möjlighet att den upphandlande myndigheten bestämmer omfattningen av tjänsten på ett sådant sätt att varje leverantör inte har möjlighet att tillhandahålla det som efterfrågas, utan att myndigheten för den sakens skull kan anses bryta mot principen om likabehandling av leverantörer. Å andra sidan får beaktas att en leverantör

inte behöver ha full kapacitet att tillhandahålla den efterfrågade tjänsten förrän senast vid den tidpunkt som avtalas om mellan leverantören och den upphandlande myndigheten, och därför torde ha ett visst intresse av att kunna få göra förberedelser med anledning av att leverantören tilldelas kontrakt.

Vid en samlad bedömning finner rätten att bolaget inte kan anses ha visat att kommunen genom vad som bestämts om tiden för tillhandahållande av aktuella tjänster brutit mot 1 kap. 9 § LOU.

Här har beaktats att upphandlingen inleddes, enligt uppgift från bolaget, den 1 juli 2011 och att tjänsterna ska tillhandahållas från och med den 15 september 2011. Såvitt framkommit har bolaget även haft viss kännedom om att kommunen avsett att upphandla tjänsterna redan innan den 1 juli 2011, möjligen så tidigt som i december 2010.

Mot den bakgrunden får bolaget anses ha haft gott om tid att förbereda sin verksamhet för att kunna tillhandahålla tjänsterna i sådan utsträckning som kan krävas före det att avtal ingås. Bolaget får dock anses ha ett berättigat intresse av att få tid för förberedelse av verksamheten även efter denna tid. Annars kan fråga anses vara om en omständighet som kan verka avskräckande för leverantörer att lämna anbud i upphandlingen. Enligt rättens mening är dock inte föremålet för upphandlingen så omfattande att andra leverantörer med större kapacitet, och möjligtvis bättre organisation, än bolaget hade avskräckts av den omständigheten att tjänsterna ska tillhandahållas redan den 15 september 2011. Även om bolaget inte anser sig ha möjlighet att för egen del vidta nödvändiga åtgärder för att kunna tillhandahålla tjänsterna senast detta datum, medför detta således inte att kommunen därigenom kan anses ha otillbörligt gynnat annan leverantör. Vad bolaget anfört i målet om svårigheterna att förbereda verksamheten, t.ex. genom inköp av anpassade fordon, föranleder inte annan bedömning.

Då rätten sammanfattningsvis funnit att kommunen inte brutit mot bestämmelse i LOU genom den tid som gäller för leverantörer att förbereda sin verksamhet för att tillhandahålla de tjänster som upphandlingen avser, ska bolagets ansökan avslås i denna del.

Bolaget har vidare påtalat att kommunen genom vad som föreskrivits vid punkten 3.1 i förfrågningsunderlaget brutit mot principerna om proportionalitet och transparens. Det rör sig närmare om vad som angetts om att kommunen angett att referenser kan komma att tas in.

Även om punkten återfinns under rubriken "Krav på anbudsgivaren" i förfrågningsunderlaget, som behandlar krav av betydelse för kvalificering av leverantörer, kan dock utifrån ordalydelsen av vad som angetts vid punkten inte anses följa att kommunen därigenom uppställt krav av betydelse för varken kvalificering eller utvärdering. Även om bolaget kan ha visst fog för att förfrågningsunderlaget på grund av det som anges vid punkten är otydligt, kan inte anses visat att kommunen brutit mot principerna om transparens och proportionalitet. Bolagets ansökan ska därför avslås även i denna del.

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

Geir Nordqvist

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.