



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

DOM
 2013-05-14
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 2035-13

SÖKANDE

Samres AB, 556433-7417
 Kyrkogatan 19
 222 22 Lund

Ombud: Advokat Per Jadelind och jur.dr. Catrin Karlsson
 Amber Advokater Halmstad HB
 Box 363
 301 09 Halmstad

MOTPART

AB Östgötatrafiken, 556038-8950
 Box 1550
 581 15 Linköping

Ombud: Bolagsjurist Jonas Jonsson
 AB Östgötatrafiken
 Box 1550
 581 15 Linköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

KONKURRENSVERKET	
2013-05-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att AB Östgötatrafikens upphandling av regionbeställningscentral (referensnummer 2012/0443) ska göras om.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut om förbud mot att ingå avtal upphör därmed att gälla.

Dok.Id 121261

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND

AB Östgötatrafiken (Östgötatrafiken) genomför en upphandling av regionbeställningscentral i Östergötland, referensnummer 2012/0443. Upphandlingen genomförs som en förhandlad upphandling i enlighet med 4 kap. LUF. Samres AB (Samres) kvalificerade sig för att delta i upphandlingen. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarens regionbeställningscentral vara etablerad i Östergötland och enligt modellavtalet ska verksamheten bedrivas i för verksamheten lämpliga lokaler med lokalisering i Östergötland.

ANSÖKAN OM ÖVERPRÖVNING M.M.

Samres AB (Samres) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att kravet på att regionbeställningscentralen måste vara etablerad i Östergötland tas bort.

Östgötatrafiken yrkar att förvaltningsrätten avslår Samres begäran om överprövning.

Förvaltningsrätten har i beslut den 25 mars 2013 bifallit Samres yrkande om att Östgötatrafiken inte får ingå avtal innan något annat bestämts.

PARTERNAS ARGUMENTATION

Samres

Upphandlingsreglerna syftar till att upphandlingar ska ske med tillvaratagande av de konkurrensmöjligheter som finns. Även om en upphandlande enhet har en relativt stor frihet när den ställer upp krav i ett upphandlingsförfarande ska de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF iakttas. Kravet att anbudsgivarens regionsbeställningscentral ska vara

lokaliserad till Östergötland (Lokaliseringskravet) står i strid med såväl icke-diskrimineringsprincipen som proportionalitetsprincipen enligt 1 kap. 24 § LUF. Kravet är också i strid med unionsrättens direktiv till grund för nationell lagstiftning om offentlig upphandling då det medför en diskriminering av anbudsgivare från andra EU-länder.

Det framgår av förfrågningsunderlaget punkt 5.3 och punkt 5.4, modellavtalet punkt 2.2 och punkt 2.7 samt svar på publik fråga från den 14 mars 2013 att entreprenören ska erbjuda en regionsbeställningscentral lokaliserad i Östergötlands län. Enligt modellavtalet ska entreprenören se till att utbildad personal med mycket god kännedom om länets geografi alltid finns tillgänglig på regionsbeställningscentralens lokaler i Östergötland.

Lokaliseringskravet gynnar endast det lokala näringslivet och står i strid med bestämmelserna i LUF. Upphandlande enheter ska inte ställa krav som innebär en konkurrensbegränsning. Lokaliseringskravet medför att anbudsgivare som inte avser eller kan etablera en regionbeställningscentral i Östergötland missgynnas på ett otillbörligt sätt med en icke godtagbar begränsning av konkurrensen. Upphandlande enheter ska inte ställa krav som diskriminerar företag i andra länder. Kravet är sålunda ett konkurrensbegränsande krav som står i strid med icke-diskrimineringsprincipen.

Lokaliseringskravet strider även mot proportionalitetsprincipen som innebär att en upphandlande enhet inte får ställa större krav på entreprenören än vad som får anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen.

Den upphandlande myndighetens krav ska enligt upphandlingsrätten stå i proportion till det behov som ska täckas. Av EU-domstolens praxis rörande

proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, det vill säga att det inte finns något mindre ingripande alternativ. En bedömning ska också göras om den negativa effekten som kravet medför är proportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Syftet med lokaliseringskravet uppges vara att personalen ska ha mycket god kännedom om länets geografi. Huvuddelen av resorna som ska beställas via regionsbeställningscentralen är färdtjänst och sjukresor. Den vinnande anbudsgivaren ska driva verksamheten i beställningscentralen med användande av ett planeringssystem som Östgötatrafiken tillhandahåller. Beställning av resa sker genom att kunderna ringer upp ett 0771-nummer utan att veta var beställningscentralen är lokaliserad. Huruvida beställningscentralen är placerad i Östergötland, någon annanstans i Sverige eller utom landets gränser är för kunden fullständigt ointressant. Det viktiga är ett tryggt och bra bemötande av kunderna och deras behov vilket inte är avhängigt regionsbeställningscentralens lokalisering.

Syftet att personalen ska ha mycket god kännedom om länets geografi uppfylls inte lämpligast genom lokalisering av regionsbeställningscentral till Östergötland utan istället genom personalens utbildning och kunskaper. Samres, och andra tänkbara anbudsgivare, har utbildad personal med, för det aktuella uppdraget, mycket goda kunskaper och mycket god lokalkännedom. Det är vidare uppenbart att kunskapen om geografiska förhållanden i hela länet inte är en egenskap som uppstår hos personal av det skälet att entreprenören har sina lokaler i länet.

Lokaliseringskravet kan därmed inte anses vara nödvändigt för syftet att erbjuda personal med god lokalkännedom. Eftersom kravet medför en icke godtagbar begränsning av konkurrensen och eftersom krav på personalens

kompetens är ett betydligt mindre ingripande alternativ än lokaliseringskravet kan det inte heller anses stå i proportion till det eftersträvade syftet.

Uppdraget utförs i dagsläget till huvudsak av företag som inte är lokaliserade i Östergötland. Enligt en omfattande och välgrundad undersökning avseende 2012 var 92 procent av kunderna nöjda med befintlig beställningscentraltjänst. Undersökningen innebar bl.a. att kunderna satte betyg på väntetid, bemötande och sammanfattande betyg på sin beställning av resan. Den personal som svarade i telefon och bokade resorna 2012 hade sina arbetsplatser utanför Östergötland. Resultatet av undersökningen är ytterligare ett stöd för att lokaliseringskravet är i strid med proportionalitetsprincipen.

Samres riskerar till följd av lokaliseringskravet att lida skada. Kravet medför att Samres möjligheter att tilldelas kontrakt minskar. Samres har redan beställningscentraler lokaliserade utanför Östergötland. Om Samres tvingas etablera en beställningscentral i Östergötland medför det betydande extrakostnader. Samres har viss verksamhet i Östergötland.

Lokaliseringskravet innebär emellertid att Samres måste etablera en ny fullständig beställningscentral vilket skulle medföra betydande merkostnader. Samres kan då inte lämna sitt bästa bud vilket kan medföra att Samres hamnar i en sämre situation i utvärdering och tilldelning än vad som skulle vara fallet om Samres hade kunnat använda sina befintliga beställningscentraler. Samres har personal som skulle kunna utföra tjänsten, men denna personal finns inte i Östergötland. Samres skulle behöva rekrytera ny personal istället för den befintliga eller förflytta befintlig personal till Östergötland. Bägge dessa åtgärder skulle innebära mycket höga och onödiga kostnader för Samres. Lokaliseringskravet medför att Samres inte kan använda sig av sin befintliga verksamhet och

inte heller av sina konkurrens fördelar vilket kommer att påverka det pris som Samres kan erbjuda i anbudet.

Samres möjlighet till framgång i upphandlingen kommer därmed att försämrats. Samres berövas på grund av lokaliseringskravet möjligheten att lämna sitt bästa anbud vilket missgynnar Samres i anbudsutvärderingen och försämrar möjligheten för Samres att tilldelas kontrakt. Kammarrätten har i tidigare mål (Kammarrätten i Göteborgs mål 2193-10) gjort bedömningen att villkor som medför att en leverantör inte kan lämna sitt bästa pris anses missgynna entreprenören som därmed riskerar att lida skada.

Östgötatrafiken

Huvudregeln beträffande vilka krav en upphandlande enhet kan ställa i en upphandling ger den upphandlande enheten stor frihet att själv bestämma villkoren för upphandlad vara eller tjänst och begränsas endast av krav som kan sägas strida mot någon av de grundläggande principerna vilka kommer till uttryck i 1 kap. 24 § LUF.

Östgötatrafiken informerade redan i inbjudan att lämna anbudsansökan, i samband med annonseringen den 13 december 2012, att avsikten var att upphandla en regionbeställningscentral med placering i Östergötlands län. Östgötatrafiken har vidare i förfrågningsunderlaget uppställt ett krav beträffande hur anbudsgivaren avser att lösa etableringen av regionbeställningscentralen i Östergötland (Se punkt 5.3 och 5.4 förfrågningsunderlaget). Kraven på etablering av regionbeställningscentral framgår vidare av punkt 2.2 i modellavtalet.

För att ett lokaliseringskrav ska kunna anses vara diskriminerande, oavsett i förhållande till den 1 kap 24 § LUF uppställda icke-diskrimineringsprincipen eller i förhållande till unionsrätten i övrigt, förutsätter detta att

kravet på något sätt exkluderar eller missgynnar en anbudsgivare från att delta i upphandlingen, oavsett om kravet gäller en anbudsgivares nationalitet, en anbudsgivares säte eller angivande av visst varumärke.

Östgötatrafiken hävdar att det krav på etablering av kontor för utförande av tjänsten i Östergötlands län inte är ett sådant krav som innebär att en anbudsgivare exkluderas från att delta i upphandlingen eller på annat sätt missgynnas i förhållande till andra anbudsgivare. Östgötatrafiken hävdar att det krav på lokalisering som Östgötatrafiken ställt i upphandlingen är anbudsgivarneutralt såtillvida att kravet, utan att ta hänsyn till anbudsgivarspecifika förutsättningar, varken utestänger eller missgynnar någon anbudsgivare i förhållande till någon annan.

Samres hänvisar till att lokaliseringskravet medför att anbudsgivare som inte avser eller kan etablera regionbeställningscentral missgynnas. Östgötatrafiken hävdar att några villkor som innebär att anbudsgivare inte kan etablera regionbeställningscentral aldrig har upp ställts i upphandlingen. En anbudsgivare som inte avser, i betydelsen vill, etablera sig i Östergötland äger full rätt att avstå från att lämna anbud. Vidare så ligger det i farans riktning att den anbudsgivare som inte kan, i betydelsen saknar ekonomiska medel för uppdraget, hade bedömts sakna ekonomiskt kapacitet för uppdraget oavsett var lokalisering av regionbeställningscentral skett, och detta trots de generösa ekonomiska villkor som erbjuds för etableringen.

Kravet på etablering av regionbeställningscentral i Östergötlands län är alltså inte ett sådant krav som står i strid med icke-diskrimineringsprincipen eller unionsrätten då ingen anbudsgivare, oavsett sätets placering, nationell tillhörighet eller annan anbudsgivarspecifik förutsättning utesluts från att delta upphandlingen.

I motsats till Samres anför Östgötatrafiken att lokaliseringskravet inte innebär ett ensidigt gynnande av det lokala näringslivet eftersom möjligheten att etablera sig inom regionen står vem som helst till buds utan inskränkningar från Östgötatrafikens sida. Möjligen kan den regionala arbetsmarknaden gynnas, om än marginellt, även om detta inte har varit någon bevekelsegrund för att uppställa kravet utan snarare en konsekvens av det.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning huruvida ett krav som uppställts är förenligt med proportionalitetsprincipen, ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå den eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning föras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, är oproportionerlig eller överdriven jämför med det eftersträvade syftet.

För Östgötatrafiken, Landstinget i Östergötland och de kunder som ska nyttja den tjänst som regionbeställningscentalen tillhandahåller, är det viktigt med en regional förankring av regionbeställningscentalen då sannolikheten för att den personal som ska arbeta i uppdraget har den regionala förankring som krävs eller underlättar det krav som uppställs på personalens kompetens beträffande kunskaper om den regionala geografin och andra regionala förutsättningar. Motsatt antagande kan göras om personal vid regionbeställningscentalen inte har den lokala anknytning som är önskvärd.

Östgötatrafiken har vidare haft för avsikt att efterkomma kundernas önskemål om en regionbeställningscentalen med regional placering då detta är en trygghetsfråga för många kunder. Kunderna är i många fall

äldre människor med olika typer av funktionsnedsättningar och ett större behov av att känna trygghet som kund och i rollen som beställare gentemot regionbeställningscentralen. Lokaliseringskravet är ur det perspektivet en nödvändighet för att få den tjänst som Östgötatrafiken avsett att upphandla. Då kundens känsla av trygghet i beställningssituationen är en personlig värdering som är svår att utvärdera i en upphandling har Östgötatrafiken uppställt detta som ett absolut lokaliseringskrav i upphandlingen och inte ett utvärderingskriterium. Att regionbeställningscentralen är förlagd inom Östergötlands län är således en grundläggande förutsättning för upphandlingens genomförande. Samres anför slutligen att det riskerar att lida skada såtillvida att dess möjligheter att tilldelas kontraktet minskar eftersom det medför extrakostnader för etableringen. Östgötatrafiken ställer sig frågande till detta ömkande från Samres sida, då detta redan finns etablerat i regionen med driftcentral, och annars i övrigt torde åsamkas samma extrakostnader som andra potentiella anbudsgivare för etablering av regionbeställningscentralen.

Av Samres åberopad mätning av kundnöjdhet avser en specifik fråga ur det instrument som används för mätning av hur nöjda färdtjänstens kunder är med färdtjänsten. Redovisade siffror kan inte användas för att visa att kunder är nöjda med utlokaliserad verksamhet eller att lokaliseringen av beställningscentralen inte spelar någon roll.

Östgötatrafiken kan avslutningsvis konstatera att Samres i sin ansökan om överprövning inte på något sätt kunnat visa att det kommer eller kan komma att lida skada på den grund att det s.k. lokaliseringskravet skulle stå i strid mot de grundläggande principer om icke-diskriminering och proportionalitet som kommer till uttryck i gällande upphandlingslagstiftning. Inte heller har Samres visat att lokaliseringskravet i övrigt skulle strida mot unionsrättes direktiv.

De grunder som Samres anför till stöd för sin talan utgör, enligt Östgötatrafikens mening, mer ett försök att få upphandlingen att passa Samres affärsupplägg och därigenom skaffa sig konkurrensfördelar gentemot andra potentiella anbudsgivare. Det mål, vilket Samres hänvisar till i sin ansökan, avser en kommuns upphandling av projektorer och krav på vissa varumärken och modeller och kan, enligt Östgötatrafikens mening, inte tillämpas som stöd för Samres talan.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Enligt 16 kap. 6 § LUF ska rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Inbjudan att lämna ansökan/intresse

Upphandlingen omfattar etablering, bemanning och drift av Östgötatrafikens regionbeställningscentral med lokalisering i Östergötlands län. Verksamheten innebär i huvudsak mottagning och registrering av beställningar samt planering, samordning, trafikledning och viss administration.

Förfrågningsunderlaget (huvudtext)

Enligt punkt 5.3 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren, tydligt beskriva hur denne avser att bygga sin organisation mot bakgrund av uppdraget och den personella kompetens som anbudsgivaren innehar eller avser att rekrytera för uppdraget så att det klart framgår hur anbudsgivaren avser att utföra uppdraget enligt gällande, i förfrågningsunderlag och modellavtal, ställda krav.

Enligt punkt 5.4 i förfrågningsunderlaget (huvudtext) ska anbudsgivaren senast en månad efter avtalstecknandet kunna uppvisa giltigt hyreskontrakt beträffande den lokal där anbudsgivaren avser bedriva sin verksamhet.

Anbudsgivaren ska vidare från avtalstecknande uppfylla de krav på åtgärder vilka uppställs i modellavtalets bilaga 5. Anbudsgivaren ska bekräfta att anbudsgivaren förstått villkoren i bilaga 5 till modellavtalet samt att denne avser uppfylla dessa villkor om denne tilldelas kontrakt.

Enligt punkt 2.2 i förfrågningsunderlagets modellavtal ska verksamheten bedrivas i för verksamheten lämpliga lokaler med lokalisering i Östergötlands län. Samlokalisering med annan verksamhet kan ske under förutsättning att det inte på ett negativt sätt påverkar uppdraget.

Entreprenören ska tillhandahålla, ansvara för och bekosta allt lokalbehov och den utrustning som åtgår för uppdraget.

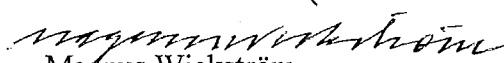
Enligt punkt 2.7 i modellavtalet ska entreprenören tillse att för uppdraget utbildad personal med mycket god kännedom om länets geografi alltid finns tillgänglig i regionbeställningscentralens lokaler i Östergötland och i den omfattning som krävs för att upprätthålla ställda krav i enlighet med avtalet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Den typ av lokal förankring som den upphandlande enheten hänvisar till, genom kravet på att regionbeställningscentralen måste vara lokaliserad i Östergötland, kan inte ses som en nödvändig åtgärd för att uppnå en väl fungerande verksamhet och leder till en begränsning av konkurrensen som inte kan anses överensstämna med de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Samres får därtill anses ha visat att det lidit eller kunnat lida skada till följd av kravet. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 6 § LUF föreligger därför.

Enligt tidigare fastställd praxis (RÅ 2005 ref. 47) har förvaltningsrätten att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Den brist som har konstateras har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Det är därför inte tillräckligt med att upphandlingen rättas, utan den bör istället göras om.

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


Magnus Wickström

Föredragande har varit Joakim Lundegård.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 3109/1D LOU