



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-11-22
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 2644-11
 Enhet 14

SÖKANDE

Berendsen Textil Service AB, 556022-4171

Ombud: Elin Liljeblad Laine
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012-11-22 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Advokat Roger Hagman
 Advokatfirman Roger Hagman AB
 Box 3460
 103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Stockholms län landstings upphandling av tvätt- och textilservice, dnr SLL 1906, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 4 februari 2011 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 139323

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av tvätt- och textilservice, dnr SLL 1906. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Sedan SLL i tilldelningsbeslut den 25 januari 2011 fattat beslut att anta Textilia Tvätt & Textilservice AB (Textilia) som leverantör har Berendsen Textil Service AB (Berendsen) ansökt om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten.

Den i målet aktuella upphandlingen har tidigare varit föremål för prövning hos förvaltningsrätten sedan Berendsen innan tilldelningsbeslut meddelats ansökt om överprövning av upphandlingen. Berendsen anförde till stöd för denna ansökan bl.a. att uppstartstiden varit för kort. Förvaltningsrätten avslog i dom den 24 januari 2011 (mål nr 43394-10) denna ansökan från bolaget. Berendsen överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm, som med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutade att upphandlingen skulle göras om (mål nr 740-11). SLL överklagade härefter kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen. Förvaltningsrätten har vilandeförklarat nu aktuellt mål i avvaktan på avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen. Högsta förvaltningsdomstolen har i dom meddelad den 14 september 2012 (mål nr 4933-11) upphävt kammarrättens dom och fastställt förvaltningsrättens domslut.

YRKANDEN M.M.

Berendsen yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Berendsen i huvudsak följande. Av meddelat tilldelningsbeslut i upphandlingen framgår att endast en anbudsgivare, nuvarande leverantör Textilia, har inkommit med anbud samt att förhandlingar har skett mellan SLL och Textilia. Berendsen anser att förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen varit för otydligt och innehållit villkor som gynnat den nuvarande leverantören på ett sådant sätt att upphandlingen inte kan anses

uppfylla principen om likabehandling. Vidare har förhandlingar skett mellan SLL och Textilia efter anbudets inlämnande som innebär att väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget har skett. Presumptiva anbudsgivare har inte kunnat förutse vilka frågor som anbudsgivare vid en eventuell förhandling skulle ges möjlighet att förhandla om. Detta har dock inte påverkat nuvarande leverantör Textilias möjlighet att lämna anbud, eller utformningen av Textilias anbud, emedan denna osäkerhet kombinerad med oproportionerliga och olikbehandlande skall-krav på uppstartstid hindrat Berendsen från att lämna anbud på lika villkor som nuvarande leverantör. Genom SLL:s åsidosättande av LOU kan Berendsen komma att lida skada eftersom bolaget vid en korrekt utförd upphandling med en uppstartstid som möjliggjort en fullvärdig konkurrensutsättning hade haft möjlighet att erhålla kontraktet.

Förhandlingar med anbudsgivaren

Utgångspunkten ifråga om innehållet i eventuella förhandlingar är att sådana inte får avse grundläggande delar av en upphandling. Om en förhandling resulterar i en förändring som är av grundläggande betydelse för anbudet, medför det att den upphandlande myndigheten bryter mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 18 maj 2009 i mål nr 926-09 uttalat att förhandlingar får omfatta alla avtalsvillkor inklusive pris och mindre ändringar samt anpassningar av förfrågningsunderlaget. Förhandlingar får dock inte innebära ändringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Väsentliga förändringar av anbuden skulle kunna innebära att anbudsgivare gynnas i förhållande till de som inte lämnat anbud.

Av tilldelningsbeslutet kan inte tydligt utläsas vad förhandlingarna mellan SLL och Textilia inbegripit. Tilldelningsbeslutet nämner dock att "fast pris under avtalets första två år och en befrielse från kostnaderna för svinn av-

handlats" samt att "dessa förändringar, som är knutna till ett utnyttjande av avtalets option om ytterligare två avtalsår – utöver den första perioden om fem år – kunna ge besparingar på uppemot 175 miljoner kronor för SLL under avtalsperioden." Av dessa upplysningar kan Beredelsen endast anta att väsentliga förändringar har skett i förfrågningsunderlaget efter det att anbudet inkommit till SLL. Av tilldelningsbeslutet framgår att anbudet vid inlämnandet skulle ge en besparing om "10 miljoner årligen för SLL" samt att "det totala värdet på upphandlingen uppskattas till 120-140 miljoner kr per år för hela SLL". Att besparingen efter förhandlingar har ökat från ca 70 miljoner kr till 175 miljoner kr över avtalsperioden efter förhandlingar kan endast tyda på att Textilia erbjudits markanta lättnader i kraven jämfört med utformningen av förfrågningsunderlaget. I förhandlingsprotokollen framkommer tydligt att de förändringar som skett i förhandlingarna mellan SLL och Textilia är väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget.

I anbudsförfrågan finns inga uppgifter om att leveranser av tvätt kan ske genom s.k. bulkleveranser. I förhandlingarna mellan SLL och Textilia har SLL erbjudit Textilia att leverera tvätten i bulk, vilket är en åtgärd som ger Textilia möjlighet att ge rabatt och sänka priset. Detta är en markant förändring gentemot förfrågningsunderlaget där möjligheten till bulkleveranser inte har omnämnts. Detta hade kunnat påverka Berendsens kalkyler och beslut att inte lämna anbud, då denna information hade kunnat påverka Berendsens möjlighet att få leverans av tillräckligt många vagnar för att hantera SLL:s volym under uppstartstiden.

Både tilldelningsbeslutet och förhandlingsprotokollet nämner ett minskat antal artiklar. Av förhandlingsprotokollen framgår att Textilia har erbjudit SLL rabatt vid en kraftig reducering av antalet artiklar som hanteras av tvätten. Detta är en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget eftersom ett minskat antal artiklar väsentligt förenklar hanteringen av tvättvolymerna. Om Berendsen haft kännedom om att antalet artiklar kunde minskas på ett markant sätt, hade Berendsens kalkyl kunnat se mycket an-

norlunda ut, vilket kunde ha lett till att Berendsen sett en möjlighet att lämna anbud. Berendsen kalkylerade med att 8 000 tvättvagnar behövdes för den av SLL i förfrågningsunderlaget angivna volymen och antalet artiklar, medan SLL efter att anbudstiden gått ut upplyst Berendsen om att endast 4 000 vagnar skulle komma att användas.

Ovanstående förhandlingspunkter verkar enligt förhandlingsprotokoll gälla under förutsättning att SLL löser ut optionen om ytterligare två avtalsår inom en månad från avtalsteckning. Förhandlingarna har lett till att avtalstiden, som redan är längre än vad som medges i 5 kap. 3 § LOU förlängts till hela sju år.

SLL har upphandlat en avtalstid om fem år, och innan avtal tecknats dessutom utlovat vinnande anbudsgivare en anbudstid om sju år. Enligt 5 kap. 3 § LOU får ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. SLL har inte redovisat några särskilda skäl för den långa avtalstiden, som är nästan dubbelt så lång som lagen medger. Dessutom tecknas här avtal om sju år med nuvarande leverantör, vilket utesluter övriga leverantörer från marknaden på mycket lång tid. På en marknad som redan har mycket begränsad konkurrens är detta ett mycket allvarligt avsteg från LOU.

Ett sådant löfte om utnyttjande av den option som angetts i förfrågningsunderlaget är en väsentlig förändring av de villkor som angetts i förfrågningsunderlaget. Om Berendsen hade känt till att avtalet skulle löpa med en avtalstid om sju år hade Berendsen kunnat ta större risker vid kalkylering av övertagande och uppstartstid. Detta eftersom Berendsen med större säkerhet skulle veta att eventuella förluster som skulle komma att uppstå genom den alltför korta uppstartstiden skulle kunna täckas upp under en sådan lång leveranstid som sju år.

Villkoren i förfrågningsunderlaget gynnade nuvarande leverantör på ett konkurrensbegränsande sätt

Sista anbudsdag var den 20 september 2010 och enligt uppgift från SLL under anbudstiden kunde tilldelningsbeslut väntas tidigast den 15 november 2010. Det skulle ha inneburit att avtal kunde tecknas med vinnande anbudsgivare först efter den 25 november 2010. Det skulle i sin tur ha inneburit att uppstartstiden – alltså tiden mellan avtalstecknande och datumet för tjänstens påbörjande – för en ny leverantör i längsta fall blev fyra månader, i och med att avtalet skulle börja löpa den 1 april 2011 och att leverantöreren då skulle överta full verksamhet. Det som upphandlats i denna upphandling är alltså tvätt- och textilservice för hela Stockholms läns landsting, ett avtal värt upp till 140 miljoner kr per år. En ny leverantör måste därför, för att få möjlighet att i ett anbudsförfarande konkurrera med nuvarande leverantör på något så när lika villkor, få en rimlig uppstartsperiod innan avtalet träder i kraft. Med SLL:s planering fanns endast fyra månader avsatt för denna uppstartsperiod. Detta ökat risken för överprövning.

Att starta upp en så omfattande verksamhet som ett tvätteri som ska sköta tvätt- och textilservice för SLL med Karolinska i Solna och Huddinge, Karolinska universitetssjukhuset Solna, Karolinska universitetssjukhuset Huddinge, Södersjukhuset, Södertälje sjukhus, Danderyds sjukhus, Tiohundra, Folk tandvården Stockholms län och Stockholms läns sjukvårdsområde, är inte möjligt under en avtalstid om endast fyra månader. Det rör sig om stora volymer tvätt som ska hanteras i en industriell tvättanläggning.

Samtliga övriga landsting har i motsvarande textilupphandlingar tagit höjd för den tid som måste förflyta mellan avtalstecknande och leveransstart. I inget fall har denna tid underskridit nio månader.

Förvaltningsrätten har i det aktuella målet att ta hänsyn till omständigheter som inte var kända vid den ursprungliga prövningen, dvs. att endast ett anbud inkommit i upphandlingen och att uppstartstiden vid tiden för tilldelningsbeslutet endast varit två månader. Förvaltningsrätten har inte prövat det tilldelningsbeslut som SLL har publicerat, och inte huruvida en fullgod konkurrensutsättning har gjorts. Berendsen anser att SLL inte har beräknat en uppstartstid om sex månader, eftersom uppstartsperioden kan anses påbörjad först då avtal kan slutas, dvs. minst tio dagar efter publicerat tilldelningsbeslut. Denna tidsperiod var enligt SLL:s planering för upphandlingen endast fyra månader (beräknad tidpunkt för tilldelningsbeslutet var den 15 november 2010), vilket är avsevärt kortare än de sex månader som SLL beräknat för uppstartstid.

SLL bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Påståendena om väsentliga förändringar under förhandlingar

Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt 15 kap 3 § LOU. Vid denna upphandlingsform får den upphandlande myndigheten förhandla med en eller flera anbudsgivare under förutsättning att det sker med iakttagande av de EG-rättsliga principerna och således utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enligt praxis får sådana förhandlingar avse alla avtalsvillkor inklusive pris och mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget.

Berendsen hävdar att SLL genom förhandlingarna har gett Textilia lättnader och därigenom frångått grundläggande krav i förfrågningsunderlaget. Med "grundläggande" krav menar Berendsen att SLL skulle ha frångått obligatoriska skall-krav i förfrågningsunderlaget avseende antingen krav på leverantören eller krav på tjänsten. SLL bestrider detta påstående bestämt.

Berendsen verkar blanda ihop tilldelningsbeslut och tjänsteutlåtande i sin ansökan och hävdar, utan grund, att bolaget kan "endast anta att väsentliga förändringar har skett i förfrågningsunderlaget efter att anbudet inkommit". Tvärtemot är ingen av de omständigheter som bolaget åberopar hänförliga till ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget. Förhandling har varit tillåten enligt 15 kap. 3 § LOU och i enlighet med gällande praxis. Den förhandling som skett ligger helt inom ramen för de obligatoriska krav som förfrågningsunderlaget anger.

Hantering av svinn och kassation är inte föremål för något skall-krav, utan utgör ett utvärderingskriterium.

Bulkleveranser innebär inte att tvätten levereras osorterad såsom Berendsen påstår. Att så skulle vara fallet framgår inte heller av de handlingar som bolaget åberopar. Vad som framgår av förhandlingsprotokoll m.m. är däremot att bulkleveranser avser större volymer av textilier, vilket i så fall meriterar en rabatt. Textilerna ska fortfarande levereras sorterade enligt förfrågningsunderlaget.

Antalet artiklar uppgår till cirka 420 och inte 838 såsom Berendsen påstår. Nästan varje artikel har en extra rad efter sig i artikelspecifikationen där artikeln dubbleras och där anbudsgivaren ska ange pris vid "större volymer". Det är dock naturligtvis samma artikel som avses. Under förhandlingarna erbjöd Textilia SLL ett lägre pris när eller om antalet artiklar kan minskas. När eller om så sker är dock upp till SLL. Hur många artiklar som SLL har i cirkulation bestämmer SLL själv. SLL är givetvis inte heller tvunget att upprätthålla ett onödigt antal artiklar bara för att inte riskera en överträdelse av LOU. Det lägre priset vid lägre antal artiklar innebär således inte en minskning av antalet artiklar. Någon lättnad har inte skett.

Förfrågningsunderlaget anger klart och tydligt att beställaren kan förlänga avtalstiden med två år (punkt 1.3 i Anbudsinbjudan). Förfrågningsunderla-

get omfattar således denna möjlighet. Att SLL har diskuterat optionen i förhandling med en anbudsgivare utgör således inget avsteg från förfrågningsunderlaget eller en överträdelse av LOU. Om SLL sedermera skulle välja att utlösa optionen, vilket ännu inte har skett, skulle det inte förändra saken. Ett eventuellt utnyttjande av optionen är helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Ingen lättnad har skett.

Beträffande avtalets löptid har Berendsen i detta mål som i det överklagade målet framhållit vilka stora investeringar som uppdraget kräver. Att en längre löptid än fyra år krävs styrks också av gängse avtalstider. Ett stort antal av tvätt- och textilserviceavtalen i Sverige löper på sex till åtta år inklusive optioner. Exempelvis har Blekinge och Kronobergs landsting ett avtal på åtta år, Västerbottens läns landsting sex år, Jämtlands läns landsting sex år, Norrbottens läns landsting har sex år och landstingen i Sörmland, Västmanland och Uppsala län sex år. I några av dessa avtal är Berendsen leverantör. Dessutom pågår upphandlingar av tvätt- och textiltjänster i vart fall i tre landsting som har en löptid inklusive optioner på sex till sju år. Nämnade förhållande visar på att längre avtalstider krävs med tanke på uppdragets omfattning och de investeringar som måste göras. Som framgår av förarbeten till 5 kap. 3 § LOU utgör just större investeringar ett särskilt skäl för längre löptider än fyra år. Vidare innebär en upphandling och därmed förenade omständigheter ett stort och kostsamt arbete för den upphandlande myndigheten, vilket också utgör skäl för längre avtalstider. Sammanfattningsvis föreligger särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år.

Uppstartstiden

Vid en jämförelse mellan Berendsens tidigare ansökan om överprövning av den aktuella upphandlingen samt bolagets överklagande av förvaltningsrättens dom framgår att handlingarna i de båda målen i allt väsentligt har samma innehåll. Enligt SLL råder det ingen tvekan om att de åberopade

omständigheterna i detta mål, såvitt avser uppstartstiden, i allt väsentligt är desamma som de som åberopas i överklagandet till kammarrätten och i stort desamma som åberopades i mål 43394-10.

Även om förvaltningsprocesslagen inte innehåller regler om *litis pendens* måste det anses stå i strid med tanken bakom lagen att en process om en och samma sak ska kunna föras i två instanser samtidigt. Det måste också stå i strid med allmänna processuella regler att en part som genom en dom tappat frågan om exempelvis uppstartstid kort tid därefter på nytt i samma instans ska kunna ansöka om överprövning med i stort samma skäl som tidigare och få denna ansökan prövad i sak.

SLL gör gällande att Berendsens inte äger få talan om uppstartstiden prövad såsom den utformats i ansökan om överprövning och i därefter ingivna yttranden. Skälen är att rättegång om samma sak efter överklagande pågår i kammarrätten och att åberopade omständigheter i allt väsentligt prövats tidigare i förvaltningsrätten. Huvudregeln är att sedan ett mål överlämnats till besvärsmyndigheten, i detta fall kammarrätten, föreligger det hinder för förvaltningsrätten att fatta en ny dom i samma fråga. Berendsens talan i denna del bör avvisas.

DOMSKÄL

Tillämpliga lagrum

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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 5 kap. 3 § LOU anges att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Av 15 kap. 2 § LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, framgår bl.a. att 5 kap. LOU ska tillämpas vid offentliga upphandlingar som görs enligt 15 kapitlet LOU.

Av 16 kap. 2 § LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, framgår bl.a. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Berendsen har till stöd för sin ansökan bl.a. anfört att uppstartstiden, dvs. tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart, varit för kort. SLL har menat att förvaltningsrätten är förhindrad att pröva frågan om uppstartstidens längd på grund av att denna fråga redan varit föremål för domstolsprövning. Berendsen har även menat att väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget har skett genom att SLL har förhandlat med antagen leverantör. Berendsen har anfört att förhandlingarna bl.a. lett till att avtalstiden, som redan är längre än vad som medges i 5 kap. 3 § LOU, har förlängts till sju år. Berendsens talan får härigenom även anses innefatta en invändning om att den i upphandlingen tillämpade avtalstiden står i strid med LOU. Berendsen har även gjort gällande att förfrågningsunderlaget varit för otydligt. Förvaltningsrätten gör härvid följande bedömningar.

Uppstartstidens längd

Frågan om uppstartstiden har varit tillräckligt lång i upphandlingen har tidigare varit föremål för domstolsprövning i tre instanser. Högsta Förvaltningsdomstolen uttalade i denna fråga bl.a. följande (mål nr 4933-11).

Målet avser en omfattande upphandling av tjänster avseende tvätt och textilservice. Upphandlingen har genomförts enligt förenklat förfarande (15 kap. 3 § LOU). För den har gällt att det mest fördelaktiga anbudet ska antas, bestämt på visst sätt med hänsyn till pris, leveranssäkerhet m.m.

Landstingets anbudsinvitan var tillgänglig den 29 juni 2010. Anbud skulle lämnas senast den 20 september 2010 och avse en femårig avtalsperiod med början den 1 april 2011 och med option för beställaren att för-

länga avtalet med högst två år. Avtal förutsattes kunna ingås i slutet av november 2010.

I avsnitt 1.16.3 i anbudsinvitan ställs kravet att leverantörerna ska ha förmåga och kapacitet att utföra tjänster i den omfattning och med den komplexitet som framgår av förfrågningsunderlaget. För det ändamålet ska en övergripande företagsbeskrivning lämnas. Vad gäller driftsäkerheten ska leverantörerna redogöra för hur driften av verksamheten kan säkerställas per den 1 april 2011. Till anbudet ska också lämnas en beskrivning av planerad organisation för uppdraget innefattande bemanning och lokalisering samt en implementeringsplan.

Under anbudstiden angav landstinget att målsättningen var att upphandlingen skulle avslutas sex månader före driftstart för att möjliggöra för antagen leverantör att införskaffa den textilstock som krävdes för fullgörande av tjänsten.

Högsta förvaltningsdomstolen gör följande bedömning.

I målet är fråga om upphandling av s.k. B-tjänster. Därmed gäller kravet i 15 kap. 9 § LOU att anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med anbud. Berendsen har inte gjort gällande att anbudstiden varit alltför kort. Bolaget hävdar emellertid att tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart varit för kort och detta även med beaktande av att bolaget under anbudstiden till viss del hade kunnat utföra förberedande åtgärder. Enligt Berendsen skulle det medföra ett för stort ekonomiskt risktagande att under anbudstiden vidta mer fullständiga förberedelseåtgärder.

En av förfarandereglerens viktigaste funktioner är att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud till den upphandlande myndigheten. Att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt innebär bl.a. att de tidsramar som den upphandlande myndigheten sätter inte får vara så snäva att viss eller vissa leverantörer gynnas. Det gäller inte bara i fråga om anbudstiden utan också beträffande tiden mellan tecknandet av avtal och avtalsperiodens start.

Ett anbud förutsätter att leverantören gör bedömningen att de resurser som är eller kan göras tillgängliga är tillräckliga och att de av myndigheten uppställda villkoren fullt ut kan uppfyllas. Leverantören har då också att ta hänsyn till de kostnader som är förknippade med en anbudsgivning i konkurrens.

I 11 kap. LOU finns detaljerade bestämmelser om att den upphandlande myndigheten kan ställa allmänna krav på leverantörernas ekonomiska och tekniska kapacitet m.m., satt i relation till kontraktet (2 och 11 §§). I fråga om upphandlingar enligt 15 kap. gäller emellertid enbart kravet på registrering i 11 kap. 6 §. Detta hindrar inte att det även vid upphandlingar som

faller in under 15 kap. kan ställas krav på teknisk och annan kapacitet. Detta har landstinget också gjort i förfrågningsunderlaget.

Sett för sig kan tiden mellan beräknat avtalstecknande och avtalsstart i detta fall framstå som kort. Vid en prövning mot de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU måste emellertid hänsyn tas till att Berendsen – om bolaget bestämt sig för att lämna anbud – redan under anbudstiden haft att vidta vissa förberedande åtgärder för att visa sig vara i stånd att leverera de efterfrågade tjänsterna den 1 april 2011. Utredningen i målet visar inte annat än att den tid som sammantaget stått till Berendsens och andra möjliga leverantörers förfogande för att vidta de åtgärder som fordrats för att fullgöra uppdraget vid avtalsstart får anses ha varit tillräcklig. De kostnader för förberedande åtgärder som Berendsen kan anses ha haft anledning att räkna med medför inte heller att upphandlingen kan anses stå i strid med de allmänna principerna för en sådan.

Högsta förvaltningsdomstolen finner mot denna bakgrund att det inte har framkommit att Berendsen betagits möjligheten att i konkurrens med bl.a. befintlig leverantör delta i anbudsgivningen.

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis om det föreligger hinder att pröva frågan om uppstartstidens längd med hänsyn till att denna fråga tidigare prövats i domstol (res judicata). För att så ska vara fallet krävs att det rör sig om samma sakförhållanden (jfr rättsfallet RÅ 2010 ref 1).

Tidigare domstolsprövningar av upphandlingen har utgått från de förhållanden som förelåg innan något tilldelningsbeslut fattats i upphandlingen. Avtal förutsattes då kunna ingås i slutet av november 2010. Uppstartstiden har förskjutits framåt i tiden i och med att tilldelningsbeslut kom att meddelas den 25 januari 2011.

Högsta förvaltningsdomstolen har i domen ovan skrivit bl.a. följande.

”Utredningen i målet visar inte annat än att den tid som sammantaget stått till Berendsens och andra möjliga leverantörers förfogande för att vidta de åtgärder som fordrats för att fullgöra uppdraget vid avtalsstart får anses ha varit tillräcklig”.

Den sammantagna tid som Högsta förvaltningsdomstolen här talar om kan enligt förvaltningsrättens mening genom det senare tilldelningsbeslutet inte anses ha förändrats på något egentligt sätt. Det föreligger därför enligt förvaltningsrättens mening hinder (res judicata) att ånyo pröva denna fråga. Förvaltningsrätten beaktar vid denna bedömning också att det förhållandet att tilldelningsbeslutet meddelats senare än vad som förutsatts inte har påverkat Berendsens möjligheter att lämna anbud i upphandlingen. Berendsens yrkande i denna del ska därför inte prövas och det föreligger således inte grund för ingripande med anledning av vad Berendsen anfört i denna fråga.

Förhandlingar, otydligt förfrågningsunderlag

En upphandlande myndighet får vid en förenklad upphandling förhandla med en eller flera anbudsgivare. Förhandlingarna kan avse alla avtalsvillkor och mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget. Förhandlingarna får dock inte innebära ändringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Det krävs vidare att den upphandlande myndigheten inte genom sitt agerande bryter mot de grundläggande upphandlingsprinciperna (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 maj 2009 i mål nr 926-09).

Enligt vad som framkommit i målet har förhandlingar förekommit mellan SLL och Textilia i frågor beträffande pris, svinn, bulkleveranser, antal artiklar och utnyttjande av option. Enligt förvaltningsrättens mening är det dock inte visat att förhandlingarna lett till att något grundläggande krav i förfrågningsunderlaget förändrats. Det har heller inte visats att SLL genom sitt agerande brutit mot någon av de grundläggande upphandlingsprinciperna. Förvaltningsrätten anser därför inte att det framkommit att SLL genom att förhandla med Textilia brutit mot LOU. Det har enligt förvaltningsrättens mening inte heller framkommit att förfrågningsunderlaget

skulle brista i tydlighet på ett sådant sätt att principerna om transparens och likabehandling trätts för när. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU mot bakgrund av vad som framkommit i dessa frågor.

Avtalets löptid

Av 5 kap. 3 § LOU framgår att en ramavtalstid får vara längre än fyra år endast om det finns särskilda skäl. I förarbetena till denna bestämmelse anges bl.a. följande.

Paragrafen motsvarar artikel 32.2 fjärde stycket i direktivet. Enligt den bestämmelsen får ett ramavtal "inte löpa längre än fyra år, utom i vederbör- ligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet".

Det är oklart vad som menas med "vederbör ligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet". Beaktandesats 11 ger ingen led- ning vid tolkningen av bestämmelsen. Regeringen är, i likhet med utred- ningen, av uppfattningen att ett krav på att särskilda skäl skall finnas bör motsvara direktivets undantagsfall. Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräck- liga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl skall vara hänförliga till föremålet för upphandlingen.

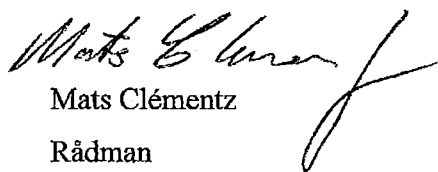
Utredningen har ansett att det är svårt att ange något exempel när bestäm- melsen kan tillämpas. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka skall betala sig under av- talstiden (prop. 2006/07:128 s. 334).

Av vad som framkommit i målet framgår att SLL haft för avsikt att med vinnande anbudsgivare ingå ett ramavtal med en avtalstid på fem år med möjlighet till två års förlängning. Enligt förvaltningsrättens mening är det endast i undantagsfall befogat med en längre ramavtalstid än fyra år (jfr Kammarrättens i Stockholms dom den 23 mars 2011 i mål nr 5609-5629-10). Även om den i målet aktuella upphandlingen är omfattande och kräver investeringar av den leverantör som antas anser förvaltningsrätten inte vi-

sat att det skulle föreligga särskilda skäl att tillämpa en så pass lång löptid som sju år, vilket blir fallet om optionen om två år utnyttjas. Förvaltningsrätten anser därför att SLL brutit mot LOU genom att i upphandlingen tillämpa en för lång avtalstid. Det förhållandet att andra upphandlande myndigheter vid liknande upphandlingar använt sig av ramavtal med längre löptider än fyra år föranleder ingen annan bedömning. Enligt förvaltningsrättens mening kan den långa avtalstiden komma att begränsa konkurrensen på ett otillbörligt sätt.

Berendsen kan komma att lida skada av den långa avtalstiden även om det förhåller sig på det sättet att Berendsens argument för att inte lämna anbud i den aktuella upphandlingen har underkänts. Det räcker enligt förvaltningsrättens mening med att Berendsen genom den långa avtalstiden tvingas vänta i ytterligare en längre tid med att vid en senare upphandling kunna komma in med ett anbud. Det föreligger därför grund för ingripande enligt LOU. Eftersom bristen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Berendsens ansökan ska därmed bifallas i enlighet med detta.

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


Mats Clémentz
Rådman

Föredragande har varit Carina Westin.



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 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 nå 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 uppges 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 överklagat kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU

