



SÖKANDE

Frekvenstrafik AB, 556966-6711

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult och biträdande jurist Filip Odell
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Luleå kommun
971 85 Luleå

SAKEN

Offentlig upphandling

| | |
|-----------------------|---------------|
| KONKURRENSVERI | |
| 2018-06-21 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Frekvenstrafik AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen Elevtransport taxi [KLF 2018/281] ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 23 april 2018 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Luleå kommun (kommunen) genomför enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling av elevtransport taxi, [KLF 2018/281]. Frekvenstrafik AB (bolaget) ansökte om överprövning före anbudstidens utgång och yrkade också att förvaltningsrätten interimistiskt skulle förordna att kommunen inte får ingå avtal i upphandlingen innan förvaltningsrätten bestämt något annat. Förvaltningsrätten biföll bolagets interimistiska yrkande i beslut den 23 april 2018.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Anbudsförutsättningarna enligt upphandlingsdokumentet har utformats i strid mot 17 kap. 5 § LOU. Kommunen har i upphandlingsdokumentet uppställt obligatoriska krav på vissa arbetsrättsliga villkor, särskilt i punkten 7.5 Lön och ersättning, avseende löner m.m. Dessa villkor uppges grunda sig på det centrala kollektivavtal (taxiavtalet) som slutits mellan Svenska Transportarbetareförbundet och Biltrafikens Arbetsgivareförbund för att tillämpas i hela Sverige på arbetstagare inom taxibranschen. Bolaget är kollektivavtalspart i taxiavtalet, tillämpar dess villkor på sina anställda och använder den alternativa provisionsbaserade lönemodell som avtalet anvisar. Bolaget tillämpar inte exakt samma villkor som angivits i upphandlingsdokumentet, utan att för den skull avvika från taxiavtalet. Bolaget frågade i Frågor och svar om det räcker med att tillämpa taxiavtalet eller om upphandlingsdokumentets nämnda punkter måste tillämpas för att bolaget ska ha möjlighet att tilldelas kontraktet. Kommunen svarade ”Kraven kvarstår. Dessa krav har prövats i Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6023-17”.

Såvitt framgår av yttranden från kommunen måste en leverantör tillämpa månadslön på ett visst angivet sätt i förhållande till anställda som ska komma i fråga för att utföra det aktuella uppdraget. Bolaget kan härigenom inte anses uppfylla de särskilda villkor som kommunen föreskrivit och kan inte delta med något anbud i upphandlingen.

Bolaget är bunden av och tillämpar taxiavtalet på sina anställda. En leverantör som följer villkoren i ett rikstäckande centralt kollektivavtal kan således redan per definition inte komma i konflikt med lagens krav om lägsta kollektivavtalsnivå. Bolaget ska därmed anses uppfylla villkoren för deltagande i upphandlingen även om bolaget inte uppfyller just de särskilda arbetsrättsliga villkor som kommunen har angivit i upphandlingsdokumentet. Det handlar således inte om rätten att ställa krav utan vad som krävs för att en leverantör ska uppfylla de krav som ska finansieras enligt LOU. Då bolaget är bunden till att tillämpa taxiavtalet i förhållande till sina anställda ska bolaget därmed anses uppfylla de krav som i fråga om särskilda arbetsrättsliga villkor överhuvudtaget får ställas i upphandlingen.

Upphandlingen strider såväl 17 kap. 5 § LOU som mot proportionalitetsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Bolagets skada ligger i att det aktuella kravet har förhindrat bolaget från att lägga sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Eftersom fristen att lämna anbud numera har löpt ut och bristen hänförs sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska förfarandet göras om.

Kommunen bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande.

Som upphandlande myndighet har kommunen ett stort handlingsutrymme och kan ställa de krav som är nödvändiga utifrån den produkt eller tjänst som ska anskaffas. Kommunen har ställt särskilda arbetsrättsliga krav i enlighet med 17 kap. 1 § LOU. Av kravet i 7.5.1 anges att taxiförarna ska avlönas med minimilöner enligt bifogad tabell och timlönen för timanställd

förare ska fastställas med hänsyn till den anställningsform som majoriteten av de anställda i företaget har.

Utgångspunkten för kravet på minimilön har varit det centrala kollektivavtalet mellan Svenska Transportarbetarförbundet och Biltrafikens arbetsgivarförbund samt utformningen av de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor där även upphandlingsmyndigheten medverkat. Kommunen har ställt krav på minimilöner i syfte att främja bl.a. skäliga arbetsvillkor och sund arbetsmiljö. Vid dialog med Svenska Transportarbetarförbundet har framkommit att taxiförarens löner under lång tid varit föremål för diskussion och att månadslöner börjar bli allt mer förekommande i branschen. Enligt Svenska Transportarbetarförbundet är krav på månadslöner ett lämpligt och effektivt sätt om man vill bidra till skäliga arbetsvillkor och sund arbetsmiljö för förarna.

Utifrån att upphandlingen avser elevtransporter är det av synnerlig vikt att förarna iakttar god säkerhet och trevligt bemötande. Risken för stress och bristande körförmåga är betydligt högre om föraren har provisionsbaserad lön. Därmed har kommunen inte ansett att det är lämpligt med provisionsbaserad lön för denna typ av upphandling.

De villkor som ställts i upphandlingen har en klar anknytning till det som anskaffas och överensstämmer med de upphandlingsrättsliga principerna. Kommunen anser att likheterna med mål nr 6023-17 är i stort sett identiska och att upphandlande myndighets rätt att ställa krav ska väga tyngre. Om rätten ändå skulle anse att brister förelegat, har bolaget inte visat på vilket sätt det kan anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Vid denna bedömning ska särskilt beaktas att det inte har funnits något krav att uppfylla de angivna arbetsrättsliga villkoren vid anbudslämnandet. Kravet utgår från att anbudsgivarna under uppdragets utförande uppfyller dessa villkor.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 17 kap. 1 § LOU får en upphandlande myndighet ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska ha anknytning till det som anskaffas i den mening som avses i 16 kap. 2 § andra stycket och anges i upphandlingsdokumenten.

Det är upp till den upphandlande myndigheten att bestämma om det ska ställas arbetsrättsliga villkor i en upphandling. Av förarbeten till 17 kap. 1 § LOU framgår bl.a. följande. Bestämmelsen är exemplifierande och tydliggör att en upphandlande myndighet har stora möjligheter att ställa villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras, även vad gäller arbetsrättsliga villkor. Utöver anknytningen till det som ska anskaffas är de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna det enda som sätter gränser för vilka villkor en upphandlande myndighet får ställa (prop. 2015/16:195 s. 1117 f.).

Av 17 kap. 2 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt kontraktet minst ska tillförsäkras. – Enligt 17 kap. 3 § första stycket samma lag ska nivåerna på villkoren enligt 2 § anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår att även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i

hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. I förarbetena till denna bestämmelse uttalas att om leverantören är bunden av det kollektivavtal som den upphandlande myndigheten eller enheten använt sig av, är villkoren till följd av detta uppfyllda (prop. 2016/17:163 s. 55).

Upphandlingsdokumentet

Av upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande.

7.5.1 Avlöning för anställd förare Obligatoriskt krav

Avlöning för förare ska utgå minst enligt tabell nedan:

| | Månadslön | Timlön (motsv. 40 h) | Timlön (motsv. 38,25 h) |
|--------------------------------------|------------|-------------------------|----------------------------|
| Ingångslön förare | 22 758 SEK | 130,79 SEK | 136,77 SEK |
| Lön för förare efter 2 år i yrket | 23 239 SEK | 133,56 SEK | 139,66 SEK |

Timlönen för timanställd förare ska fastställas med hänsyn till den anställningsform som majoriteten av de anställda i företaget har.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget gör gällande att upphandlingsdokumentet utformats i strid mot 17 kap. 5 § LOU. Bolaget har uppgett att det tillämpar taxiavtalet, vilket är det centrala kollektivavtal som kommunen i den aktuella upphandlingen har utgått ifrån, och gör gällande att en leverantör som följer villkoren i ett sådant avtal inte kan komma i konflikt med lagens krav om lägsta kollektivavtalsnivå.

Kommunen å sin sida gör gällande att den ställt särskilda arbetsrättsliga krav i enlighet med 17 kap. 1 § LOU och att den upphandlande myndigheten har stort utrymme i att ställa de krav som är nödvändiga utifrån den tjänst som ska anskaffas.

Enligt förvaltningsrättens bedömning måste en upphandlande myndighet som väljer att tillämpa särskilda arbetsrättsliga villkor enligt 17 kap. 1 § LOU även iaktta resterande bestämmelser i 17 kap. 2-5 §§ LOU. Kommunen har i den aktuella upphandlingen valt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor och det är då inte möjligt att bortse från de övriga bestämmelserna i 17 kap. 2-5 §§ LOU.

Bolaget gör gällande att kommunens arbetsrättsliga villkor innebär att en leverantör måste tillämpa månadslön på ett visst angivet sätt och att bolaget, som tillämpar en provisionsbaserad lönomodell, därmed inte kan bli aktuell för uppdraget i fråga. Enligt förvaltningsrätten går det inte av upphandlingsdokumentet att utläsa huruvida det skulle gå att uppfylla det aktuella kravet genom att tillämpa provisionsbaserad lön. I yttrande till förvaltningsrätten har kommunen dock uppgett att den inte ansett det lämpligt med provisionsbaserad lön. Mot denna bakgrund gör förvaltningsrätten bedömningen att kommunen handlar i strid med 17 kap. 5 § LOU genom att begränsa en leverantörs möjlighet att uppfylla de särskilda arbetsrättsliga villkoren avseende lön.

Bolaget gör gällande att denna brist har förhindrat det från att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Förvaltningsrätten anser, utifrån vad som ovan anförts och med beaktande av vad bolaget uppgett, att bolaget åtminstone riskerar att lida sådan skada som avses i 20 kap. 6 § LOU. Eftersom felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen är det inte tillräckligt med en rättelse. Överklagandet ska således bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga).



Sara Poulsen

förvaltningsrättsfiskal



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.