



KLAGANDE

Stockholms läns landsting

Ombud: Advokat Roger Hagman
Box 45030
104 30 Stockholm

MOTPART

Berendsen Textil Service AB, 556022-4171

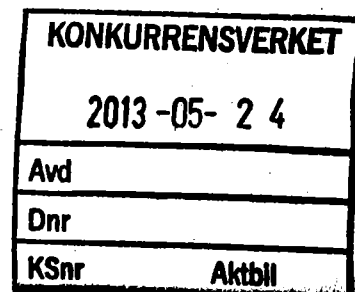
Ombud: Erika Togö
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 22 november 2012
i mål nr 2644-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling



KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med bifall till överklagandet och med ändring av förvaltningsrättens dom
avslår kammarrätten Berendsen Textil Service AB:s ansökan om
överprövning.

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av tvätt- och textilservice (dnr SLL 1906). Upphandlingen, som påbörjades före den 15 juli 2010, avser s.k. B-tjänster och genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Upphandlingen har tidigare varit föremål för prövning sedan Berendsen Textil Service AB (Berendsen eller bolaget), innan tilldelningsbeslut meddelades i upphandlingen, ansökte om överprövning och bl.a. anförde att uppstartstiden var för kort. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade dom i den frågan den 14 september 2012 (HFD 2012 ref. 48 I).

Tilldelningsbeslut i upphandlingen meddelades den 25 januari 2011, varvid SLL beslutade att anta Textilia Tvätt och Textilservice AB (Textilia) som leverantör. Berendsen ansökte om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Stockholm, som i dom den 22 november 2012 (mål nr 2644-11) biföll ansökan och förordnade att upphandlingen skulle göras om. Som skäl angav förvaltningsrätten bl.a. att SLL brutit mot LOU genom att i upphandlingen tillämpa en för lång avtalstid för det aktuella ramavtalet. SLL överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm, som den 4 januari 2013 (mål nr 8792-12) beslutade att inte meddela prövningstillstånd. SLL överklagade kammarrättens beslut till Högsta förvaltningsdomstolen, som i beslut den 12 mars 2013 (mål nr 572-13) upphävde kammarrättens beslut och meddelade SLL prövningstillstånd för prövning i kammarrätten av SLL:s överklagande av förvaltningsrättens dom. Högsta förvaltningsdomstolen anförde bl.a. följande. Den fråga som aktualiseras i målet är om det föreligger sådana särskilda skäl som avses i 5 kap. 3 § LOU för att tillämpa en längre avtalstid för ramavtal än fyra år. Det finns inte något vägledande

avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen i denna fråga. Kammarrätten borde därför ha meddelat prövningstillstånd med anledning av SLL:s överklagande av förvaltningsrättens dom.

YRKANDEN M.M.

SLL yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, lämnar ansökan om överprövning utan bifall. Till stöd för sin talan anför SLL bl.a. följande.

SLL:s upphandling av tvätt- och textilservice är en av de största i sitt slag inom landet. Sammantaget är det fråga om en processindustri i vilken det krävs stora investeringar, såväl stora punktinsatser vid nya stora avtal som löpande investeringar för att driva verksamheten. På den relevanta marknaden för tvätt- och textilservice för landsting är antalet aktörer mycket få. I praktiken är det endast två aktörer, Berendsen och Textilia. Några tvätterier drivs av landsting i egen regi. Det synes vara ostridigt att anbudsgivning i nu aktuell upphandling kräver mycket stora investeringar. Vad SLL och Berendsen anfört om stora investeringar styrks också av de uppgifter som hämtats från Textilias pressmeddelande och av att avtalstiden i så gott som samtliga övriga landstings tvätt- och textilserviceavtal överstiger fyra år. Om medelstora företag och i riket ännu inte etablerade företag tas in i bilden blir dimensionen ännu tydligare. Om investeringen är mycket stor för redan på plats "going concerns" blir den mycket större för den som vill ta sig in på denna oligopolmarknad. En avtalstid på fem år med möjlighet för en anbudsgivare att i sin kalkyl ta höjd för möjligheten till två års förlängning hindrar inte konkurrensen utan är i stället ett verktyg i landstingets arbete för att vidga konkurrensen. Som Europeiska kommissionen uttalar är investeringskostnaden en faktor som berättigar till en längre avtalstid för att få verklig konkurrens (Kommissionens tolkningsmeddelande om ramavtal, Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive Document corresponding to document

CC/2005/03_rev 1 of 14.7.2005). En maximal avtalstid på sju år kan rentav vara för kort för att få medelstora och utländska aktörer att intressera sig för att lämna anbud. Det föreligger sammantaget särskilda skäl.

Förhandlingarna med Textilia har inte inneburit några väsentliga förändringar av förfrågningsunderlagets förutsättningar och Textilia har inte erhållit några lättnader i förhållande till förfrågningsunderlagets ovillkorliga krav. Ingen av de principer som LOU vilar på har trätts förnär. Berendsen har således inte visat på några överträdelser av LOU. Eftersom Berendsen känt till förfrågningsunderlagets villkor och möjligheterna för SLL att ta upp förhandlingar har Berendsen själv att stå sitt kast att inte lämna anbud. Berendsen kan inte anses som skadelidande i LOU:s mening.

Berendsen anför bl.a. följande. Berendsen har i sin överklagan inte direkt invänt mot den av SLL valda avtalstiden. Avtalstiden berördes i inlagor i resonemang om att den alldeles för korta uppstartstiden skulle komma att leda till onödigt höga investeringskostnader för Berendsen som ny leverantör, men att Berendsen – om man känt till att påkallandet av förlängningsperioden kunde vara del av en förhandling inför tilldelningsbeslut – ändå hade kunnat lämna anbud.

Det bör inte anses korrekt att förhandla om avtalets längd, utan detta bör ses som en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget då avtalets längd i ett sådant investeringstungt avtal har stor betydelse för anbudsgivares möjlighet att kalkylera inför anbudet. En förlängning av avtalstiden med cirka 30 procent kan inte anses vara en mindre ändring eller anpassning. Att upphandlingen efter många turer till slut skulle falla på avtalstidens längd var alltså inte Berendsens avsikt med den ursprungliga överklagan. Berendsen anser att kammarrätten i stället bör revidera förvaltningsrättens domslut och domskäl vad gäller de grunder som Berendsen faktiskt framfört för sitt yrkande.

SLL har svarat bl.a. följande. I och med att Berendsens talan inte omfattar avtalstidens längd får Berendsens yttrande tolkas som ett medgivande i sak av SLL:s överklagande. I vart fall lägger Berendsen inte avtalstidens längd till grund för sin talan. Sammantaget bör SLL:s överklagande bifallas i denna del.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Officialprincipen

Förvaltningsrätten har i den överklagade domen ansett att Berendsens talan får anses innefatta en invändning om att den i upphandlingen tillämpade avtalstiden står i strid med bestämmelsen i 5 kap. 3 § LOU, om att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Med den utgångspunkten har förvaltningsrätten bifallit bolagets ansökan om överprövning och förordnat att upphandlingen ska göras om. I kammarrätten har bolaget emellertid anfört att det i förvaltningsrätten inte direkt invänt mot den av SLL valda avtalstiden.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter som parten grundar sin talan på, se RÅ 2009 ref. 69. Högsta förvaltningsdomstolen fann i rättsfallet att länsrätten vid sin prövning av om ingripande skulle göras inte borde ha grundat sin bedömning på omständigheter som den sökande leverantören inte lagt till grund för sin talan. Rättsfallet kan dock inte tolkas på så sätt att parterna i ett mål om offentlig upphandling själva till fullo kan disponera över processen i förvaltningsdomstol. Officialprincipen får dock tillämpas på ett försiktigt sätt i upphandlingsmål.

När det gäller den lagstadgade övre tidsgränsen för ramavtals löptid avses med den att förhindra att ramavtal används på ett otillbörligt sätt och att

konkurrens snedvrids. En längre avtalstid än fyra år ska förekomma endast undantagsvis. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl är hänförliga till föremålet för upphandlingen (jämför prop. 2006/07:128 s. 334 och Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, 2013, s. 261 f). Mot bakgrund av detta samt att SLL som klagande part har lagt invändningar om avtalstidens längd till grund för sin talan i kammarrätten, anser kammarrätten att det i målet måste göras en prövning av om SLL såsom upphandlande myndighet har uppfyllt sin bevisbördan.

Avtalets löptid

Särskilda skäl enligt 5 kap. 3 § LOU kan föreligga t.ex. om föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden (jämför prop. 2006/07:128 s. 334 och t.ex. Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2011, andra upplagan, s. 211). Samma exempel ger EU-kommissionen i sitt tolkningsmeddelande avseende ramavtal inom klassisk sektor (CC/2005/03_rev 1 of 14.7.2005 s. 5).

Mot bakgrund av det nyss nämnda samt med beaktande av vad SLL har anfört anser kammarrätten att SLL har visat att det finns tillräckliga skäl för att tillämpa en längre avtalstid än fyra år och att dessa skäl är hänförliga till föremålet för upphandlingen.

Uppstartstidens längd

Förvaltningsrätten har ansett att det föreligger hinder (res judicata) att på nytt pröva vad Berendsen anfört om uppstartstidens längd. Detta mot bakgrund av att frågan tidigare varit föremål för domstolsprövning.

Högsta förvaltningsdomstolen fann i avgörandet HFD 2012 ref. 48 I att utredningen i målet inte visade annat än att den tid som sammantaget stått till Berendsens och andra möjliga leverantörers förfogande för att vidta de åtgärder som fördrats för att fullgöra uppdraget vid avtalsstart fick anses ha varit tillräcklig.

En förutsättning för att den nya talan ska avvisas på grund av res judicata är att talan kan anses angå samma sak som avgjorts genom det lagakraftvunna avgörandet (RÅ 2002 ref. 61). Vid tidigare domstolsprövning (HFD 2012 ref. 48 I), avseende ansökan om överprövning som gjorts innan tilldelningsbeslut meddelats i upphandlingen, omfattades prövningen av att avtal förutsattes kunna tecknas i slutet av november 2010 och ingås den 1 april 2011. Uppstartstiden har därefter förskjutits i tiden genom att tilldelningsbeslut kom att meddelas först den 25 januari 2011. I och med att nuvarande domstolsprövning avser en annan tidsperiod än vad den första domstolsprövningen gjorde, anser kammarrätten att talan i de olika processerna inte angår samma sak (jämför RÅ 2004 ref. 69). I vilken mån en lagakraftvunnen dom i mål om överprövning enligt nuvarande 16 kap. LOU kan vinna negativ rättskraft är inte heller klarlagt i rättspraxis, utan är föremål för Högsta förvaltningsdomstolens prövning (mål nr 6202–6211-12). Mot bakgrund av vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalade i HFD 2012 ref. 48 I om uppstartstidens längd anser kammarrätten emellertid att det även under nuvarande förhållanden saknas skäl för ingripande på denna grund. Förvaltningsrättens slutsats att Berendsens talan i den delen den avser uppstartstidens längd till följd av res judicata inte ska tas upp till prövning ger därmed inte anledning till någon vidare åtgärd.

Förhandlingar om utnyttjande av option

Även om Berendsen inte har åberopat några direkta invändningar mot avtalstidens längd i sig har bolaget anfört att SLL:s förhandlingar med Textilia om utnyttjandet av optionen bör ses som en väsentlig förändring


av förfrågningsunderlaget. Berendsen gör gällande att bolaget, om det känt till att utnyttjandet av optionen kunde förhandlas inför tilldelningsbeslut, också hade kunnat lämna anbud trots den korta uppstartstiden.

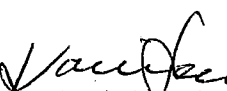
Vid förenklat förfarande får den upphandlande myndigheten enligt 2 kap. 24 § LOU förhandla med en eller flera anbudsgivare. Förhandlingarna får dock inte innebära ändringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Att SLL får uppta förhandling med en eller flera anbudsgivare anges i punkt 1.7 i anbudsinvjudan. I punkt 1.3 i anbudsinvjudan anges i nu relevant avseende endast att beställaren har rätt att på oförändrade villkor förlänga avtalet med upp till två år samt att beställaren skriftligen ska påkalla förlängning senast nio månader före avtalstidens utgång. SLL:s förhandlingar med Textilia om utnyttjande av optionen utgör därmed enligt kammarrättens mening inget avsteg från förfrågningsunderlaget och bryter inte heller mot de grundläggande upphandlingsprinciperna.



Slutsats

Kammarrätten anser att SLL har visat att det finns särskilda skäl för att tillämpa en längre avtalstid än fyra år. Den längre avtalstiden utgör således inte någon grund för ingripande. Kammarrätten anser att det inte heller på någon annan grund finns skäl att förordna om ingripande enligt LOU. Överklagandet ska därför bifallas.

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


Stefan Holgersson
lagman
ordförande


Karin Sederholm
kammarrättsråd
referent


Maria Åhrling
kammarrättsråd

Karl Rahm
föredragande



Bel A

SÖKANDE

Berendsen Textil Service AB, 556022-4171

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

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	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

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 herefter 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. Presumtiva 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 anbudet 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-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM

DOM

Allmänna avdelningen

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 ökats 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 reduktion 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 Beredelsen 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 nästa 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 leverantörerna 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 oaktat 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.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

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.

Hanteringen 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 lätnad 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 "vederbörigen 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.

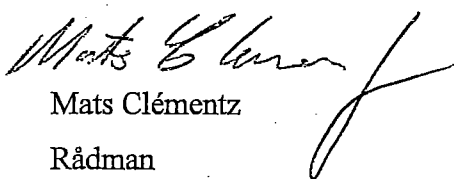
Utredningen har ansett att det är svårt att ange något exempel när bestäm- melsen kan tillämpas. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer 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.

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 nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppetts 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.