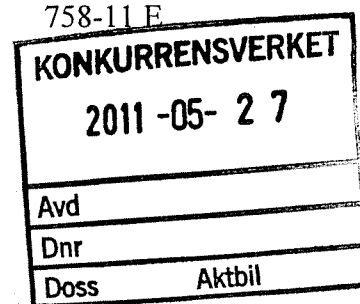




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND
 Förvaltningsrättsnotarien
 S Beg

DOM
 2011-05-26
 Meddelad i
 Härnösand

Mål nr
 758-11 E



SÖKANDE
 ÖrnTaxi AB, 556517-1021
 Box 127
 891 23 Örnsköldsvik

Ombud: Pär Cronhult
 Box 5625
 114 86 Stockholm

MOTPART
 Örnsköldsviks kommun
 891 88 Örnsköldsvik

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen av Transporter, dnr 10-42, ska göras om.

Dok.Id 21026

Postadress
 Box 314
 871 27 Härnösand

Besöksadress
 Backgränd 9

Telefon
 0611 - 34 98 00
E-post:
 forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
 0611 - 34 98 10

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Örnsköldsviks kommun genomför upphandling av transporter, dnr 10-42. I målet är upplyst att upphandlingen inleddes efter den 15 juli 2010. Genom tilldelningsbeslut den 24 februari 2011 har JS-Trafik i första hand och Byberg & Nordin antagits som leverantör avseende trafik med "fast prisbussar" upp till 8 och 16 pass. Vidare har Umeå Taxi, JS-Trafik, Byberg & Nordin och Örntaxi antagits som leverantör avseende kompletterande trafik att avropas utifrån för varje transport för kommunen förmånligast. Under rättelse om beslutet lämnades den 24 februari 2011.

ÖrnTaxi AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU, vilket har medfört att bolaget har lidit skada. Kommunen har i upphandlingsförutsättningarna inte angivit några kriterier, eller sinsemellan viktade kriterier, till ledning för bedömningen av hur det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska komma att bedömas. Kommunen har vidare antagit parallella ramavtal med fyra leverantörer utan ange någon rangordning sinsemellan för hur avrop ska ske mellan dessa avtal. Slutligen avser den aktuella upphandlingen ramavtal för en period av mellan fem och sju år, utan att det föreligger några särskilda skäl för en sådan lång avtalstid.

I förfrågningsunderlaget under punkterna 4.3 och 4.4 framgår att det anbud som sammantaget bedöms vara det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga ska antas, varvid "[b]edömningen kommer att ske utifrån anbudsgivarens skriftliga redogörelse". Några andra uppgifter eller kriterier till ledning för vilka omständigheter som kommer att läggas till grund för kommunens beslut om tilldelning eller på vilket sätt anbudsutvärderingen kommer att genomföras redovisas inte, varken i det aktuella förfrågningsunderlaget eller i något annat tillgängligt underlag för upphandlingen. Bolaget har inom föreskriven anbudsfrist inkommit till kommunen med anbud

avseende ”kompletterande trafik”, vilket har bedömts uppfylla för upphandlingen ställda krav.

Såvitt avser kontrakt om ”kompletterande trafik” har kommunen beslutat att anta fyra olika leverantörer i parallella ramavtal. Dessa har angivits i viss ordning och någon grund för den angivna ordningen redovisas inte. Av meddelandet framgår dock att ”kompletterande trafik kommer att avropas utifrån för varje transport för kommunen förmånligast”. Det är inte klarlagt vad som ska förstås med detta. Bolaget tolkar meddelandet på så sätt att kommunen förebehåller sig rätten att efter beslut om ingående av ramavtal genomföra ytterligare löpande bedömningar med olika rangordning för varje faktisk transport, utan att därför genomföra en ny konkurrensutsättning. Detta får anses vara i strid med gällande bestämmelser. Kommunen kan antingen välja att ingå ramavtal med en eller flera leverantörer, där ramavtalet reglerar samtliga relevanta omständigheter och tilldelning av kontrakt (avrop) således direkt grundas direkt på ramavtalet. I sådant fall ska kommunen rangordna leverantörerna i enlighet med hur deras anbud har fördelat sig samt teckna kontrakt med den leverantör som har lämnat bästa anbud. I avsaknad av en tydlig redovisning av viktade värderingskriterier i förfrågningsunderlaget föreligger inte någon möjlighet för kommunen att genomföra anbudsvärdering över huvud taget, varför eventuellt förekommande rangordningsbeslut kommer att brista i transparens och likabehandling.

Kommunen synes genom det sätt på vilket anbudsförutsättningarna har utformats förbehålla sig i praktiken fri prövningsrätt även vid sina löpande avrop. Slutligen strider själva upphandlingens längd mot förbudet mot långa ramavtal i 5 kap. 3 § LOU. Möjligheten till att teckna ramavtal för längre tid än fyra år ska tolkas restriktivt och det ankommer på kommunen att visa tillräckligt skäl för undantag. Några särskilda skäl i förevarande fall föreligger inte.

Eftersom åberopade felaktigheter i upphandlingen hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska förfarandet rätteligen göras om i sin helhet. Kammarrätten i Stockholms dom den 23 mars 2011 i mål nr 5609-5629-10 åberopas till stöd för bolagets talan.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Bolaget har gjort gällande att kommunen inte har angivit några kriterier eller sinsemellan viktade kriterier till ledning för bedömningen av hur det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska komma att bedömas. Kommunen menar att det inte behöver göras någon viktning utav kriterierna sinsemellan då inga kriterier är uppställda, och då är det lägsta pris som är gällande. Under upphandlingens gång är det ingen utav parterna som över huvud taget har undrat över denna fråga. Det får därför anses märkligt att frågan har uppkommit nu i efterhand när upphandlingen är avslutad.

Bolaget har vidare anfört att kommunen har antagit parallella ramavtal med fyra olika leverantörer utan att ange någon rangordning sinsemellan för hur avrop ska ske mellan dessa. Av tilldelningsbeslutet framgår att Umeå Taxi, JS-Trafik, Byberg & Nordin och Örntaxi antagits som leverantör avseende kompletterande trafik att avropas utifrån för varje transport för kommunen förmånligast. Listan är en fallande skala och innebär i frågan om kompletterande trafik att Umeå Taxi först och Örntaxi sist. Avropen kommer att utgå från lägsta pris, vilket även framgår av tilldelningsbeslutet där det står att kommunen kommer att använda sig av det mest fördelaktiga för kommunen. Mot bakgrund av att inga andra kriterier efterfrågas är kontentan att lägsta pris får anses vara det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga.

Slutligen har bolaget gjort gällande att längden på kommunens ramavtal strider mot förbudet mot långa ramavtal i 5 kap. 3 § LOU. Det stämmer så som bolaget har anfört att rekvisitet ”särskilda skäl” ska tolkas restriktivt.

Av förarbetena till bestämmelsen framgår att det åligger kommunen att påvisa att föreligger särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år vid ramavtal. Kommunen anser att det i aktuell upphandling föreligger särskilda skäl för en förlängd avtalstid. Det aktuella föremålet för upphandlingen är transporter av personer som går på särskolan och äldre människor inom äldreomsorgen. Mot bakgrund av passagerarnas svårigheter krävs det en stor kontinuitet i deras transporter för att säkerställa deras välbefinnande. Vidare finner kommunen att det föreligger särskilda skäl med hänsyn till den investeringskostnad som upphandlingen medför för den enskilde näringsidkaren. Denne måste tillhandahålla nio stycken s.k. "fastprisbussar" som ska vara specialutrustade och inte äldre än sex år. Detta innebär stora investeringskostnader och den enskilde näringsidkaren måste ha möjlighet till skatterättsliga avskrivningar, vilket inte är möjligt med korta avtalstider. Sammantaget är upphandlingen korrekt utförd. Den långa avtalstiden är väl avvägd och alla budsparter har behandlats på ett likvärdigt sätt. Slutligen vitsordas att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska tillämpas i sin lydelse efter 15 juli 2010 då upphandlingen startade efter detta datum.

Bolaget har slutligen anfört bl.a. följande. Av kommunens tilldelningsbeslut avseende "kompletterande trafik" kan inte utläsas någon rangordnad företeckning i fallande skala med Umeå Taxi främst och Örntaxi sist. Samma formulering framgår av kommunens "[s]ammanställning anbud transporter särskola/omsorg". Vad kommunen har angett om tilldelning kan inte tolkas på annat sätt än att en ny tilldelningsordning kommer att beslutas för varje individuellt avrop som löpande aktualiseras under den aktuella avtalstiden. Mot bakgrund av de brister som föreligger i förfrågningsunderlaget bestrider bolaget att det har förelegat grund enligt de gällande anbudsförutsättningarna för att över huvud taget genomföra tilldelningsvärdering och inbördes rangordning av inkomna anbud. För att pris ska kunna läggas till grund för tilldelningsvärdering och inbördes rangordning av leverantörer krävs att det av anbudsförutsättningarna tydligt fram-

går att detta kriterium ska tillmätas betydelse vid värderingen. Om kommunen hade velat att pris skulle vara ensamt utslagsgivande för beslut om tilldelning, skulle kommunen ha angivit "lägsta pris" som värderingsmodell och inte "ekonomiskt mest fördelaktiga anbud". I sådant fall hade det klart framgått för bolaget vad som gällde för upphandlingen. Såsom den aktuella upphandlingen har utformats har kommunen genom otydlighet i anbudsförutsättningarna och i praktiken byte av värderingsmodell, medverkat till att det inte har gått att förutsäga hur anbudena skulle värderas. Bolaget bestrider också att den av kommunen påstådda rangordningen, med Umeå Taxi först och ÖrnTaxi sist, grundar sig på anbudens priser. Såsom framgår av kommunens egen [s]ammanställning av anbud transporter särskola/omsorg" fördelar anbudena sig prismässigt olika beroende på körsträcka m.m., där avrop avseende vissa körsträckor i första hand ska ske från annan leverantör än Umeå Taxi.

Vad gäller avtalstiden så utgör vad kommunen har anfört om behov av kontinuitet vid transporter av barn i särskola inte särskilda skäl för förlängd avtalstid. Möjligheten till kontinuitet sammanhänger främst med vilka förare som anlitas och inte med valet av leverantörer. Såsom upphandlingen har utformats kan den berörda personalen komma att bytas ut eller omplaceras under avtalstidens längd utan begränsning. Särskoletransporterna svarar vidare endast mot en mindre del av den totala volymen transporter och skulle vid sådant behov som kommun gör gällande kunna upphandlas i särskild ordning, utan att avtalstiden om övriga transporter behöver överskida fyraårsgränsen. När det gäller krav på investering som kan följa av upphandlingen tillåts aktuella fordon vara mellan sex och tio år, beroende på vad de ska användas till. Mot bakgrund av detta och med beaktande av att det för fordon finns en väl fungerande andrahandsmarknad medför upphandlingen inte något behov av stora investeringar för leverantören, vilka bör kunna avskrivas under avtalstiden.

Kommunen har slutligen anfört bl.a. följande. Bolagets påstående om att särskole- och omsorgstransporterna endast svarar mot en liten del av den totala volymen av transporter är felaktig. I själva verket uppgår särskole- och omsorgstransporterna till 95 % av verksamheten. Sedan kan kommunen inte ställa några krav hos den enskilde näringsidkaren angående särskilda anställda hos entreprenören, utan denne förväntas av ren självbevaringsdrift använda sig av kontinuerliga chaufförer för att det över huvud taget ska kunna fungera. Vidare har bolaget anfört att det finns en stor andrahandsmarknad för de efterfrågade fordonen, vilket är felaktigt. Marknaden är i stort sett obefintlig. De efterfrågade fordonen kräver bland annat rullstolslyftar, specialinredning och dylikt. De enda som använder sådana fordon i dagsläget är den offentliga sektorn. Bolaget borde ha kännedom om att den offentliga sektorn ställer väldigt hårda miljökrav. Genom de uppställda miljökraven finns det nästan ingen andrahandsmarknad för de aktuella fordonen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Av 16 kap. 2 § första stycket samma lag framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Ett ramavtal får enligt 5 kap. 3 § LOU löpa under längre tid än fyra år endast om det finns *särskilda skäl*. Bedömningen av om det föreligger särskilda skäl ska göras utifrån vad som framgår av artikel 32.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av

byggentreprenader, varor och tjänster (direktivet), den svenska lagens förarbeten samt eventuella kommentarer och praxis på området. I artikel 32.2 fjärde och femte styckena i direktivet anges följande. Ett ramavtal får inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet. En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Av direktivets beaktandesats 11 framgår bl.a. att ramavtalets löptid bör begränsas och bör inte kunna överstiga fyra år, utom i fall som är vederbörligen styrkta av de upphandlande myndigheterna.

I den Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal (Explanatory note - Framework agreements - Classic Directive Document corresponding to document CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005) hänvisas till att undantag från fyraårsregeln skulle kunna komma i fråga för att försäkra sig om effektiv konkurrens i fall där föremålet för kontraktet krävt investeringar som har en avskrivningstid på mer än fyra år. Man hänvisar därvid till att utvecklandet av effektiv konkurrens på upphandlingsområdet är en av målsättningarna med direktiv på detta område.

I delbetänkandet Nya upphandlingsregler sägs i kommentaren till den aktuella lagtexten (SOU 2005:22 s. 279) bl.a. följande. Enligt utredningens uppfattning bör ett krav på att "särskilda skäl" ska finnas kunna motsvara direktivets undantagsfall. Det är dock svårt att ange något exempel på vad som kan utgöra ett särskilt skäl. Möjligen skulle det kunna vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå längre tid än fyra år och som naturligt upphör när det avslutas.

Förvaltningsrätten kommer att ta ställning till följande frågor.

1. Är kommunens tilldelningsbeslut i strid med den utvärderingsprincip som angetts i förfrågningsunderlaget?

2. Finns särskilda skäl för att tillåta att avtalstiden för aktuell upphandling överskrider längsta tillåtna ramavtalstid enligt 5 kap. 3 § LOU?
3. Kan bolaget komma att lida skada, m.m.?

1. Är kommunens tilldelningsbeslut i strid med den utvärderingsprincip som angetts i förfrågningsunderlaget?

Av förfrågningsunderlaget, punkten 4.3, framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Bolaget har anfört att kommunen inte har angivit några kriterier, eller sinsemellan viktade kriterier i upphandlingsförutsättningarna, till ledning för bedömningen av hur det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska komma att bedömas. Kommunen har å sin sida anfört att – med beaktande av att inga andra kriterier efterfrågas – anbud med lägsta pris får anses vara det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga.

För att bedöma vilket av lämnade anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga är det dock vid utvärderingen otillräckligt att inte ta hänsyn till fler omständigheter än anbudspriset. Även om kommunen vid utvärderingen följt det i förfrågningsunderlaget angivna tillvägagångssättet, kan kommunen genom den använda utvärderingsmodellen inte anses ha haft möjlighet att avgöra vilken anbudsgivare som erbjudit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förvaltningsrätten finner således att kommunen har brutit i det krav på affärsmässighet som ställs upp i LOU.

2. Finns särskilda skäl för att tillåta att avtalstiden för aktuell upphandling överskrider längsta tillåtna ramavtalstid enligt 5 kap. 3 § LOU?

Kommunen har hänvisat till att den aktuella upphandlingens karaktär, med stort behov av kontinuitet och krav på investeringar för den enskilde näringsidkaren, gör att det föreligger särskilda skäl att upphandla förlängningen redan vid ursprungsupphandlingen. Förvaltningsrätten anser att behovet av kontinuitet inte i tillräcklig utsträckning är hänförligt till före-

målet för upphandlingen. Kommunen har inte visat att investeringskraven är så betungande för leverantören att det krävs en längre avtalstid för att de ska betala sig. Kommunen har således inte visat att det föreligger några särskilda skäl för att tillåta att avtalstiden för aktuell upphandling överskrider längsta tillåtna ramavtalstid enligt 5 kap. 3 § LOU.

3. Kan bolaget komma att lida skada, m.m.?

För att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske krävs enligt 16 kap. 2 § LOU att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten har tidigare konstaterat att kommunens förfarande när det gäller utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot 1 kap. 9 § LOU. Även om de övriga vinnande bolagen lämnat ett lägre anbudspris än bolaget går det enligt förvaltningsrätten inte att utesluta att bolaget kunnat få en annan utvärdering om bristerna avseende förfrågningsunderlaget åtgärdats. Bolaget kan därför komma att lida skada. Då det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget kan rättelse inte ske.

Redan mot bakgrund av vad som angetts ovan ska upphandlingen göras om.

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



Martin Gustafsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

