



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-06-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8908-14

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Taxi 020 Aktiebolag, 556470-1919

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-06-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Botkyrka kommuns upphandling av persontransporttjänster, 2014:69, ska göras om.

Dok.Id 484807

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
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun genomför en upphandling av persontransporttjänster, 2014:69. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Taxi 020 AB (härefter Taxi 020) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Botkyrka kommun bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Parternas argumentation

Taxi 020 menar att det krav avseende kollektivavtal som anges i bilaga 3 till förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen innebär att upphandlande myndighet har åsidosatt de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Kravet i fråga har följande utformning:

”Leverantören är skyldig att vidta åtgärder så att inte lag eller gällande svenska kollektivavtal för arbetet åsidosätts. Om leverantören inte tecknat svenskt kollektivavtal skall ändå motsvarande villkor gälla för leverantörens anställda. Detsamma skall gälla för eventuella underentreprenörer som leverantören anlitat för att fullgöra avtalet.

På begäran av kommunen skall leverantören lämna erforderliga uppgifter och handlingar för att skyldigheterna enligt ovan skall kunna kontrolleras.

Skulle leverantören brista i fullgörandet av detta åtagande äger kommunen häva avtalet om bristen är väsentlig.”

Botkyrka kommun har under anbudstiden förtydligat kravet i "Frågor och svar", vilket är att se som en del av förfrågningsunderlaget.

Följande fråga ställdes:

"Vad menas med 'motsvarande villkor' till svenskt kollektivavtal? Måste leverantören tillhandahålla alla försäkringar i FORA paketet (AGS, AGB, omställningsstöd, TGL, TFA, tjänstepension, TYA) och i samma omfattning dvs 5,16 procent av lönesumman?"

Botkyrka kommun besvarade denna fråga på följande sätt:

"Med motsvarande villkor avses att arbetsgivare och arbetstagarpart ska ha en överenskommelse som gäller för lönesättningen t.ex. arbetsprestation, ansvar och svårighetsgrad och hur lönesättningsprocessen går till. Motsvarande villkor innebär också att det finns reglerat hur mycket arbetsgivaren ska betala till arbetstagarens framtida pension, ersättning vid föräldraledighet och sjukdom. Att semester reglerats och på vilket sätt det finns stöd vid omorganisation och nedskärningar. Att ersättning för övertidsarbete och obekvämt arbetstid har reglerats men även hur och när anställda har rätt till inflytande och information om beslut, så kallat medbestämmande för de anställda samt anställdas möjlighet till kompetensutveckling. Vad avser frågan om vilka försäkringar leverantören måste tillhandahålla så har kommunen inga synpunkter på vad sådana försäkringar ska omfatta så länge 'motsvarande villkor' uppfylls."

Botkyrka kommun anför till stöd för sitt bestridande av Taxi 020:s talan i huvudsak följande. Kommunen har med stöd av 1 kap. 9 a § LOU och 6 kap. 13 § LOU bedömt att det finns möjlighet att ta sociala hänsyn och också ställa krav på villkor för hur kontraktet ska fullgöras, då upphandlingens art motiverar detta. Villkoren i ett svenskt kollektivavtal kan göras gällande för ett kontrakt som utförs av leverantörer under förutsättning att kollektivavtalet uppfyller EU-rättens krav på att vara förutsägbart, tydligt och preciserat. Kommunen medger att formuleringen i det särskilda kontraktsvillkor som bifogades förfrågningsunderlaget kunde formuleras på ett med förutsägbart, tydligt och preciserat sätt. Kommunen har under anbudstiden i "Frågor och svar" förtydligat villkoret. Taxi 020 har inte utnyttjat möjligheten att begära ytterligare förtydligande. Bolaget

har valt att lämna anbud som inkluderar en accept av det aktuella villkoret. Bolaget har inte trätt i bevis att bolaget har lidit skada på grund av de krav kommunen har ställt.

Kravet på svenskt kollektivavtal

Förvaltningsrätten anser inledningsvis att Botkyrka kommun inte kan kräva att en anbudsgivare ska vara bunden av ett svenskt kollektivavtal. Som grund för denna bedömning hänvisar förvaltningsrätten till Europeiska kommissionen tolkningsmeddelande KOM(2001) 566. Där har kommissionen uttalat att om ett företag, som har sitt säte i en annan medlemsstat och inte undertecknat det nationella kollektivavtal som gäller för den berörda sektorn i den upphandlande myndighetens land, av dessa skäl utesluts från att delta i en offentlig upphandling, skulle detta inte bara strida mot upphandlingsdirektiven utan också kunna vara ett brott mot friheten att tillhandahålla tjänster, och i förekommande fall även mot etableringsfriheten. Vidare har Kammarrätten i Stockholm i dom den 28 mars 1995 i mål nr 1713-1995 funnit att ett krav i en offentlig upphandling på att en entreprenör skulle vara bunden av kollektivavtal stod i strid med LOU.

Kravet på motsvarande villkor

Frågan är då om det aktuella kravet i upphandlingen kan bedömas acceptabelt genom att Botkyrka kommun har angett att för det fall leverantören inte tecknat svenskt kollektivavtal ska "motsvarande villkor" gälla.

Av 6 kap. 13 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Detta innebär att en upphandlande myndighet har möjlighet att

uppställa vissa arbetsrättsliga villkor. Dessa villkor ska dock stå i överensstämmelse med 1 kap. 9 § LOU. Enligt den bestämmelsen ska upphandlande myndigheter 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.

De särskilda kontraktsvillkoren ska alltså vara förenliga med icke-diskrimineringsprincipen och övriga för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer, dvs. likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet, samt fördragets regler om den inre marknaden. Ett särskilt kontraktsvillkor ska således vara proportionellt i förhållande till kontraktet i övrigt. Villkoret kan därför endast avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas. Ett mer svepande krav som skulle avse även andra delar av verksamheten skulle kunna ifrågasättas stå i strid med proportionalitetsprincipen, eftersom det inte har tillräcklig anknytning till det som upphandlats. Detta framgår bl.a. av prop. 2006/07:128 s. 199.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan förutse vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid utvärderingen av anbuden. I samma dom uttalar HFD att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet emellertid gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de grundläggande principerna inte träds för när. EU-domstolen har understrukit vikten av att alla anbudsgivare ska kunna tolka uppställda kriterier på samma sätt och angett att förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (mål C-19/00, SIAC Construction, p. 42, se

även t.ex. Kammarrättens i Stockholm dom den 11 september 2013 i mål nr 2846-13 samt dom den 12 mars 2014 i mål nr 4777-13).

Förvaltningsrätten bedömer att Botkyrka kommun i det svar som getts i "Frågor och svar" har exemplifierat den typ av bestämmelser som kan förekomma i svenska kollektivavtal. Kommunen har angett ett antal olika områden som ska regleras, såsom lönesättning, semester, ersättning för övertidsarbete osv., men kommunen har inte närmare förtydligat hur dessa områden ska regleras. Enbart att dessa saker regleras hos anbudsgivaren kan inte enligt förvaltningsrättens mening vara tillräckligt för att finna att villkor motsvarande de i ett svenskt kollektivavtal finns. Det framgår inte heller tydligt om kommunens uppräknade områden i "Frågor och svar" är uttömmande. Vad gäller frågan om vilka försäkringar som krävs tolkar förvaltningsrätten kommunens svar som att det finns ett krav på att försäkringar ska tillhandahållas och att det lämnas till anbudsgivaren att själv räkna ut vilka försäkringar som ska tillhandahållas för att "motsvarande villkor" ska anses vara uppfyllt. Förvaltningsrätten finner därmed att det, trots kommunens svar i "Frågor och svar", är mycket oklart vilka avtalsbestämmelser som kommunen avser ska gälla.

Förvaltningsrätten anser att två rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer skulle kunna tolka kravet på mycket skilda sätt. Förvaltningsrätten anser även att det skulle bli mycket svårt för en anbudsgivare att visa att villkoren uppfylls utan att vara bunden av något kollektivavtal. Denna otydlighet innebär också att det är omöjligt att bedöma om kravet är förenligt med proportionalitetsprincipen. Det går t.ex. inte att avgöra om villkoren har tillräcklig anknytning till det som upphandlas och om de endast avser den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas.

Förvaltningsrätten finner därför att det aktuella kravet i bilaga 3 till förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens (öppenhet).

Botkyrka kommun har anfört att anbudsgivare har möjlighet att begära förtydliganden i "Frågor och svar". Det är emellertid den upphandlande myndigheten ansvar att se till att förfrågningsunderlaget uppfyller de krav som ställs enligt bestämmelserna om offentlig upphandling. Oklarheter i ett förfrågningsunderlag kan således inte avhjälpas enbart genom att anbudsgivarna har möjlighet att ställa frågor. Den omständigheten att Taxi 020 inte har begärt något ytterligare förtydligande innebär därmed att upphandlingen har genomförts i enlighet med de bestämmelser som gäller för offentlig upphandling. Inte heller den omständigheten att Taxi 020 har valt att, trots bristerna, lämna ett anbud föranleder någon annan bedömning.

Ingripande

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrätten bedömer att otydligheterna har försvårat för Taxi 020 att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser därför att bolaget har visat att det i vart fall kan komma att lida skada på grund av Botkyrka kommuns överträdelse.

Det finns således grund för förvaltningsrätten att besluta om ingripande enligt LOU. Den brist som har konstaterats är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Ingripande ska därför ske genom att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.