



SÖKANDE

Centrala Buss i Norrbotten AB, 556419-2895
Sandviksgatan 43
972 32 Luleå

Ombud: Advokat Erik von Ahn
Advokaterna von Ahn AB
Pilgatan 6 G
903 31 Umeå

MOTPART

Länstrafiken i Västerbotten AB, 556071-4478
Box 134
921 23 Lycksele

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjnings-
sektorerna - LUF

KONKURRENSVERKET	
2018-11-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Länstrafiken i Västerbotten AB (Länstrafiken) genomför en upphandling av kollektivtrafik med buss, objekt 19100, Linje 45 (Östersund – Gällivare), ”Inlandstrafiken 2019”. Vid upphandlingen används förhandlat förfarande.

Centrala Buss i Norrbotten AB (Centrala Buss) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Länstrafiken motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Centrala Buss anför bl.a. följande.

Länstrafiken har ställt upp särskilda villkor för fullgörandet av upphandlingskontraktet. Ett av villkoren utgör ett krav på att det trafikföretag som tilldelas upphandlingskontraktet ska ta över det föregående trafikföretagets personal.

Centrala Buss har förståelse för att kravet är ett försök av Länstrafiken att beakta sociala hänsyn. Ett krav på övertagande av personal medför emellertid att leverantörer inte behandlas på ett likvärdigt sätt och kan ge omotiverade konkurrensfördelar till den nuvarande leverantören. Den nuvarande leverantören kan lämna anbud utifrån sin nuvarande organisation medan andra leverantörer inte har möjlighet att använda sin befintliga organisation och personal som ett konkurrensmedel. Andra leverantörer behöver ta ställning till vilka konsekvenser det medför att ta över nuvarande leverantörs personal och hur det påverkar den egna personalen.

Kravet är inte heller proportionerligt. Syftet med kravet synes vara att beakta sociala hänsyn och skydda arbetstagarnas rättigheter. Ett sådant krav riskerar emellertid att försämra rättigheterna för leverantörens nuvarande

anställda. Intresset av att skydda rättigheterna för nuvarande leverantörens arbetstagare står inte i proportion till risken av en hämmad konkurrens.

Den justering som Länstrafiken gjort utgör endast en justering i förutsättningarna för tilldelningsprövning och förändrar inte det grundläggande kravet på skyldighet att överta tillsvidareanställda bussförare.

Enligt det justerade förfrågningsunderlaget har Länstrafiken uppställt krav på att den vinnande leverantören ska erbjuda tillsvidareanställda bussförare på nuvarande trafikföretag anställning. Villkoret tangerar kravet i 6 b § lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS) på övertagande av personal i samband med verksamhetsövergång. Bestämmelsen innebär en rätt för anställda att följa med vid verksamhetsövergång.

Enbart den omständigheten att arbetsuppgiften som sådan gått över innebär inte att det är fråga om övergång av verksamhet. Ett belysande exempel är Arbetsdomstolens dom i AD 1995 nr 163 om entreprenörsbyte vid bussverksamhet. I fallet hade de nya entreprenörerna inte övertagit arbetskraft, administration, fordon, fastigheter eller andra materiella tillgångar och det talade enligt Arbetsdomstolen med avsevärd styrka för att verksamheten inte bevarat sin identitet.

Mot bakgrund av hur bestämmelsen i 6 b § LAS tillämpas, finns i den nu aktuella upphandlingen inte skäl anta att ett leverantörsbyte är att anse som en verksamhetsövergång.

Det har förekommit att upphandlande myndigheter i upphandlingar ställt krav på att verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS ska ske oavsett om kriterierna för verksamhetsövergång är uppfyllda.

Enligt Rosén Andersson, m fl, Lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, publicerad i Zeteo 2015-05-01, har något sådant krav ännu inte prövats av domstol och det är, enligt kommentarsförfattarna, osäkert hur ett sådant krav skulle bedömas vid en domstolsprövning. Deras utgångspunkt är att det finns en hög risk för att det strider mot proportionalitetsprincipen att ställa ett krav som går utöver arbetsrättslagstiftningen, särskilt om det drabbar små eller medelstora företag som kan tvingas avstå från att lämna anbud i upphandlingar av det skälet att de saknar möjlighet att överta personal på det sätt som förutsätts i upphandlingen. Kravet kan på så sätt även verka konkurrensbegränsande och riskera att olikbehandla svenska leverantörer och leverantörer med säte i ett annat EU-medlemsland.

För det fall kravet på övertagande av personal skulle befinnas tillåtet, åsidosätter ändå Länstrafiken principen om transparens därigenom att tilldelningsprövningen ska ske i enlighet med en modell för utvärdering av kvalificerade anbud där vart och ett av anbuden ska prövas mot en genomsnittlig total lönekostnad/årsarbetare. Modellen innebär således att värdet hos vart och ett av anbuden görs beroende av värdet av övriga anbud. En leverantör kan inte heller förutse huruvida de löneparametrar övriga leverantörer lämnar är relevanta eller korrekta. Ett sådant utvärderingskriterium innebär således att deltagande leverantörer inte fullt ut kan bedöma det ekonomiska värdet i deras egna anbud, eftersom anbudsvärdena görs beroende av övriga anbuds innehåll. En sådan ordning innebär ett brott mot transparensprincipen och därmed också mot LUF.

Till följd av att upphandlingen strider mot principerna om likabehandling och proportionalitet riskerar Centrala Buss att lida skada.

Länstrafiken anför bl.a. följande.

Länstrafiken har beslutat att ändra upphandlingsdokumenten och anser att kravet på övertagande av personal nu inte brister i likabehandling eller proportionalitet.

Utdrag från den nya texten i upphandlingsdokumenten återges nedan:

"I trafikuppdraget ingår att tillsvidareanställda bussförare på nuvarande trafikföretag ska erbjudas anställning på nytt trafikföretag. Det verkliga utfallet av dessa erbjudanden är inte kända för varken anbudsgivare eller beställaren vid anbudsgivning, förhandling och kontraktsskrivning. Detta innebär att åtgärder vidtas för att säkerställa jämförbarhet mellan inkomna anbud.

Den metod som beställaren valt för att uppnå denna konkurrensmässiga jämförbarhet innebär att anbudsgivare i sitt anbud tydligt skall ange vilka antaganden, kalkyler och belopp som är hänförliga till eventuellt övertagande av personal. Dessa antaganden, kalkyler och belopp kommer i samband med förhandlingsfasen att justeras av beställaren.

Denna justering innebär att alla anbud kommer att utvärderas med hjälp av samma antagande och kalkyler för att uppnå jämförbarhet och konkurrensneutralitet [...]

Beställaren kommer vid utvärderingen av anbuden att räkna av de för respektive anbud angivna totala lönekostnaderna och ersätta dessa med en genomsnittlig total lönekostnad per årsarbetare för samliga godkända anbud. Detta genomsnitt multipliceras därefter med anbudets årsarbetare för att på så sätt erhålla ny total lönekostnad för anbudet. På detta sätt vill Upphandlande myndighet undvika orättvisa jämförelser mellan anbud orsakade av att anbudsgivare inte har all information om de anställda som skall erbjudas anställning. Denna justering görs endast för utvärdering av anbudspris och påverkar inte på något sätt den ersättning som framtida trafikföretag erhåller."

Det är inte fråga om verksamhetsövergång, något sådant krav har inte ställts, varför Centrala Buss argumentation i den delen inte tillför något.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (4 kap. 1 § LUF)

En upphandlande enhet får 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 15 kap. 2 § andra stycket och anges i upphandlingsdokumenten. (16 kap 1 § LUF)

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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. (20 kap. 6 § första stycket LUF)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Centrala Buss menar i första hand att utformningen av upphandlingsdokumenten strider mot såväl likabehandlingsprincipen som proportionalitetsprincipen genom det särskilda villkoret om övertagande av personal.

Den slutliga utformningen av villkoret ifråga återges under Länsstrafikens anförande. Det bör vidare påpekas att det är ostridigt mellan parterna att upphandlingen inte medför någon verksamhetsövergång.

Förvaltningsrätten noterar att upphandlande enheter/myndigheter genom de nya upphandlingsdirektiven getts ökade möjligheter att ställa bl.a. sociala villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Utöver anknytning till det som ska anskaffas är det de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som sätter gränser för vilka villkor som får ställas, jfr uttalanden i författningskommentaren till motsvarande bestämmelse i LOU (prop. 2015/16 s 195 s. 1118).

I likhet med vad som anförts av Centrala Buss anser förvaltningsrätten att ett villkor om övertagande av personal medför att leverantörer inte behandlas på ett likvärdigt sätt och kan ge omotiverade konkurrensfördelar till befintlig leverantör. Den justerade utvärderingsmodellen föranleder inte någon

annan bedömning, då det är åtagandet i sig som försvårar möjligheterna att utforma konkurrenskraftiga anbud för andra leverantörer än den befintlige. På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att villkoret strider mot likabehandlingsprincipen. Eftersom villkoret missgynnar andra leverantörer än den nuvarande måste Centrala Buss anses ha lidit, eller kunnat komma att lida, skada till följd av villkoret. Grund för åtgärder enligt 20 kap. 6 § LUF föreligger därmed.

Vid val av åtgärd kan konstateras att i målet aktuell brist hänför sig till upphandlingsdokumenten, dvs. till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)


Lena Bergsdorf
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.

