



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-04-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5307-14

SÖKANDE

Samtrans Skol- och handikapptransporter AB, 556291-1965

Ombud: Advokat Jon Kihlman
Västra Trädgårdsgatan 15
111 53 Stockholm

MOTPARTER

1. Nacka kommun
2. Täby kommun
3. Vaxholms stad

Ombud: SKL Kommentus Inköpscentral AB
117 99 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning av offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-04-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 465909

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.

Nacka kommun, Täby kommun och Vaxholms stad (kommunerna) genomför en upphandling av persontransporter (STIC 2014) enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Samtrans Skol- och handikapptransporter AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Bestämmelsen i de kommersiella avtalsvillkoren punkt 4.36 tredje stycket är oproportionerlig. Villkoret är inte lämpligt eller effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet och avtalsvillkoret är således inte heller nödvändigt för att uppnå syftet. Effekten av bestämmelsen är att utvärderingen av anbud i praktiken kommer att avgöras av hur anbudsgivarna har gissat beträffande den risk som bestämmelsen innebär. Bolaget har uppfattat den risk som bestämmelsen innebär till 50 procent av uppdragets värde och de har därför höjt sitt anbudspris med 50 procent. De riskerar att förlora upphandlingen om andra anbudsgivare har uppskattat risken till ett lägre värde och därmed lämnat lägre anbud. Bestämmelsens negativa effekter är inte proportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet med villkoret.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås och anför bland annat följande. Proportionalitetsprincipen är över huvud taget inte tillämplig på kommersiella avtalsvillkor som det ifrågasatta avtalsvillkoret, eftersom villkoret inte påverkar kontraktstilldelningen. För det fall proportionalitetsprincipen bedöms vara tillämplig ska avtalsvillkoret anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Bolaget har inte heller konkretiserat på vilket sätt det kan komma att lida skada av den anförda bristen.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av att den upphandlande myndigheten vid upphandlingen har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i lagen.

Skada

Kommunerna har anfört att bolaget inte preciserat på vilket sätt det kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten konstaterar att om avtalsvillkoret skulle bedömas vara oproportionerligt skulle detta innebära en brist i det konkurrensuppsökande skedet, vilket skulle kunna leda till att upphandlingen görs om. Det är i dessa fall tillräckligt att den klagande leverantören kan övertyga domstolen om att felet har påverkat det sätt på vilket leverantören har utformat anbudet och att leverantören, om felet inte förelåg, hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten finner att vad bolaget anfört i denna del räcker för att bolaget, om villkoret bedöms oproportionerligt, ska anses ha lidit eller kan komma att lida skada.

Proportionalitetsprincipen är tillämplig

Avsnitt 4 i förfrågningsunderlaget har rubriken avtalsvillkor. Punkt 4.36 reglerar i vilka situationer part befrias från sina åtaganden enligt avtalet. I punkt 4.36 tredje stycket anges att avtalsenlig konflikt på arbetsmarknaden inte ska anses som befrielsegrund.

Kommunerna har i första hand gjort gällande att proportionalitetsprincipen över huvud taget inte är tillämplig på det aktuella avtalsvillkoret. Till stöd för detta har de anfört följande. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. I direktiv 2004/18 anges följande i skäl 33. Villkoren för fullgörande av kontrakt är förenliga med detta direktiv om de inte är direkt eller indirekt diskriminerande och om de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. I SOU 2013:12 bilaga 11 a) s. 30 anges att utförandevillkor inte ska prövas mot det så kallade inre marknadstestet, med en prövning i tre steg. Anledningen till att villkor för fullgörande av kontrakt inte behöver vara förenliga med proportionalitetsprincipen är att dessa krav inte påverkar kontraktstildelningen.

Bolaget har anfört att proportionalitetsprincipen ska vara tillämplig på det aktuella avtalsvillkoret och uppgett bland annat följande. Det aktuella avtalsvillkoret har en avgörande betydelse för tilldelning av kontrakten. Det är sannolikt att anbudsgivarnas gissningar beträffande risken för en konflikt som omfattas av avtalsvillkoret kommer att vara avgörande för tilldelningen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i punkt 4.4 i förfrågningsunderlaget anges att avtalsvillkoren ska accepteras. Anbudsgivaren ska besvara frågan om avtalsvillkoren accepteras med "ja" eller "nej". Kravet i punkt 4.4 är ett ska-krav och en anbudsgivare som inte accepterar avtalsvillkoren ska således uteslutas ur upphandlingen. En anbudsgivares inställning till avtalsvillkoren, däribland det ifrågasatta villkoret i punkt 4.36 tredje stycket, får därmed en avgörande betydelse för om anbudet kvalificeras eller inte. Avtalsvillkoret påverkar därmed tilldelningen av kontrakt. Mot denna bakgrund bör avtalsvillkoret enligt förvaltningsrättens mening kunna bli föremål för en proportionalitetsbedömning.

Avtalsvillkoret strider inte mot proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen hör till gemenskapsrättens allmänna principer. En proportionalitetsbedömning kan och bör genomföras i form av en strukturerad avvägning mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det eftersträvade syftet.

Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov. Så länge det står i överensstämmelse med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen, står det också myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget i enlighet med det som myndigheten anser mest ändamålsenligt.

Åtgärden är lämplig och effektiv

Villkor 4.36 med rubriken "Befrielsegrunder (force majeure)" har följande lydelse.

Part befrias från sina åtaganden enligt Avtalet om fullgörandet därav förhindras på grund av omständigheter utanför dess kontroll som denne skäligen inte kunde förutse vid avropstillfället och vars följder denne inte skäligen kunnat undvika eller övervinna.

Som sådan omständighet ska anses

- krig, krigsliknande tillstånd,
- jordbävning,
- eldsvåda,
- beslut från regeringen eller annan myndighet samt
- icke avtalsenlig konflikt på arbetsmarknaden.

Avtalsenlig konflikt på arbetsmarknaden ska inte anses som befrielsegrund.

Kommunen och Leverantören ska verka för att hitta alternativa lösningar så att uppdraget trots ovan hinder kan fullföljas. Part som avser åberopa ovan beskriven omständighet ska omgående skriftligen underrätta motpart därom.

Så snart den åberopade omständigheten upphört ska part underrätta motpart samt omedelbart återuppta åtagandet i avtalad omfattning. Har hindret bestått i mer än sex (6) månader har SKI rätt att häva detta Avtal till omedelbart upphörande.

Enligt kommunerna är syftet med det aktuella avtalsvillkoret att skapa högsta möjliga sannolikhet för att anbudsgivarna ska komma att leverera i enlighet med avtalet. Kommunerna anför vidare i huvudsak följande. En avtalsenlig konflikt uppkommer inte plötsligt, utan föregås av varsel och förhandlingar. Avtalsvillkoret borde få till effekt att leverantören så långt det är möjligt ser till att de samhällsviktiga transporterna enligt avtalet utförs, kanske med företräde för annars mer inkomstbringande verksamheter. För det fall leverantörens egen personal blir otillgänglig i sådan omfattning att transporterna inte kan utföras finns inget hinder i avtalet mot att leverantören, efter godkännande, anlitar underleverantörer för utförandet av transporterna. Enligt bolagets anbud har de transportavtal med ca 180 underleverantörer.

Bolaget har gjort gällande att det eftersträvade syftet inte uppnås genom avtalsvillkoret och anför följande. Leverantören ansvarar redan enligt övriga delar av villkoren i punkt 4.36. Villkoret i punkt 4.36 tredje stycket får därför endast självständig effekt när omständigheter utanför en leverantörs kontroll hindrar leverantören från att fullgöra avtalet och leverantören varken kan undvika eller övervinna följderna av omständigheten. En avtalsenlig konflikt på arbetsmarknaden kommer sannolikt att innebära att en leverantör inte kommer att kunna utföra några transporter. Villkoret påverkar därför över huvud taget inte sannolikheten för att leverans ska komma att ske och det är därför inte lämpligt eller effektivt för att uppnå syftet.

Förvaltningsrätten anser att avtalsvillkoret i punkt 4.36 måste läsas i sin helhet vid bedömningen av om det tredje stycket utgör en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. I det fjärde stycket anges att kommunen och leverantören ska verka för att hitta alternativa lösningar så att uppdraget trots ovan hinder kan fullföljas. Detta talar enligt förvaltningsrättens mening emot att begreppet "förhindras" i det första stycket enbart skulle avse den situationen att ett fullgörande av avtalet helt omöjliggörs, utan begreppet bör även innefatta situationer då leverans försvåras utan att leverans för den skull helt omöjliggörs. En sådan tolkning innebär att villkoret i tredje stycket utgör en påtryckning för leverantörer att leverera i enlighet med avtalet, genom att t.ex. anlita underleverantörer, i de fall en avtalsenlig konflikt förhindrar ett fullgörande av avtalet med ordinarie personal. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att avtalsvillkoret får anses utgöra en lämplig och effektiv åtgärd för att öka sannolikheten att anbudsgivare levererar i enlighet med avtalet.

Åtgärden är nödvändig

Bolaget har gjort gällande att eftersom villkoret inte är lämpligt eller effektivt är det inte heller nödvändigt för att uppnå syftet. Det eftersträvade syftet med villkoret uppnås redan genom första och andra stycket i punkt 4.36.

Kommunerna har anfört följande. Vad som upphandlas är i huvudsak transporter som kommunerna är skyldiga att utföra enligt lag. Dessa lagstadgade skyldigheter att transportera skolbarn, äldre och funktionsnedsatta upphör inte på grund av en avtalsenlig konflikt. Sådana samhällsviktiga tjänster måste utföras. Kostnaden för dem att lösa situationen och ordna ersättningstransporter skulle vara hög.

Förvaltningsrätten finner att det inte har framkommit något mindre ingripande alternativ som i tillräcklig utsträckning motsvarar det aktuella avtalsvillkoret. Det första och andra stycket i punkt 4.36 kan enligt förvaltningsrätten inte ersätta det tredje stycket. Villkoret är således nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.

Den negativa effekten är inte oproportionerlig

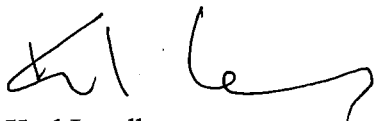
Bolaget har anfört följande. Bestämmelsen innebär en risk för avsevärda ekonomiska svårigheter för anbudsgivare. En avtalsenlig konflikt på arbetsmarknaden kommer sannolikt att innebära att en leverantör inte kommer att kunna utföra några transporter. Avtalet omfattar uppskattningsvis åtminstone 400 transporter per dag. Vite utgår vid utebliven transport med 5 000 kr per tillfälle. Om förseelsen upprepas, vilket torde vara oundvikligt, dubblas vitet och utgår med 10 000 kr per tillfälle. Den första konfliktdagen skulle vite kunna utgå med uppskattningsvis 200 000 kr. För varje efterföljande dag skulle vite utgå med ca 400 000 kr. Härtill kommer att myndigheten också har rätt att häva avtalet och har rätt till skadestånd. Det är däremot omöjligt att beräkna sannolikheten för att en konflikt som omfattas av villkoret kommer att inträffa.

Kommunerna har anfört följande. Tillräckligt med information för bedömning av de ekonomiska effekterna av avtalsvillkoret kan inte föreligga förrän bestämmelsen ska tillämpas. Om en tillämpning av klausulen skulle få ett ekonomiskt oskäligt innehåll finns bestämmelser om jämkning i avtalslagen. Bolaget borde kunna se till att leverans sker om en avtalsenlig konflikt uppstår. De kan ta in underleverantörer utan att dessa betraktas som strejkbrytare. Det verkar därmed vara uteslutet att bolaget ska kunna lida skada på grund av avtalsvillkoret.

Förvaltningsrätten anser att bolaget inte har visat att en avtalsenlig konflikt på arbetsmarknaden skulle omöjliggöra leverans. Det är således inte visat att en sådan konflikt skulle aktualisera eventuella negativa effekter i form av vite, skadestånd eller hävning av avtalet. Det har inte framkommit att en accept av det aktuella avtalsvillkoret skulle vara orimligt ingripande för en anbudsgivare. Vid en bedömning av de anförda omständigheterna och vad som framkommit i målet finner förvaltningsrätten att de negativa konsekvenserna av villkoret inte har visats vara så stora att villkoret kan anses oproportionerligt i förhållande till det eftersträvade syftet. Avtalsvillkoret är sakligt motiverat och kan inte heller anses strida mot någon av de andra grundläggande principerna i LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Karl Lundberg

Rådman

Charlotte Wallberg har föredragit målet.



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 nå 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.