



RÄTTEN

Kammarrättslagmannen Birgitta Pettersson, ordförande
Kammarrättsrådet Birgitta Henriksson, referent *BH*

FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE

Föredraganden Marie Andersson

KLAGANDE

Rossing Åkeri & Logistik AB, 556716-8579
Svarvaregatan 20
302 50 Halmstad

MOTPART

Halmstads kommun
Box 153
301 05 Halmstad

KONKURRENSVERKET	
2012-07-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 29 juni 2012 i mål nr 5351-12

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; fråga om
prövningstillstånd

Målet föredras, varefter kammarrätten fattar följande

BESLUT

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande
står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS BESLUT

Det överklagade avgörandet får prövas av kammarrätten bara om kammarrätten har meddelat prövningstillstånd. Vad som krävs för att få prövningstillstånd framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (SFS 1971:291).

Prövningstillstånd får meddelas endast

- om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av kammarrätten (prejudikatdispens)
- om anledning förekommer till ändring av förvaltningsrättens avgörande (ändringsdispens) eller
- om det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinär dispens).

Kammarrätten har gått igenom allt material som kommit in hit och det som tidigare instanser haft tillgång till.

Kammarrätten har kommit fram till att det inte finns skäl att meddela prövningstillstånd i detta fall.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1). Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.



Marie Andersson

Protokollet uppvisat och beslutet meddelat 2012 -07- 1 0



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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.



SÖKANDE

Rossing Åkeri & Logistik AB, 556716-8579
Svarvaregatan 20
302 50 Halmstad

MOTPART

Halmstads kommun
Box 153
301 05 Halmstad

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Halmstads kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av varudistribution, diarienummer KS 2011/0476. Ett öppet förfarande har tillämpats. Av tilldelningsbeslutet daterat den 5 april 2012 framgår att Rossing Åkeri & Logistik AB (RÅLAB) inte har gått vidare till utvärderingen.

YRKANDEN M.M.

RÅLAB

RÅLAB begär överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att RÅLAB ska tas med vid utvärderingen. I andra hand yrkar RÅLAB att upphandlingen ska göras om. RÅLAB anför i huvudsak följande.

Ekonomi och varuvolym

Kommunen trycker starkt på att RÅLAB har räknat med att trafiken ska bestå av ca 20 000 stopp vilket är en siffra som figurerar på flera ställen i förfrågningsunderlaget. Siffran 15 000 stopp dyker upp först i utvärderingsmatrisen och då med reservationen att "Angivna volymer är uppskattade och endast för utvärdering". Detta föranledde RÅLAB att göra egna antaganden baserade på den medföljande statistiken. Kommunen har gjort egna beräkningar som visar att RÅLAB vid 15 000 stopp skulle göra en förlust på ca 880 000 kr per år men inte redogjort för hur man har kommit fram till denna summa. Kommunen kommer fram till att RÅLAB:s kalkyler är orealistiska vilket sedan sätts in i kontexten av att anbudet inte uppfyller skalkraven. Det framgår inte tydligt i förfrågningsunderlaget att det var fråga om 15 000 stopp. RÅLAB ser en god ekonomi i angivna priser.

Tidsfönster

Kommunen har angett att det existerar tidsfönster och RÅLAB har accepterat förfrågningsunderlaget i sin helhet. I anbudet har all efterfrågad information redovisats och under sex rubriker förklaras hur leveranssäkerheten säkerställs. Genom dessa sex punkter redogörs för hur RÅLAB arbetar för att uppfylla kravet på leveranssäkerhet. Man har valt att ge en mer strukturell beskrivning av hur de som leverantörer arbetar med leveranssäkerhet på makronivå eftersom det enligt RÅLAB:s erfarenhet krävs att leveranssäkerheten på makronivå integreras med den operativa driftens vardag. RÅLAB har lämnat information om kommunikation, kvalitetsmål och spårbarhet. RÅLAB har således beskrivit hur man arbetar med leveranssäkerhet och därigenom även besvarat kommunens frågeställning om hur man säkerställer att varorna kommer ut i tid. Ett svar på makronivå är mer i enlighet med gällande anbudspraxis än ett svar på mikronivå. Den beskrivning som lämnats i det vinnande anbudet är så allmän och basal att den är underförstådd och accepterad i och med att anbudet lämnades in. Det är snarast fråga om en enkel beskrivning av hur en terminal fungerar och inte någon leverantörsspecifik information. Om kommunen hade några tvivel om att RÅLAB uppfyllde detta borde det ha tagits upp vid mötet den 5 mars 2012 då RÅLAB hade kunnat komplettera sitt anbud inom ramen för LOU.

Ruttoptimeringssystem

I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska redogöra för sitt sätt att arbeta med ruttoptimering och att anbudsgivaren inom ett år från avtalsstart ska kunna ruttoptimering enligt offererat förslag. Först i tilldelningsbeslutet framkommer att det var ett skall-krav att anbudsgivarna ska ha tillgång till ett ruttoptimeringssystem i form av ett mjukvaruprogram som ska finnas tillgängligt vid anbudsinlämnandet. Dessutom är det märkligt att kommunen har godkänt Jena som är ett trafiklednings-/affärssystem utvecklat för Jetpaks verksamhet. RÅLAB har i anbudet visat vilka distribut-

ionsflöden som man har arbetat med vid tidigare ruttoptimering. Storleken på dessa uppdrag visar på erfarenheter av tidigare och pågående ruttoptimeringsprocesser.

För övrigt saknas den symbol/ikon som visar att det är fråga om ett skallkrav vid punkt 3.1 och 3.3 som är de krav som RÅLAB enligt kommunen inte uppfyller. Detta gör förfrågningsunderlaget otydligt.

Sammanfattningsvis anser RÅLAB att tilldelningsprocessen ska göras om då RÅLAB:s anbud har diskvalificerats på felaktiga grunder vilket innebär att RÅLAB har lidit eller kan komma att lida skada. I andra hand ska upphandlingen göras om eftersom förfrågningsunderlaget brister i transparens både när det gäller vilka krav som är skallkrav och när det gäller vilken den verkliga volymen är vid avtalsstart.

Kommunen

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med relevant lagstiftning och RÅLAB har under alla förhållanden inte lidit någon skada.

Ekonomi och varuvolym

Vid en inledande genomgång av RÅLAB:s anbud var priset för grunduppdraget 51 procent lägre än den näst lägsta. Om tillvalen inkluderades var anbudet 36 procent lägre. RÅLAB ombads därför att vid en anbudspresentation uppvisa en kalkyl som visade kostnadstäckning. Av denna kalkyl konstaterades att den byggde på 20 000 stopp trots att det i förfrågningsunderlaget angavs 15 000 stopp. Kommunen påpekade detta för RÅLAB som tillstod att kalkylen byggde på 20 000 stopp eftersom man hade uppfattat upphandlingens innehåll så. I förfrågningsunderlaget anges dock klart och tydligt att det som efterfrågas är 15 000 stopp. RÅLAB begärde då att få

ändra sitt anbud. Vid anbudspresentationen angav RÅLAB att 3-4 kyl/frys-bilar samt del av lastbil skulle användas. I RÅLAB:s kalkyl nummer två, som byggde på 15 000 stopp, skulle man dock bara nyttja tre frys-bilar. Enligt kommunens erfarenhet och utifrån existerande varudistribution räcker det inte med tre kyl/frys-bilar. Med anledning av detta gjorde kommunen en ny beräkning som visade att RÅLAB skulle göra en förlust om ca 880 000 kr per år under avtalstiden. RÅLAB ville även ändra sitt anbud efter det att kommunen påpekat att det rörde sig om 15 000 stopp. Varudistributionen är av oerhörd vikt för kommunen då det bl.a. är fråga om leveranser till äldreboenden och förskolor. Kommunen kan därmed inte riskera att en upphandlad distributör inte kan fullgöra sina åtaganden under avtalsperioden. RÅLAB:s anbud förkastades därmed även på denna grund.

Tidsfönster

I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivarna ska beskriva hur denne säkerställer leveranssäkerhet för de varor som inlevererats till kommunen och som denne sen ska leverera ut till enheterna enligt överenskommet tidsfönster. Vilka dessa tidsfönster är anges i förfrågningsunderlaget. RÅLAB redovisar inte på ett klart och tydligt sätt hur man avser att säkerställa leverans i enlighet med angivna tidsfönster. RÅLAB beskriver istället transportorganisationen. RÅLAB uppfyller därmed inte ställt krav. Av det vinnande anbudet framgår hur en klar och tydlig beskrivning kan göras. Anbudspresentationen kan inte innebära en möjlighet för anbudsgivarna att komplettera sina anbud utan avser endast förtydliganden av tidigare lämnade uppgifter. En komplettering i nu aktuellt avseende skulle ha stridit mot likabehandlingsprincipen.

Ruttoptimering

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren presentera ett förslag till ruttoptimering. RÅLAB presenterar inte hur en ruttoptimering ska kunna uppnås. RÅLAB har även i e-post tillstått att man inte har räknat med en

kostnad för ruttoptimering och således inte har något sådant system. Även här belyser det vinnande anbudets svar klart och tydligt hur kravet kan uppfyllas.

För övrigt anges de aktuella kraven under rubriken "Kravspecifikation" i förfrågningsunderlaget och det anges även att "Anbudsgivaren skall beskriva...", "Anbudsgivaren skall ha ett datoriserat verksamhets-/logistiksystem..." och "Anbudsgivaren skall redogöra för...". Tydligare än så kan inte kraven anges.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget får anses framgå med all önskvärd tydlighet att punkt 3.1 "Leveranssäkerhet" och punkt 3.3 "Ruttoptimering" utgör skall-krav. Även om kommunen har missat att infoga de symboler som visar att det rör sig om ett

skall-krav så framgår det både av rubrik och frågeställning att det är fråga om obligatoriska skall-krav.

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att pris ska anges för 15 000 stopp men att angivna volymer är uppskattade och endast till för utvärderingen. Detta torde enligt förvaltningsrätten vara det gängse sättet att ange olika, inte garanterade volymer, i ett förfrågningsunderlag och utgör ett sätt för den upphandlande myndigheten att kunna jämföra olika anbud med varandra. Att kommunen har redogjort för nuläget och där angett ca 20 000 stopp är en annan sak. Formuleringen i anbudet kan inte anses vara otydlig på det sätt som RÅLAB har angett. Den kalkyl som RÅLAB har lämnat in har således varit felaktig.

Under punkt 3.1 "Leveranssäkerhet" ska leverantörerna beskriva hur dennes leveranssäkerhet säkerställer att de varor som inlevererats till distributionscentralen levereras ut till enheterna enligt överenskommet tidsfönster. Så som förvaltningsrätten uppfattar detta vill kommunen ha en beskrivning om hur leveranssäkerheten ska säkerställas just för kommunen. Trots att RÅLAB i sitt svar framförallt har beskrivit sin organisation i stora drag anser förvaltningsrätten – mot bakgrund av hur skall-kravet är utformat – att RÅLAB i och med sitt svar får anses uppfylla det ställda skall-kravet.

När det sedan gäller skall-kravet i punkt 3.3 "Ruttoptimering" gör förvaltningsrätten följande bedömning. Som svar på denna punkt har RÅLAB listat tidigare och pågående uppdrag och angett att man har använt sig av ett flertal olika mjukvaror utan att namnge dessa samt resonerat lite allmänt om vad bolaget har lärt sig angående ruttoptimering. RÅLAB:s svar innebär enligt förvaltningsrättens bedömning inte att det aktuella skall-kravet är uppfyllt. RÅLAB anger inte vilket program som ska användas – och har även senare till kommunen uppgett att man inte har något program ännu – och man anger inte heller på något sätt hur den nu aktuella ruttoptimering-

en ska ske. Förvaltningsrätten anser att det inte är tillräckligt att i princip endast redovisa tidigare uppdrag utan att närmare ange vad man menar med dessa uppgifter. Om det hade varit referenser som kommunen hade velat ha så skulle referenstagning ha varit en del av förfrågningsunderlaget.

Sammanfattningsvis menar förvaltningsrätten att RÅLAB:s anbud inte uppfyller skall-kravet avseende ruttoptimering. Men hänsyn härtill saknas det anledning att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg.