



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

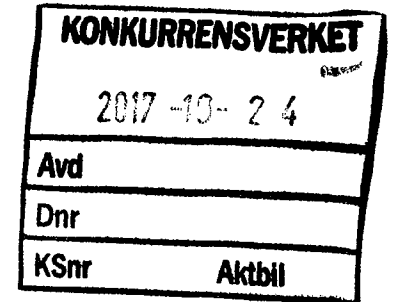
DOM
 2017-10-24
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 2029-17
 2039-17

SÖKANDE

Bring Citymail Sweden AB, 556591-6961
 Box 90108
 126 30 Hägersten

Ombud: Maria Krantz
 TED LAW
 Norrtullsgatan 6
 113 29 Stockholm



MOTPARTER

1. Region Skåne
2. Folk tandvården Skåne AB

mål nr 2029-17
 mål nr 2039-17

Ombud för 1 och 2:
 Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bring Citymail Sweden AB:s yrkande om att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten avslår Bring Citymail Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 399851

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
Telefax
 040-97 24 90
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Region Skåne genomför en upphandling benämnd ”Postförmedlingstjänster, A-post”, dnr 1602811. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. En leverantör, Postnord Sverige AB, lämnade anbud som efter utvärdering antogs av Region Skåne.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bring Citymail Sweden AB (Bring)

Yrkanden

Bring ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Vidare yrkar Bring att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket gällande frågan om vilket krav som ska ställas på upphandlande myndighet gällande att ta tillvara konkurrens på en reglerad marknad med bristande konkurrens.

Upphandlingsobjektet och omfattning

Regionen har handlat i strid med LOU och principen om proportionalitet genom att slå samman förmedlingen av riks- och regional A-post. Härigenom har regionen uteslutit samtliga regionala och lokala leverantörer från att delta i upphandlingen. Det framgår inte av de administrativa föreskrifterna varför regionen valt att slå samman tjänsterna utan enbart att regionen övervägt en uppdelning men inte funnit det lämpligt. När riks- och regional A-post slås ihop skapas en konkurrensbegränsning. Vidare hamnar den regionala aktören i en direkt beroendeställning till riksleverantören då den regionala aktören helt är i händerna på de krav som den rikstäckande aktören ensidigt kan stipulera. Den regionala aktören blir ansvarig, i likhet med ansvaret för en underleverantör, för hur den rikstäckande aktören agerar och hur den hanterar posten utifrån krav på säkerhet och sekretess. Med anledning av den monopolistiska position Postnord har idag saknar en lokal/regional ak-

tör helt möjlighet att ställa krav gentemot Postnord. En uppdelning av tjänsten skulle möjliggöra för fler leverantörer att lämna anbud och inte heller innebära några nackdelar eller olägenheter för regionen. För att konkurrensutsätta marknaden behöver den delas upp i mindre delar och detta ställer inte höga krav på upphandlande myndigheten. Det finns idag flera upphandlande myndigheter som både väljer och klarar av att hantera en uppdelning av distribution av post. Den omständigheten att det endast kom in ett anbud talar för att regionen inte anpassat upphandlingen för att optimalt tillvarata konkurrensen.

Hämtningstider

Med upphandlingens krav på hämtningstider och Postnords krav på inlämningstider är det Postnord som gynnas och i utvärderingsmodellen hamnar därmed alla andra anbudsgivare i sämre position än Postnord. Genom att regionen valt att upphandla rikstäckande post i samma anbudsområde som regional post innebär det att samtliga leverantörer måste anlita Postnord som underleverantör. Det får som konsekvens att samtliga leverantörer måste följa och anpassa sig till Postnords inlämningstider för att kunna leverera samtlig post i enlighet med avtalet. Senare hämtningstider hos regionen i kombination med krav på rikstäckning blir till en konkurrensnackdel för den regionala aktören och eventuella förändrade inlämningstider hos den rikstäckande aktören kan även direkt stjälpa möjligheterna för den regionala aktören att utföra sitt uppdrag korrekt. Bring har under upphandlingen framhållit att kravet på förmedling av både regional och rikstäckande post innebär att konkurrensen sätts ur spel. Bring har vädjat till regionen att införa en klausul som innebär att kravet på hämtningstider kan justeras för det fall Postnord ändrar sina inlämningstider. Regionen har dock valt att kvarstå vid kravet vilket resulterat i att Bring inte har kunnat lämna ett anbud som kan garantera uppfyllelse av ställda krav. Att Bring i tidigare avtal på frivillig basis hanterat liknande hämtningstider för att tillmötesgå regionens önskemål är irrelevant för den i målet aktuella upphandlingen.

Upphandlingens utvärderingmodell är utformad på så sätt att den gynnar Postnord. Då en leverantör som brister i utförandet av ett offentligt kontrakt riskerar att uteslutas från andra framtida upphandlingar är det av stor vikt att anbusgivaren vid anbudstillfället med säkerhet kan uppfylla ställda krav. Bring har med anledning därav inte kunnat delta i upphandlingen. En utvärdering av och orubbliga krav på hämtningstider i kombination med kravet på såväl riks- som regional förmedling av post är inte heller förenligt med postdirektivets mål. Genom att inte ge några tydliga besked kring möjliga åtgärder vid leveransproblem som skulle vara direkt hänförliga till Postnord i rollen som underentreprenör och därmed utanför Brings kontroll, har regionen brutit i transparensprincipen och genom sitt agerande har regionen också främjat Postnord som leverantör i strid med likabehandlingsprincipen.

Måltal för leveransprecision

Post och Telestyrelsen (PTS) har ställt krav Postnord att minst 85 procent av de brev som lämnats in för övernattsbefordran inom landet ska delas ut på följande arbetsdag. Minst 97 procent av breven ska ha delats ut inom tre arbetsdagar. Regionen har valt att ställa högre krav än PTS:s krav på Postnord gällande den samhällsomfattande tjänsten. Enligt kravspecifikationen har regionen ställt som mål för leveransprecision om 93 procent för dag 1, 96 procent för dag 2 och 99 procent för dag 3. Posten har på fråga från Bring uppgett att de inte kan utlova en högre leveranssäkerhet än PTS:s krav, vilket innebär att Bring inte kan påverka leveransprecisionen avseende nästan 10 procent av samtlig regional post och nästan 10 procent av den rikstäckande posten. Kravet på leveransprecision är oproportionerligt och slår särskilt hårt mot regionala/lokala leverantörer som är beroende av Postnord som underleverantör. Det kan även ifrågasättas om Postnord kommer och har för avsikt att uppfylla upphandlingens ställda krav på leveransprecision. Även om kravet anges som ett mål så kan regionen häva avtalet om målet inte uppfylls. Det är således oväsentligt huruvida regionen benämnt

leveransprecisionen som ska-krav eller inte. Leverantören ska upprätta en åtgärdsplan för att uppfylla måltalen. Syftet med åtgärdsplanen är således inget annat än att just uppfylla måltalen. Det innebär således att leverantören riskerar att avtalet hävs för det fall denne inte klarar av att uppfylla måltalen. För det fall syftet med målet varit annorlunda dvs. inte innebära en rätt för regionen att häva avtalet så är upphandlingsunderlaget otydligt formulerat och strider därmed även mot transparensprincipen.

Otydlighet gällande skadestånd vid hävning

Då Bring är beroende av annan part, Postnord, för uppfyllandet av avtalet utan möjlighet till regress av utbetalt skadestånd är det av stor vikt att bolaget kan kalkylera vilka ekonomiska följderna ett avtalsbrott skulle kunna resultera i. Dessutom framkommer det av avtalsmallen att leverantören måste vidta rättelse inom 14 dagar efter mottagandet av erinran. Det är en orimlig kort tid för en leverantör att rätta ett fel vilket resulterar i att regionen ges mer eller mindre oinskränkt rätt att häva avtalet. Normalt brukar tiden för rättelse ligga på 30 dagar. Vid genomgång av andra upphandlingar avseende postförmedlingstjänster har inte i något fall angetts en så kort tid som 14 dagar. Vidare är formuleringen i avtalsmallen avseende ersättningsanspråk är inte tydlig. En presumtion för att anbudsgivare uppfattar en regel som otydlig måste anses föreligga om förtydligande begärts. Genom att, såsom regionen, vägra att förtydliga villkoret måste anses strid mot transparensprincipen. Bring har inte haft möjlighet att lämna anbud i upphandlingen då det föreligger en risk för att avtalet hävs, vilket för bolaget resulterar i en icke-kalkylerbar ekonomisk skada på grund av skadestånd.

Krav på säkerhet i fordon kan inte uppfyllas av Postnord

Den regionala aktören är beroende av Postnords kvalitet vid utförandet av tjänsten och måste också säkerställa att Postnord uppfyller samtliga ställda krav för att inte riskera avtalsbrott. Vad gäller kravet på säkerhetsutrustning i fordon ska detta enligt regionen gälla redan vid avtalsstart. Posten har på

fråga från Bring uppgett att Postnord inte når upp till kraven då brandsläckare saknas i personbilar och lätta lastbilar och att de inte heller ämnar införskaffa sådan utrustning. Alla fordon som används för utförande av tjänsten ska enligt förfrågningsunderlaget uppfylla kravet vilket innebär att även anlidade underleverantörer måste uppfylla ställda krav. Eftersom Bring är tvungen att använda sig av Postnord som underleverantör för uppdrag inom och utom Skåne kan inte uppställda krav uppfyllas av Bring. Det kan med anledning av vad Postnord uppgett till Bring ifrågasättas om Postnord faktiskt uppfyller ställda krav på fordonsutrustning. Oaktat vilket har vad Postnord uppgett till Bring varit av avgörande betydelse och en av de omständigheter som inneburit att Bring inte ha kunnat lämna anbud i upphandlingen. Vidare strider det mot likabehandlingsprincipen att anta en anbudsgivare som inte uppfyller samtliga skallkrav. Regionen har därutöver ställt samma krav avseende fordonssäkerhet på anbudsgivare som dess underleverantörer. Genom att inte undanta Postnord som underleverantör har regionen gett Postnord makt att utesluta alla övriga anbudsgivare genom att meddela att man inte har för avsikt att uppfylla upphandlingens krav på underleverantörer.

Region Skåne

Yrkande och inställning

Region Skåne yrkar att Brings ansökan om överprövning ska avslås och bestrider Brings yrkande om att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket.

Upphandlingsobjektet och omfattning

Region Skånes krav på rikstäckande postförmedling utesluter inte någon anbudsgivare eftersom underleverantörer kan anlitas precis som det fungerar idag. Vidare är kravet proportionerligt då något mindre ingripande alternativ

inte finns. Utifrån hur upphandlingsobjektet är utformat har det inte funnits några hinder för Bring att lämna anbud i upphandlingen.

Region Skåne har beslutat att även fortsättningsvis ha rikstäckande avtal avseende postförmedling och inte dela upp avtalen i riks- och regional post. En av anledningarna till detta är att Region Skåne inte har någon möjlighet att sortera posten i riks- respektive lokal post innan den hämtas av postförmedlaren. Sortering av post kan ske antingen manuellt eller genom sorteringsmaskin. Region Skåne har inga praktiska möjligheter att manuellt sortera den stora mängd post som produceras i Skåne varje dag. För att kunna sortera den stora mängden post krävs ett flertal sorteringsmaskiner utplacerade på flera olika platser runt om i Skåne. Detta har Region Skåne inte och Region Skåne har heller inte för avsikt att i nuläget gör sådan investering, då det rör sig om avancerad teknisk utrustning till mycket höga belopp. Region Skåne har således inte funnit det ekonomiskt försvarbart att göra sådana betydande investeringar varför man valt att upphandla sorteringsstjänsten inom ramen för postförmedlingen vilket fungerat hittills inom ramen för de avtal som finns idag. Någon fördelning av upphandlingen i riks- respektive regional postförmedling har således inte varit möjligt.

Bring har inte kunnat visa på vilket sätt utformningen av förfrågningsunderlaget, med ett rikstäckande avtal, skulle ha lett till att Bring eller någon annan potentiell anbudsgivare, har uteslutits från möjligheten att lämna anbud. Bring har inte heller kunnat visa någon omständighet som talar för att konkurrensen blivit sämre genom ett rikstäckande avtal istället för en uppdelning av riks- respektive regional post.

Region Skåne har vid utformandet av upphandlingen varit mycket väl medveten om hur marknaden ser ut i Sverige avseende postoperatörer och den brist på konkurrens som föreligger. Region Skåne har därför varit särskilt angelägen om att utforma upphandlingen på ett sådant sätt så att så många anbudsgivare som möjligt har kunnat lämna anbud i upphandlingen. Region

Skånes utformning av upphandlingsobjektet med ett rikstäckande avtal utesluter inte någon potentiell anbudsgivare enbart av den anledningen att avtalet är just rikstäckande. Region Skåne ställer inte upp som krav att anbudsgivaren själv måste leverera all post utan ges möjligheten att använda sig av underleverantörer. För viss typ av post är detta helt nödvändigt då Postnord, enligt de tillstånd som utfärdats av PTS, är den enda operatören som kan och har skyldighet att leverera viss post. Kravet i sig utesluter därmed inte någon anbudsgivare utan öppnar istället upp för att så många anbudsgivare som möjligt ska kunna lämna anbud i upphandlingen. Någon konkurrensbegränsning har således inte skett. Utifrån hur förfrågningsunderlaget är utformat har det inte funnits några hinder för Bolaget att lämna anbud i upphandlingen. Det finns inget i förfrågningsunderlaget som på felaktiga grunder utesluter andra bolag än Postnord att lämna anbud och underlaget står inte i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna. Bolaget har därmed inte kunnat visa på vilket sätt Bolaget lidit eller kan komma att lida skada varför något ingripande enligt LOU inte kan ske.

Hämtningstider

De hämtningstider som anges i förfrågningsunderlaget är de hämtningstider som används idag. Bring klarar av att hålla dessa tider och torde därmed uppfylla kravet i upphandlingen och något hinder för att lämna anbud i upphandlingen har inte förelegat.

För Regionen är det ett mervärde att posten hämtas så nära den senaste hämtningstiden som möjligt varför hämtningstiden är ett av flera kriterier som utvärderas i upphandlingen. Mervärdet av en sen hämtningstid har till syfte att säkerställa en hög servicenivå gentemot verksamheten och då särskilt inom hälso- och sjukvården för att säkerställa att posten från de stora sjukhusen hämtas samma dag som den produceras. Förutsättningarna har varit samma för samtliga anbudsgivare. Vid fastställandet av hämtningstider är det rimligtvis flera olika faktorer som påverkar en postoperatörs tids-

schema. Det kan vara antalet anställda, bilresurser, sorteringsmöjligheter på olika orter m.m. Hur den här logistiken planeras och fastställs hos de olika anbudsgivarna är inget regionen lägger sig i, har synpunkter på eller kontrollerar. Det kan inte anses ankomma på den upphandlande myndigheten att i förväg utreda varje potentiell anbudsgivares förutsättningar att ge ett mer värde till Regionen utöver de minimikrav som ställs och som faktiskt nuvarande leverantör, Bring, uppfyller idag. Enligt kravspecifikationen finns även möjlighet till en extra tidigare hämtning för att underlätta för anbudsgivarna att hålla hämtningstiderna.

De angivna hämtningstiderna är ändamålsenliga för den aktuella upphandlingen och står i rimlig proportion det behov som ska täckas och står inte i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna. Kraven på hämtningstider har inte hindrat Bring från att kunna lämna ett anbud i upphandlingen varför någon risk för skada inte förelegat.

Måltal för leveransprecision

Utöver de fastställda minimikraven har Region Skåne i kravspecifikationens angivit vissa måltal för leveransprecision, dvs. Region Skåne har som mål att leveransprecisionen ska bli något vassare än de av PTS fastställda minimivåerna. Det är således inget ska-krav att dessa s.k. måltal ska uppfyllas. Det krav som Region Skåne ställer är att leverantören har som mål att ha något bättre leveransprecision än de minimikrav som postförordningen ställer samt att leverantören själv får upprätta en åtgärdsplan med för leverantören rimliga förbättringsåtgärder som ska uppfyllas inom skälig tid. För det fall leverantören i detta fall har en underleverantör som har svårt att uppnå dessa måltal, så är det självfallet något som leverantören får ta i beaktande vid upprättandet av en sådan eventuell åtgärdsplan då denna ska vara "rimlig". Det är leverantörens egenhändigt upprättade åtgärdsplan som ska uppfyllas inom skälig tid. Det krävs även upprepade och väsentliga brister i uppfyllandet av åtgärdsplanen för att det ska betraktas som ett väsentligt

avtalsbrott. Någon otydlighet avseende dessa måltal kan heller inte anses föreligga då det är tydligt angivet i kravspecifikationen. Vidare måste man ta i beaktande på vilket sätt mätningen av leveransprecisionen sker. Den mätning som kommer ske i nuvarande upphandling avser endast leverans i Skåne och av Region Skånes post. Enligt kravspecifikationen framgår att mätningen kan omfatta enbart Skånes kommuner eller vara rikstäckande. För det fall Bring hade valt att vara med i upphandlingen hade de också kunnat välja att enbart mäta leveransprecisionen i Skåne. Om Bring vunnit upphandlingen hade mätningen enbart avsett Brings "testbrev" och hade varit helt oberoende av Postnords uppfyllande av leveranstider även om de använts som underleverantör. Bolaget hade således inte haft sämre förutsättningar att uppfylla minimikraven än någon annan då det enbart är Brings post som mäts.

Region Skånes post består i huvudsak av kallelser, provsvar, remisser etc — dvs. post med särskilt känsligt och brådskande innehåll där det är av största vikt att posten kommer fram tryggt och skyndsamt till adressaten. Region Skånes uppställda minimikrav och måltal på leveransprecision får således anses vara ändamålsenliga för den aktuella upphandlingen och står i rimlig proportion till det behov som ska täckas. Bring uppfyller fastställda minimikrav idag och har inte visat att de på grund av ovan angivna krav har varit hindrade att lämna anbud varför någon risk för skada inte förelegat.

Skadestånd vid hävning

Vid ingående av ett avtal, oavsett vad avtalet gäller, är det upp till varje part att göra en affärsmässig riskbedömning/kalkylering av vad avtalet kommer att ge för vinster, kostnader, marknadsandelar, goodwill m.m. Region Skåne har i upphandlingen valt att införa en klassisk hävningsklausul med möjlighet till rättelse för det fall ett väsentligt avtalsbrott sker. Klausulen är inte på något sätt otydlig eller avvikande i förhållande till vad som är brukligt i liknande avtalsförhållanden. Att sedan motparten inte på förhand kan förutse

och exakt beräkna vad en eventuell framtida hävning skulle kosta är inte något som kan ligga Region Skåne till last. De kostnader som uppkommer vid en hävning är typiskt sett sådana kostnader som inte är fullt ut beräkningsbara vid avtalets ingående som t.ex. merkostnader, vilka är direkt hänförliga till omständigheter som inträffar vid hävningstidpunkten.

Avtalsvillkoret om rättelse om 14 dagar är ett fullt ut skäligt avtalsvillkor som på intet sätt kan anses vara oproportionerligt. Det vanliga i hävnings-sammanhang är att hävning får ske för det fall rättelse inte sker utan dröjsmål, dvs. i princip omgående. Huvudregeln är dock oftast att hävning får ske utan föregående uppmaning till rättelse för det fall ett väsentligt avtalsbrott föreligger. Region Skåne har dock här valt att införa en tidsperiod om 14 dagar där motparten ges möjlighet att rätta till det väsentliga avtalsbrottet som skett och som föranlett den skriftliga erinran om hävning. Region Skåne har här gjort en kommersiell avvägning av Region Skånes behov och intresse av att kunna ta sig ur avtalet i förtid vid ett väsentligt avtalsbrott kontra vad som kan anses vara rimligt att kräva av leverantören. Det är för Region Skåne och för patientsäkerheten mycket viktigt att postförmedlingen fungerar på det sätt som avtalats. För det fall försändelserna avseende t.ex. kallelser och provsvaranalyser inte kommer fram är det nödvändigt att Region Skåne har möjlighet att med kort varsel kunna ta sig ur avtalet. Något annat alternativ hade ur patientsäkerhetsperspektiv varit oförsvarligt. I vart fall har avtalsvillkoren inte varit så otydliga att Bring inte har kunnat lämna ett anbud. Någon risk för skada föreligger sålunda inte varför något ingripande enligt LOU inte kan ske.

Krav på säkerhet

Postnord har i sitt bindande anbud angivit att man uppfyller samtliga skakrav, inklusive aktuellt säkerhetskrav. Att fordonen uppfyller säkerhetskraven får betydelse först vid avtalets påbörjan, dvs. under själva avtalstiden. Region Skåne har inte funnit skäl att ifrågasätta PostNords bindande anbud

Hur Bring hanterar avtalsrelationen med sin underleverantör och uppfyllande av särskilda krav är inte något Region Skåne kan ha kontroll över eller ta ansvar för och är en omständighet som Bring själv i sin relation till underleverantören har att hantera. Postnord har även i e-mail återigen bekräftat att man avser uppfylla säkerhetskravet på brandsläckare.

De aktuella säkerhetskraven är inte på något sätt diskriminerande då samma förutsättningar gäller för samtliga anbudsgivare. Uppenbarligen har Postnord möjlighet att uppfylla kravet varför något hinder inte förelegat för Bring att lämna anbud i upphandlingen. Någon risk för skada har således inte förelegat varför något ingripande enligt LOU inte ska ske.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Inhämtande av yttrande från Konkurrensverket

Förvaltningsrätten finner inte skäl att, såsom Bring yrkat, inhämta yttrande från Konkurrensverket. Brings yrkande i denna del ska därför avslås.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Där-

vid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingsobjektets omfattning

Bring har i målet anfört att Region Skåne handlat i strid med LOU och principen om proportionalitet genom att slå samman förmedlingen av riks- och regional A-post samt att detta hindrar konkurrensen och strider mot likabehandlingsprincipen då regionen härigenom uteslutit samtliga regionala och lokala leverantörer från att delta i upphandlingen.

Alla leverantörer ska enligt likabehandlingsprincipen behandlas lika och ges lika förutsättningar att lämna anbud i en upphandling. Vidare måste enligt proportionalitetsprincipen kraven och kriterierna i en upphandling stå i proportion till föremålet för upphandlingen. En upphandlande myndighet måste redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud (jfr HFD 2016 ref. 37).

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 91) framgår att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Vidare anges (prop. 2006/07:128 s. 132) att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. (jfr RÅ 1999 ref. 76, C-234/03 Contse).

Av nu aktuellt förfrågningsunderlag framgår att upphandlingen avser förmedling av rikstäckande dagligpost, dvs. rikstäckande daglig post avseende osorterad A-post som Region Skåne sänder till mottagare inrikes. Reg-

ion Skåne har vidare i förfrågningsunderlaget angett att myndigheten övervägt att dela upphandlingen i delområden men funnit att detta inte är lämpligt för den aktuella upphandlingen. Region Skåne har i målet även anfört att det inte varit praktiskt möjligt eller ekonomiskt försvarbart att dela upp postförmedlingstjänsten till riks- respektive regionpost då sortering av posten hos region Skåne inte kan ske före överlämnandet till postoperatören. Av utredningen i målet framgår vidare att 6,5 procent av försändelserna avser rikstäckande post. Vidare går 10 procent av den regionala posten till Postnord för leverans då Postnord är den enda operatören som levererar vissa typer av försändelser.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det i LOU, i målet tillämplig lydelse, inte finns någon bestämmelse som rör skyldigheter för upphandlande myndigheter att dela upp större kontrakt i delar eller att överväga detta. Vidare är den svenska postmarknadens utformning speciell i konkurrenshänseende. Post- och telestyrelsen har nämligen utsett Postnord att tillhandahålla hela den samhällsomfattande posttjänsten, dvs. endast Postnord har rikstäckande omfattning av postförmedlingstjänster. Detta medför således att det är oundvikligt vid krav på rikstäckning av postförmedling att en anbudsgivare måste använda Postnord som underleverantör. Förvaltningsrätten kan härvid även konstatera att det inte heller föreligger något krav i nu aktuell upphandling på att anbudsgivaren själv ska ha en rikstäckande distribution av post, utan att det godtas att anbudsgivaren använder sig av underleverantör. Med beaktande härav och vad Region Skåne anfört om skälen för upphandlingens omfattning får det enligt förvaltningsrättens mening anses visat att den aktuella åtgärden i nu aktuell upphandling, att slå samman förmedlingen av riks- och regional A-post, är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Därmed står åtgärden i rimlig proportion till syftet, dvs. förmedling av rikstäckande dagligpost. Region Skånes förfarande i denna del strider således inte mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten kan inte heller finna att åtgärden i sig skulle strida mot likabehandlingsprincipen eller medföra att anbudsgivare, såsom Bring, därigenom utesluts från att lämna anbud

i upphandlingen. Skäl för ingripande på dessa av Bring anförda grunderna föreligger således inte.

Hämtningstider

Bring har i målet anført att bolaget inte kunnat delta i upphandlingen då förfrågningsunderlaget vad gäller kravet på hämtningstider strider mot transparensprincipen och då Region Skåne genom sitt agerande främjat Postnord som leverantör i strid med likabehandlingsprincipen. Vidare är upphandlingens utvärderingmodell i denna del enligt Bring utformad på ett sätt som gynnar Postnord.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt formulerat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att leverantören utifrån vad som anges i underlaget kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Av förfrågningsunderlaget framgår under punkt 1.2.4 att Region Skåne kommer att anta det anbud som uppfyller ställda krav och som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till kriterierna Pris, Genomförandebeskrivning av returhantering av obeställbara brev, Lastbärare, och Hämtningstider.

När det gäller hämtningstider anges i förfrågningsunderlaget under punkt 2.2.2 att anbudsgivaren ska ange den senaste tidpunkten när de kan hämta post vid respektive postnav och ändå dela ut posten dagen efter. Vidare anges vilka tider som hämtningar tidigast ska utföras och att senaste hämtningstid inte får anges senare än dessa angivna tider. Anbudsgivaren ska vara bunden av angiven hämtningstid. Exakta hämtningstider överenskommes dock i samband med avtalsstart. Inga avsteg från överenskomna hämtningar får göras utan beställarens skriftliga godkännande. En extra, tidigare hämtning kan godkännas i samråd med beställaren. När det gäller utvärdering anges att anbudsgivaren ska ange den senaste tidpunkten för hämtning

av post vid respektive nav och för varje kvart senare än ovanstående tidigast-tid, erhålls ett avdrag om 200 000 kr att göras vid beräkningen av jämförelsevärde.

Såsom förvaltningsrätten tidigare anfört är det oundvikligt vid krav på rikstäckning av postförmedling att en anbudsgivare måste använda Postnord som underleverantör. Detta innebär således att anbudsgivare även när det gäller hämtningstider i viss mån är beroende av Postnords inlämningstider. Förvaltningsrätten kan dock konstatera att det dels enligt förfrågningsunderlaget finns möjlighet till att tidigare hämtning kan godkännas och dels att angivna tider endast är ett mervärde och således inte utgör obligatoriska krav. Enligt förvaltningsrättens mening är det i målet inte visat annat än att angivna hämtningstider får anses tillgodose det avsedda ändamålet och stå i rimlig proportion till syftet. Det är enligt förvaltningsrätten inte heller visat i målet att förfrågningsunderlagets utformning när det gäller hämtningstider eller aktuell utvärderingsmodell med mervärde skulle vara otydliga eller medföra en sådan konkurrensfördel för den rikstäckande aktören i förhållande till övriga anbudsgivare att det kan anses strida mot LOU eller principerna om transparens och likabehandling. Hinder för anbudsgivare att, såsom Bring anfört, på grund av i förfrågningsunderlaget angivna hämtningstider lämna anbud i upphandling kan enligt förvaltningsrätten inte anses föreligga. Skäl för ingripande på dessa av bolaget anförda grunderna föreligger således inte.

Måltal för leveransprecision

Bring har i målet anfört att Region Skånes krav på högre leveransprecision än Post- och telestyrelsens uppställda krav på den samhällsomfattande tjänsten står i strid med LOU och proportionalitetsprincipen samt att förfrågningsunderlaget i denna del är otydligt formulerat och därmed även strider mot transparensprincipen.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 2.5.2 Miniminivåer för leveransprecision, att den samhällsomfattande posttjänsten enligt postförordningen ska uppfylla kravet att minst 85 procent av de försändelser som lämnats in för övernattbefordran, före angiven senaste inlämningstid, ska ha delats ut inom landet påföljande arbetsdag, oavsett var i landet de har lämnats in. Minst 97 procent av försändelserna ska ha delats ut inom tre påföljande arbetsdagar. Region Skåne har vidare under punkten 2.5.4 angett måltal för leveransprecision av a-post om 93 procent för dag 1, 96 procent för dag 2 och 99 procent för dag 3. Vidare anges att om leverantörens mätningar visar på leveransprecision som understiger angivna måltal, ska leverantören upprätta en åtgärdsplan, med tillhörande tidplan, för att uppfylla måltalen avseende leveransprecision. Åtgärdsplanen och tidplanen ska innehålla rimliga förbättringsåtgärder som ska uppfyllas inom skälig tid. Åtgärdsplanen ska godkännas av beställaren. Upprepade och väsentliga brister i uppfyllandet av åtgärdsplanen kommer att betraktas som väsentligt avtalsbrott.

Förvaltningsrätten kan först konstatera att Region Skåne i underlaget angett vissa miniminivåer för leveransprecision vilka följer av postförordningen och utöver dessa fastställda nivåer även angett krav på att leverantören ska ha som mål att ha en bättre leveransprecision. Enligt förvaltningsrätten framgår således av förfrågningsunderlaget att det inte är något obligatoriskt krav att angivna måltal ska vara uppfyllda för att anbud ska antas. Det framgår emellertid att det är ett krav att leverantören ska upprätta en åtgärdsplan för uppfyllande av måltalen och att det är brister i uppfyllande av denna av leverantören egenhändigt upprättade plan som kan leda till avtalsbrott. Förvaltningsrätten kan således inte finna att Region Skåne i förfrågningsunderlaget ställt högre krav på leveransprecision än Post- och telestyrelsens uppställda krav på den samhällsomfattande tjänsten. Det kan inte heller anses vara visat att aktuellt krav inte skulle stå i rimlig proportion till det avsedda syftet eller vara så otydligt formulerat att det kan anses strida mot transparensprincipen. Det är i målet inte heller visat annat än att Postnord

uppfyller aktuellt krav. Skäl för ingripande på denna av Bring anförda grunden föreligger således inte.

Skadestånd vid hävning

Bring har i målet anført att bolaget inte haft möjlighet att lämna anbud i upphandlingen då avtalsvillkoren vad gäller skadestånd vid hävning brister i proportionalitet och transparens samt att rättelsetiden om 14 dagar är oproportionerligt kort.

I förfrågningsunderlaget anges, under Avtalsmall punkten 3.10 Hävning av avtal, under vilka förutsättningar Region Skåne har rätt att häva ingånget avtal och vad som bland annat avses med väsentligt avtalsbrott. Vidare anges att hävning av avtalet vid väsentligt avtalsbrott kan ske först om leverantören inte vidtar rättelse senast fjorton dagar efter mottagande av skriftlig erinran från beställaren, i vilken grunden för väsentligt avtalsbrott ska anges. I händelse av att avtalet hävs baserat på någon av de angivna grunderna, ska leverantören ersätta beställaren med belopp motsvarande den merkostnad detta förorsakar beställaren. Vidare anges att ersättning enligt denna punkt inte begränsar beställarens rätt till skadestånd.

Enligt förvaltningsrättens mening får det av förfrågningsunderlaget med tillräcklig grad av tydlighet anses framgå under vilka förhållanden aktuellt avtal kan komma att hävas. Aktuell formulering vad gäller ersättningsanspråk i händelse av att avtalet hävs kan inte heller anses vara så otydlig att den strider mot transparensprincipen eller anses medföra att anbudsgivare därigenom förhindras att inkomma med anbud i upphandlingen. När det gäller den i upphandlingen aktuella rättelsetiden kan förvaltningsrätten konstatera att det visserligen, såsom Bring anført i målet, föreligger upphandlingar avseende liknande tjänster där det angetts villkor med längre rättelsetid. Även vid sådana förhållanden kan förvaltningsrätten emellertid inte finna att Bring kan anses ha förmått visa att den nu aktuella rättelsetiden om 14 dagar skulle vara så oskäligen eller oproportionerlig att Bring eller andra

anbudsgivare därigenom varit förhindrade att lägga konkurrenskraftiga anbud. Vad Bring anfört i denna del utgör således inte skäl för ingripande enligt LOU.

Krav på säkerhet i fordon

Bring har i målet anfört att Region Skåne agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att anta Postnord som leverantör trots att kravet avseende fordonssäkerhet vad gäller brandsläckare inte är uppfyllt. Bring har vidare anfört att bolaget, som är beroende av Postnord som underleverantör, inte kunnat lämna anbud i upphandlingen med anledning av ställda säkerhetskrav då Postnord uppgett att kravet inte uppfylls och inte heller kommer att uppfyllas.

En upphandlande myndighet får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen och utvärderingen av anbuden mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 2.9.2 att alla fordon som används vid utförandet av tjänsten i Skåne ska vara utrustade med bl.a. brandsläckare. Det är emellertid i målet inte visat annat än att Postnord uppfyller aktuellt krav. Region Skåne har således haft fog för sitt beslut att inte avsluta Postnords anbud på denna grund. Vad Bring anfört om att bolaget erhållit andra uppgifter från Postnord ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Skäl för ingripande på de av Bring anförda grunderna i detta avseende föreligger således inte.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som Bring åberopat i målet inte visar att Region Skåne i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de grundlägg-

gande upphandlingsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

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

Madeleine Westberg

Sune Wennerberg har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.