



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I JÖNKÖPING**  
 Enhet Mariestad  
 P Lars Ch Nilsson

**DOM**  
 2010-08-05  
 Meddelad i  
 Mariestad

Mål nr  
 1329-10 E  
 Rotel 2:4

### SÖKANDE

1. Bohusläns Skärgårdstrafik AB, 556569-2042  
 Box 779  
 451 26 Uddevalla

Ombud:

Advokaten Kaisa Adlercreutz  
 Advokaten Maria Lidbom  
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB  
 Box 11918  
 404 39 Göteborg

2. Dejlig Cruise AB, 556640-4892  
 Vitsippsvägen 10  
 450 34 Lysekil

### MOTPART

Västtrafik AB, 556558-5873  
 Box 123  
 541 23 Skövde

Ombud: Advokaten Anders Nilsson  
 Advokatfirman Lindahl KB  
 Box 11911  
 404 39 Göteborg

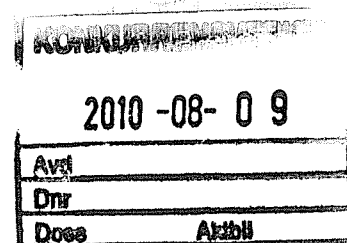
### SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller framställningarna och förordnar att Västtrafik AB:s upphandling av Båttrafik 2011, Åtagande 2, Lysekil-Fiskebäckskil skall göras om.

Det interimistiska beslutet av den 28 januari 2010 upphör härmed att gälla.



Dok.Id 6928

| Postadress       | Besöksadress      | Telefon   | Telefax     | Expeditionstid             |
|------------------|-------------------|---|-------------|----------------------------|
| Box 800          | Stockholmsvägen 6 | 036-15 65 00  | 0501-676 46 | måndag – fredag            |
| 542 18 Mariestad |                   | <b>E-post:</b><br>forvaltningsrattenijonkoping@dom.se |             | 08:30-12:00<br>13:00-15:00 |

## BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västtrafik AB genomför enligt förfrågningsunderlag, daterat den 23 november 2009, upphandling av "Båttrafik 2011" för bland annat linjen Lysekil – Fiskebäckskil – Lysekil (Trafikåtagande 2). Som sista dag för inlämnande av anbud har angetts den 5 februari 2010.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB har i framställning till Länsrätten i Mariestad begärt överprövning enligt LUF avseende Västtrafik AB:s upphandling av båttrafik, trafikåtagande 2, Lysekil – Fiskebäckskil och yrkat att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Som grunder för sin framställning har Bohusläns Skärgårdstrafik AB sammanfattningsvis åberopat och anfört följande.

Västtrafik har som kvalificeringskrav uppställt krav på att anbudsgivarna under de tre senaste verksamhetsåren skall ha haft en medelomsättning om minst 6 MSEK härrörande från passagerartrafik till sjöss. Genom detta krav utesluter Västtrafik ett stort antal potentiella leverantörer. Bohusläns Skärgårdstrafik gör gällande att detta krav strider mot proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen och därmed är oförenligt med 1 kap. 24 § LUF. Upphandlingen skall därför göras om.

Västtrafik har vidare uppställt ett skall-krav med innebörd att fartygen skall kunna trafikera befintliga bryggor utan behov av ombyggnation. Bohusläns Skärgårdstrafik gör gällande att Västtrafik genom detta krav gynnar befintlig leverantör i upphandlingen. Västtrafik har därmed gett anbudsgivarna olika förutsättningar för anbudslämnande, vilket är oförenligt med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 24 § LUF. Upphandlingen skall därför göras om.

Västtrafik har dessutom i strid med likabehandlingsprincipen förlängt anbudstiden.

Bohusläns Skärgårdstrafik anser att bolaget kan komma att lida skada om den pågående upphandlingen fullföljs. Bohusläns Skärgårdstrafik yrkar därför att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om.

Länsrätten i Mariestad har i interimistiskt beslut den 28 januari 2010 (Länsrättens mål nr 97-10) förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Sedan länsrätterna upphört den 15 februari 2010 handläggs målet i Förvaltningsrätten i Jönköping, enhet Mariestad, under nytt målnummer (1329-10).

Dejlig Cruise AB har i framställning till Länsrätten i Mariestad den 4 februari 2010 för egen del begärt överprövning och inhibition av den ifrågavarande upphandlingen och till stöd för sin talan åberopat att Västtrafik AB brutit mot konkurrenskravet i upphandlingen genom att ställa upp ett skalkrav på omsättning uppgående till 6 miljoner kr.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB har till utveckling av sin talan anfört bland annat följande.

Förfrågningsunderlaget oförenligt med proportionalitetsprincipen

I Förfrågningsunderlagets upphandlingsföreskrifter anges på sid. 7 under rubriken "6.1 Leverantörsprövning" bland annat följande:

*"Följande krav ställs på Operatören samt på det moderbolag eller liknande som Operatören hänvisat till beträffande leverantörens juridiska, ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet och förmåga:  
..... 4. Operatören eller den koncern i vilken Operatören ingår skall för dagen för inlämnande av anbud ha tillräcklig ekonomisk kapacitet för att fullgöra ett åtagande i enlighet med upphandlingen. Ingen anbudsgivare får ha ett eget negativt kapital.*

*5. Operatören, eller den koncern i vilken Operatören ingår skall under de tre senaste verksamhetsåren ha haft en medelomsättning om minst 6 MSEK per år härrörande från passagerartrafik till sjöss."*

Västtrafik har således som kvalificeringskrav uppställt krav på att anbudsgivarna under de tre senaste verksamhetsåren skall ha haft en medelomsättning om minst 6 MSEK härrörande från passagerartrafik till sjöss. Västtrafik har härigenom uppställt ett mycket högt krav avseende anbudsgivarnas ekonomiska förmåga. Bohusläns Skärgårdstrafik anser att detta omsättningskrav är orimligt högt. Bohusläns Skärgårdstrafik gör gällande att detta krav strider mot proportionalitetsprincipen.

Västtrafik har under 2008 genomfört en upphandling avseende samma trafikåtagande som nu är föremål för upphandling. Länsrätten i Mariestad beslutade i dom den 26 juni 2009 i mål nr 1991-08 att den upphandlingen skulle göras om eftersom inget av anbuderna uppfyllde kvalificeringskraven. Västtrafik gör nu därför om upphandlingen. I nu pågående upphandling benämns trafikåtagandet som avser Lysekils kommun (linje Lysekils hamn – Fiskebäckskil – Lysekils hamn) ”Trafikområde 2”. Detta trafikområde motsvarar exakt det trafikåtagande som benämndes ”Trafikåtagande 3” i den tidigare upphandlingen från 2008. Den tidigare upphandlingen från 2008 överprövades av länsrätten efter det att tilldelning skett. Enligt tilldelningsbeslutet i den tidigare upphandlingen, i vilket Lysekils kommun fick tilldelning avseende det aktuella trafikåtagandet i Lysekils kommun uppgick anbudssumman under ett år till totalt ca 9,5 MSEK. Det är således rimligt att anta att priset, dvs. kontraktsvärdet, för utförande av Trafikområde 2 i aktuell upphandling kan uppskattas till ca 9,5 MSEK per år.

Det kan också noteras att Västtrafik i förfrågningsunderlaget i upphandlingen från 2008 överhuvudtaget inte hade något omsättningskrav. Den förra upphandlingen avsåg dessutom utöver trafikåtagandet på linjen Lysekils kommun – Fiskebäckskil även ett trafikåtagande avseende linjen Strömstad – Koster/Ramsö. Kontraktsvärdet på det sistnämnda trafikåtagandet uppgick enligt tilldelningsbeslutet till drygt 18 MSEK. Anbudssumman i det trafikåtagandet var således dubbelt så stort som trafikåtagandet avseende linjen Lysekils hamn – Fiskebäckskil. Trots detta hade Västtrafik i den upphandlingen inget krav på omsättning för kvalificering i upphandlingen. Eftersom båttrafiken avseende linjen Lysekils hamn - Fiskebäckskil är exakt detsamma i denna upphandling ifrågasätter Bohusläns Skärgårdstrafik nödvändigheten av det aktuella omsättningskravet i Upphandlingen.

Det av Västtrafik i Upphandlingen uppställda kvalificeringskravet att anbudsgivarna skall ha en omsättning om 6 MSEK per år motsvarar således ca 63 procent av det aktuella kontraktsvärdet för Trafikåtagande 2 under ett år ( $6/9,5=0,63$ ). Enligt Bohusläns Skärgårdstrafiks mening kan varken omfattningen av de aktuella tjänsterna inom ramen för respektive tra-

fikåtagande eller det sammanlagda kontraktsvärdet anses motivera ett kvalificeringskrav på att leverantören sedan tidigare år måste ha en omsättning om minst 6 MSEK per år uteslutande härrörande från passagerartrafik till sjöss.

Det av Västtrafik uppställda omsättningskravet begränsar antalet anbudsgivare eftersom det i praktiken endast är operatör som redan är leverantör till Västtrafik som kan lämna anbud i Upphandlingen mot bakgrund av omsättningskravet. Det finns enligt Bohusläns Skärgårdstrafik inte en enda leverantör på Västkusten som har en sådan hög omsättning från endast passagerartrafik till sjöss om inte denne leverantör redan utför trafik åt Västtrafik. Bohusläns Skärgårdstrafik anser därför att det av Västtrafik uppställda omsättningskravet är starkt konkurrensbegränsande. Omsättningskravet är diskriminerande mot mindre och nystartade företag. Västtrafik förtar redan genom uppställandet av detta krav möjligheten att lämna anbud i Upphandlingen för i princip alla anbudsgivare utom nuvarande leverantör. Följden av omsättningskravet är således att dess användande leder till att konkurrensen begränsas i en sådan grad att endast en leverantör kan lämna anbud, vilket innebär att det inte blir någon konkurrens överhuvudtaget.

Att potentiella leverantörer utesluts från möjligheten att lämna anbud om de inte sedan tidigare haft just den efterfrågade omsättningen kan leda till att de leverantörer som är bäst lämpade och har tillräcklig kapacitet att utföra uppdraget inte får den möjligheten vilket innebär en begränsning av konkurrensen.

Av den för offentlig upphandling grundläggande EG-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav på en leverantör än som är nödvändigt för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs på leverantörer i en upphandling måste ha ett naturligt samband med och stå rimlig proportion till det som upphandlas. Den krets som kan delta i upphandlingen får inte begränsas mer än vad som är nödvändigt.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på anbudsgivaren än vad som krävs och är ändamålsenligt för upphandlingen. Detta innebär att kraven skall ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas (se avgörande från Kammarrätten i Stockholm den 13 januari 2009 i mål 8457-08). I nämnda avgörande slog Kammarrätten fast att kravet att anbudsgivare tidigare bör ha genomfört inventeringar ”åt försvarssektorn” inte kunde anses vara lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträlvade syftet med upphandlingen. Bohusläns Skärgårdstrafik åberopar vidare Kammarrättens i Stockholm dom den 27 oktober 2009 i mål nr 4846-09 i

vilket Kammarrätten slog fast att de aktuella upphandlande enheterna genom att uppställa krav på att anbudsgivaren skall ha tillgång till ett minsta antal rekryteringskonsulter handlat i strid med proportionalitetsprincipen. Felet medförde att sökanden som därmed fråntagits möjligheten att lämna anbud hade lidit eller kunnat lida skada.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning skall göras i tre steg. För det första skall en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras om åtgärden är *nödvändig* för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den *negativa effekten* som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Enligt vad som får förstås från Västtrafiks svar på fråga 13 i Upphandlingen, är syftet med omsättningskravet att säkerställa anbudsgivarens erfarenhet, kompetens och organisation för bedrivande av väl fungerande trafik enligt aktuella trafikåtaganden.

Bohusläns Skärgårdstrafik har i och för sig inget att erinra mot detta syfte. Däremot är nivån på omsättningskravet långt utöver vad som är nödvändigt för att tillgodose syftet med Upphandlingen då kravet inte står i rimlig proportion till det som upphandlas. Denna åtgärd är således *inte nödvändig* för att uppnå det eftersträvade syftet då ett sådant syfte hade kunnat tillgodoses med andra eller mindre ingripande åtgärder, t ex krav på bankgaranti, adekvat försäkring, referenser eller dylikt. Att utesluta anbudsgivare från Upphandlingen för att de sedan tidigare inte har den höga omsättning som efterfrågas, trots att leveranskapaciteten och erfarenhet av liknande uppdrag finns, är en mycket ingripande åtgärd.

Ett företags omsättning är inte alltid ett mått på att leverantören har kapacitet att leverera utan en balansräkning kan många gånger vara lämpligare. Inte heller är omsättning ett mått på leverantörens lämplighet eller kompetens. Eftersom Västtrafik fastställt omsättningskravet till ett för högt belopp går Västtrafik miste om kompetenta leverantörer. Ett av upphandlingslagstiftningens syften är att skattemedel skall utnyttjas på ett så effektivt sätt som möjligt. Risken med att uppställa krav på viss omsättning är att man inte uppnår detta syfte eftersom ett sådant krav inte tillförsäkrar att den bäst lämpade leverantören tilldelas kontraktet.

*Den negativa effekten*, dvs. att Bohusläns Skärgårdstrafik är förhindrad att lämna anbud trots att bolaget har tillräcklig kapacitet att utföra uppdraget, är därför oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Det är inte rimligt att alla potentiella leverantörer som inte har den efterfrågade omsättningen sedan tidigare skall vara förhindrade att lämna anbud

i Upphandlingen. Det är starkt konkurrensbegränsande att uppställa kvalificeringskriterier av nämnda slag. Det åligger den upphandlande myndigheten att visa att den negativa effekt som detta innebär inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (se Kammarrättens i Stockholm dom av den 30 december 2008 mål nr 4283-08).

Västtrafik har i svaret på fråga 32 i Upphandlingen angett att genom omsättningskravet i underpunkten 5 blir det tydligt vad som avses med underpunkten "tillräcklig ekonomisk kapacitet" samt underpunkten 6 "personella och personella och organisatoriska resurser för att leverera och utföra de tjänster till art och omfattning upphandlingen avser" samt underpunkten 7 "erforderlig erfarenhet av trafik tjänst liknande det som efterfrågas till art, omfattning och kompetens för att leverera och utföra de tjänster Upphandlingen avser". Bohusläns Skärgårdstrafik gör gällande att detta Västtrafiks svar på fråga 32 innebär att Västtrafik bekräftar att Västtrafiks syfte med omsättningskravet i underpunkten 5 är överflödigt mot bakgrund av att de krav som uppställs i underpunkterna 4, 6 och 7 skall visa samma sak som underpunkten 5. Det torde således vara möjligt och framför allt tillräckligt för anbudsgivare att visa att man har den efterfrågade kapaciteten och erfarenheten genom att visa att man uppfyller underpunkterna 4, 6 och 7. Mot bakgrund av att omsättningskravet i underpunkten 5 direkt utesluter i princip alla leverantörer med tillräcklig erfarenhet och kapacitet för att utföra uppdraget utom Västtrafiks nuvarande leverantörer är det aktuella omsättningskravet direkt konkurrensbegränsande. Konsekvensen av aktuellt omsättningskrav i Upphandlingen är således att kravet helt tar bort den befintliga konkurrensen på marknaden. Upphandlingen skall därför göras om med frånfallande av detta omsättningskrav. Sammanfattningsvis är det av Västtrafik uppställda omsättningskravet så högt i förhållande till värdet på uppdraget och respektive trafikåtagande, att det strider mot proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen och därmed också mot 1 kap. 24 § LUF. Upphandlingen skall därför göras om.

#### Förfrågningsunderlaget i strid med likabehandlingsprincipen

I Förfrågningsunderlagets Upphandlingsföreskrifter anges i dokument D, "Fartygsspecifika skallkrav", på sid. 3 under punkten 1.6 följande: *"Fartygen skall kunna trafikera befintliga bryggor i deras nuvarande skick utan behov av ombyggnation av bryggorna."*

Västtrafik anger i sitt svar på fråga 10 i Upphandlingen, följande. *"Då befintliga tilläggsplatser är väl anpassade till den trafik som skall upphandlas, kommer dessa ej att byggas om eller förändras i samband med trafikstart. Det är därför viktigt att de fartyg som skall nyttjas för trafiken är väl anpassade till aktuella tilläggsplatser Ingen ombyggnation av*

*tilläggsplatserna kommer m a o att genomföras p g a att nya/ombyggda fartyg skall genomföra trafik enligt beskrivna trafikåtagande i förfrågningsunderlaget.”*

Genom det ovan citerade skall-kravet gynnar Västtrafik nuvarande leverantör. Bohusläns Skärgårdstrafik gör gällande att Västtrafik genom detta krav mycket tydligt tydliggör att Västtrafik vill att nuvarande leverantör skall fortsätta utföra det aktuella trafikåtagandet åt Västtrafik. Det är Bohusläns Skärgårdstrafiks uppfattning att Västtrafik återigen har skräddarsytt Förfrågningsunderlaget för att andra leverantörer än den nuvarande leverantören skall vara förhindrade att lämna anbud.

Enligt Bohusläns Skärgårdstrafiks uppfattning är det brukligt i branschen att eventuella brygganpassningar sker efter tilldelning. Västtrafik har genom aktuellt skall-krav förbjudit brygganpassningar. Västtrafik tillåter inte minsta anpassning. Anbudsgivarna tillåts inte ens på egen bekostnad göra eventuella brygganpassningar. Det är inte omöjligt att en anbudsgivare avser använda sig av ett begagnat fartyg för utförande av trafikåtagandet. Eventuella brygganpassningar är då i praktiken oundvikligt.

Sammanfattningsvis har Västtrafik genom uppställandet av detta skall-krav gett anbudsgivarna olika förutsättningar för anbudslämnande, vilket är oförenligt med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 24 § LUF. Upphandlingen skall därför göras om även av detta skäl.

#### Ändring av anbudstiden

”Anbudstiden får normalt inte ändras under upphandlingsprocessen. Om den upphandlande enheten av särskilda skäl måste förlänga anbudstiden, måste detta enligt likabehandlingsprincipen göras i så god tid att alla anbudsgivare kan dra nytta av förlängningen, dvs. som regel i början av perioden.” (Margareta Hentze, Hans Sylvén, Offentlig upphandling, 1998, s. 57)

Förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen utkom den 23 november 2009 och enligt den ursprungliga tidplanen var sista anbudsdag den 22 januari 2010. Västtrafik har den 16 december 2009, med hänvisning till mellankommande jul- och nyårshelger förlängt anbudstiden till den 5 februari 2010. Västtrafik har således strax före jul förlängt anbudstiden. Förlängningen har inte skett i början av perioden. Leverantörer kan därför ha avstått från att begära ut Förfrågningsunderlaget eller att lämna anbud, varför förlängningarna strider mot likabehandlingsprincipen och därmed 1 kap. 24 § LOU.

Avslutningsvis vill Bohusläns Skärgårdstrafik framhålla att syftet med länsrättens domslut att den tidigare upphandlingen av det i detta mål aktuella trafikåtagandet avseende linjen Lysekils hamn – Fiskebäckskil



skulle göras om bland annat var att Bohusläns Skärgårdstrafik skulle beredas en reell möjlighet att lämna anbud i upphandlingen av det aktuella trafikåtagandet. Bohusläns Skärgårdstrafik har redan genom den förra överprövningen lagt ner mycket tid och kostnader på att få rätt att lämna anbud avseende det aktuella uppdraget. Bohusläns Skärgårdstrafik finner det därför beklagligt och anmärkningsvärt att Västtrafik uppställt så orimligt höga skall-krav att Bohusläns Skärgårdstrafik m.fl. utesluts från möjligheten att lämna anbud. Denna medvetna begränsning av konkurrensen är inte förenlig med de för offentlig upphandling grundläggande principerna om proportionalitet och lika behandling. Vidare har Västtrafik tillfört kvalificeringskravet avseende omsättning i den aktuella upphandlingen.

#### Skada

Upphandlingen har genomförts i strid med LUF i enlighet med vad som anförts ovan. Eftersom Bohusläns Skärgårdstrafik genom det av Västtrafik uppställda omsättningskravet och kravet avseende att fartygen skall kunna trafikera befintliga bryggor uteslutits från att delta i Upphandlingen kan Bohusläns Skärgårdstrafik komma att lida skada om den pågående Upphandlingen fullföljs. Även andra potentiella anbudsgivare kan ha lidit skada genom att de anser sig inte kunna lämna anbud i Upphandlingen (se i detta avseende avgörande från Kammarrätten i Jönköping den 28 augusti 2008 i mål 2016-08). Upphandlingen skall mot bakgrund av ovanstående göras om med iakttagande av reglerna i LUF.

Dejlig Cruise AB har uppgett och anfört bland annat följande.

Enligt tidigare dom i mål nr 1991-08 E har Länsrätten förordnat att tidigare upphandling skall göras om. I denna nya upphandling framgår det med all tydlighet att upphandlingen är avpassad/anpassad för att återigen Lysekils Hamn skall kunna erhålla uppdraget. I tidigare nämnt mål står att läsa följande: "Ovan anförda kan inte tolkas på annat sätt än att Västtrafik under hela upphandlingsförfarandet har önskat att Lysekils Hamn skulle vinna upphandlingen och att Västtrafik inte haft en genuin vilja att anta det bästa anbudet" Skälet till vår begäran om inhibition är att Västtrafik nu bl.a. ställt upp ett skall-krav gällande omsättning utgörande 6 miljoner kr. under de tre senaste verksamhetsåren. Detta krav hade man således inte tidigare. För Er information ligger Lysekils Kommun över 6 miljoner kr.

Västtrafik AB har i svar till Förvaltningsrätten bestritt yrkandet om att upphandlingen skall göras om. Västtrafik AB har vitsordat Skärgårdstrafik AB:s bakgrundsbeskrivning samt uppgett och anfört bland annat följande.

Rättsliga grunder

Det är korrekt att Västtrafik som kvalificeringskrav angett att anbudsgivarna under de tre senaste verksamhetsåren skall ha haft en medelomsättning om minst 6 MSEK, härrörande från passagerartrafik till sjöss.

Det är vidare korrekt att Västtrafik under 2008 genomförde en upphandling av båttrafik samt att Länsrätten i Mariestad, efter överprövning, beslutade att den upphandlingen skulle göras om. Det kan konstateras att ett flertal krav skiljer sig åt i den nu aktuella upphandlingen av båttrafik, jämfört med den som genomfördes under 2008. Orsaken härtill är att Västtrafik, inför den nu aktuella upphandlingen, på nytt analyserat sina behov och därvid kunnat konstatera att vissa justeringar av kravställningar, bland annat avseende omsättning, varit ändamålsenliga.

Av artikel 47 i direktiv 2004/18/EG, som avser upphandlingar inom den klassiska sektorn och som i Sverige implementerats genom Lagen om offentlig upphandling (LOU), framgår att bevis på en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning kan vara intyg från banker, balansräkningar eller ett företags samlade omsättning. Av artikeln går att utläsa att uppgift om ett företags samlade omsättning avser omsättning för det verksamhetsområde som upphandlingen avser, omfattande de tre senaste verksamhetsåren.

Upphandlingen sker enligt Lagen om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transport- och posttjänster (LUF). Eftersom upphandlingen avser en s.k. B-tjänst tillämpas de regler som gäller för upphandlingen under tröskelvärdena. Även beträffande sådana måste de grundläggande principerna om bland annat likabehandling och proportionalitet följas (1 kap 9 LOU och 1 kap 24 § LUF). Hänsyn till principerna måste således tas vid uppställande av krav och inkrävande av bevisning också i denna typ av upphandlingar.

Rent generellt kan noteras att de upphandlingar som sker enligt LUF inte är föremål för lika detaljerade regleringar som de som sker enligt LOU.

I 11 kap 7 § LOU anges uttryckligen att bevis kan utgöras av besked om omsättning för det verksamhetsområde som upphandlingen avser för de tre senaste verksamhetsområdena. Att motsvarande bevis kan avkrävas anbudsgivare i en upphandling enligt LUF, som alltså kännetecknas av

”större frihet” för den upphandlande enheten när det gäller uppställande av kvalificeringskrav och krav på bevisning i upphandlingen, är självklart.

Enligt Västtrafik är därför den enda relevanta frågan i sammanhanget om det angivna beloppet i omsättningskravet – 6 Mkr – är för högt.

Bohusläns Skärgårdstrafik hänvisar i sin ansökan om överprövning till tre olika rättsfall när det gäller proportionalitetsprincipen (Kammarrättens i Stockholm dom den 13 januari 2009 i mål 8457-08, Kammarrättens i Stockholm dom den 27 oktober 2009 i mål 4846-09 samt Kammarrättens i Stockholm dom den 30 december 2008 i mål 4283-08). Även om målen behandlar proportionalitetsprincipens tillämplighet i vissa fall är det inget av dem som direkt rör frågan om tillåtligheten av ett omsättningskrav.

Frågan om omsättningskrav har bland annat behandlats i ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg (Kammarrättens i Göteborg dom i mål 6061-07). I det aktuella fallet hade Västra Götalands läns landsting bjudit in till anbudsgivning avseende ett ramavtal för läkarkonsulttjänster. Det var fråga om specialistläkartjänster inom psykiatri, medicin, radiologi och anestesi, där anbudsgivarna kunde lämna anbud på delar av kontraktet. En anbudsgivare ansökte om överprövning och gjorde gällande att ett krav på att en anbudsgivare skulle ha minst 10 Mkr i omsättning föregående kalenderår inte var förenligt med LOU. Anbudsgivarna menade att kravet inte var affärsmässigt korrekt och att det inte kunde utgöra ett sakligt skäl för uteslutning. Vidare menade anbudsgivarna att omsättningskravet på 10 Mkr skulle sättas i relation till det som skulle upphandlas. Hela kontraktets värde beräknades till 18 Mkr.

Kammarrätten anför följande i sina domskäl. ”En upphandlande enhet har frihet att själv specificera krav på det som skall upphandlas under förutsättning av att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt.” Kammarrätten framhöll att den upphandlande myndigheten måste kunna försäkra sig om att den leverantör som tilldelas kontraktet måste ha sådan stabilitet och kapacitet att tjänsterna kan levereras i enlighet med avtalet. Kammarrätten konstaterade att en upphandlande myndighet har rätt att ställa omsättningskrav. Ett sådant krav kan inte heller, enligt Kammarrättens bedömning, anses strida mot gemenskapsrättsliga principer. Enligt Kammarrätten måste hänsyn tas till verksamhetens art och det faktum att Västra Götalands läns landsting föregående kalenderår avropade specialisttjänster för 18 Mkr.

I detta fall accepterades således ett omsättningskrav på 10 Mkr när den totala mängden avropade specialisttjänster beräknades uppgå till 18 Mkr och trots att det var möjligt att lägga anbud på endast vissa delar i upphandlingen.

Frågan om krav på viss omsättning har också prövats i Länsrätten i Stockholm, mål Ö 11239-98, och 25581-08 samt i Kammarrätten i Stockholm, mål 7443-1998. Domstolarna har i samtliga dessa fall kommit till slutsatsen att ett krav avseende viss omsättning inte strider mot nationell eller gemenskapsrättslig lagstiftning under förutsättning att omsättningskravet är proportionerligt i förhållande till den vara eller tjänst som skall upphandlas med hänsyn till upphandlingens art, omfattning och värde.

Västtrafik har bedömt att krav på medelomsättning om 6 Mkr motsvarar ungefär 50 procent av den ersättningsnivå per år som avtalet kommer att motsvara (således proportionellt sett ett lägre krav än i ovannämnda mål från Kammarrätten i Göteborg). Den uppskattade nivån bygger på de offererade priser som inkom vid den ovannämnda upphandlingen, som enligt dom från Länsrätten fick göras om.

Att bedömningen av ersättningsnivån varit korrekt bekräftas av offererade priser i de anbud som inkommit i den nu aktuella upphandlingen. Att ställa krav på anbudsgivares medelomsättning är vanligt förekommande i Västtrafiks upphandlingar. Exempelvis ställdes krav på en medelomsättning på 300 Mkr vid upphandlingen av region- och pendeltåg i Väst, vilket i princip motsvarar hela den årliga ersättningsnivån för den aktuella tågtrafiken, vilket motiverades av den upphandlingens art, omfattning och värde.

Enligt Västtrafiks bedömning är omsättningskravet ett högst relevant krav i syfte att erhålla acceptabel bevisning för att anbudsgivarna har tillräcklig ekonomisk kapacitet samt resurser i övrigt och erfarenhet för att utföra de tjänster som upphandlingen avser. Den aktuella båttrafiken är omfattande och det är viktigt att den fungerar på bästa sätt under hela den relativt långa avtalstiden: 8 år med möjlighet till förlängning. Den totala ersättningen under avtalstiden torde följaktligen uppgå till i vart fall ca 100 Mkr. Störningar i trafiken, orsakade av t.ex. bristande resurser eller erfarenhet, är inte acceptabelt.

Västtrafik har förstås inget intresse av att inskränka konkurrensen i upphandlingen, utan tvärtom. När det aktuella omsättningskravet diskuterades och beslutades, övervägdes också konkurrenssituationen, varvid Västtrafik gjorde bedömningen att det finns flera potentiella anbudsgivare som kan uppfylla omsättningskravet. Det skall i sammanhanget framhållas att anbudsöppning har skett i upphandlingen och att flera anbud inkommit från anbudsgivare som uppfyller det uppställda omsättningskravet.

Det skall också noteras att det står en anbudsgivare fritt att åberopa andra företags resurser och kompetens för att uppnå uppställda krav. Det finns följaktligen alla möjligheter för mindre företag, eller företag som av

annan anledning än storlek inte klarar alla krav i en upphandling, att etablera samarbeten på ett eller annat vis för att klara uppställda krav.

Sammanfattningsvis menar således Västtrafik att det aktuella omsättningskravet är relevant och lämpligt med hänsyn till upphandlingens art, omfattning och värde och att kravet inte står i strid med den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen.

#### Förfrågningsunderlaget i strid med likabehandlingsprincipen

Det är riktigt att det i upphandlingsföreskrifterna anges att ”fartygen skall kunna trafikera befintliga bryggor i deras nuvarande skick utan behov av ombyggnation av bryggorna”.

När det gäller bryggorna skall inledningsvis konstateras att Västtrafik inte äger dem och inte heller förfogar över dem på annan grund. Västtrafik har följaktligen igen möjlighet att fatta beslut om eventuella ombyggnationer om det nu skulle vara ett önskemål från en blivande operatör.

Vad gäller en operatörs eventuella önskan att själv finansiera eventuella behov av ombyggnationer av bryggor i samband med trafikstart har frågan inte tidigare diskuterats. Inga frågor har väckts kring detta under upphandlingstiden och inga önskemål har framförts, inte heller av någon av de anbudsgivare som har inkommit med anbud i upphandlingen.

Det är inte ovanligt i upphandlingar att befintlig leverantör har fördelar, eftersom de befinner sig mitt inne i ett upphandlat kontrakt med alla de insikter och genomförda anpassningar som det innebär. Någon skyldighet (eller reell möjlighet) för en upphandlande enhet att helt ”neutralisera” en upphandling så att eventuella fördelar en befintlig operatör må ha försvinna, finns förstås inte. Det uppställda kravet är lika för alla. Resonemanget om eventuell fördel för den befintliga operatören, om denne nu väljer att lägga anbud i upphandlingen, förutsätter förstås att det är ett befintligt fartyg som offereras och att detta uppfyller också övriga krav i upphandlingen.

Enligt Västtrafiks bedömning är konkurrensfördelarna för nuvarande operatör marginella när det gäller anpassning till bryggor. Anbudsgivare som offererar nya fartyg har förstås inga problem alls, eftersom nödvändiga anpassningar görs på de nya fartygen. När det gäller anbudsgivare som väljer att offerera begagnade fartyg, torde eventuella behov av anpassningar kunna göras utan alltför stora problem.

Sammantaget menar Västtrafik att det aktuella kravet enligt förfrågningsunderlaget inte står i strid med likabehandlingsprincipen.

#### Ändring av anbudstiden

Den ursprungliga anbudstiden uppgick till knappt två månader. Eftersom jul- och nyårshelgerna inföll under anbudstiden, blev den i praktiken betydligt kortare och medförde också att det blev svårt för anbudsgivarna att under helgperioden få fram erforderligt material till anbudet. Västtrafik beslutade därför att förlänga anbudstiden med ca två veckor. Besked om detta lämnades till anbudsgivarna den 16 december, eller ca tre veckor efter att anbudstiden börjat löpa, vilket får anses vara i början av anbudsperioden.

Enligt Västtrafik måste det vara uppenbart att den begränsade förlängningen av anbudstiden, som skedde förhållandevis tidigt under anbudstiden, inte står i strid med likabehandlingsprincipen eller är otillåten av någon annan anledning. Under alla förhållanden har Bohusläns Skärgårdstrafik inte lidit skada på grund av förlängningen av anbudstiden. Västtrafik bestrider att någon okänd, potentiell anbudsgivare kan ha valt att avstå från att delta i upphandlingen på grund av att anbudstiden ursprungligen var ca två veckor kortare. Västtrafik bestrider vidare att Bohusläns Skärgårdstrafik AB kan uppfylla skaderekvisitet i 16 kap 2 § LUF genom återopande av en okänd, potentiell anbudsgivares eventuella skada.

Även Dejlig Cruise framför invändningar mot det ovannämnda omsättningskravet. Västtrafik hänvisar till vad som anförts ovan i frågan.

#### Bohusläns Skärgårdstrafik AB har i yttrande tillagt följande.

Västtrafik gör gällande att Västtrafik funnit det ändamålsenligt att ändra Förfrågningsunderlaget avseende upphandling av den aktuella linjen mellan Lysekils hamn och Fiskebäckskil på så vis att från att i den förra upphandlingen inte ha haft något omsättningskrav alls till att i den nya, nu aktuella, upphandlingen uppställa ett omsättningskrav om 6 Mkr per år i genomsnitt de senaste tre åren. Följden av detta nya krav är att potentiella leverantörer som har tillräcklig kapacitet att utföra uppdraget och som hade det även i den tidigare upphandlingen inte längre kan lämna anbud. Ett sådant krav är under inga omständigheter ändamålsenligt eller proportionerligt i LUF:s mening.

Det är i och för sig riktigt som Västtrafik säger att omsättningskrav kan vara ett godtagbart bevis för leverantörers ekonomiska kapacitet, vilket också anges i 11 kap 7 § LOU. Ett sådant krav måste emellertid även i enlighet med de grundläggande EG-rättsliga principerna vara proportionerligt. Bohusläns Skärgårdstrafik gör gällande att det av Västtrafik uppställda omsättningskravet är oförenligt med proportionalitetsprincipen enligt vad som anförts i ansökan om överprövning.

Västtrafik gör gällande att omsättningskravet om 6 Mkr inte är för högt ställt och åberopar till stöd härför utöver två avgöranden från 1998 även en dom från Länsrätten i Stockholm från den 2 februari 2009 (mål nr 25581-08). Det åberopade avgörandet från Länsrätten i Stockholm skiljer sig avsevärt från nu aktuell upphandling eftersom Försäkringskassan i det avgörandet dels avsåg ett selektivt förfarande enligt LOU, dels hade använt sig av omsättning som ett särskiljande kriterium vid val och kvalificering av leverantör. Den klagande leverantörens omsättning räckte inte till för att placera sig bland de maximalt tjugo kvalificerade leverantörerna för något av de sökta tjänsteområdena. Av förfrågningsunderlaget framgick att för det fall att mer än tjugo leverantörer kvalificerade sig skulle kassan välja de med högst omsättning. Försäkringskassan hade således inte använt sig av omsättningskravet för att utesluta vissa leverantörer utan för att välja ut de tjugo främsta bland de som kvalificerat sig. Omsättningskravet begränsade således inte konkurrensen på det sätt som Västtrafiks nu aktuella omsättningskrav gör. Till skillnad från det omsättningskrav Försäkringskassan använde sig av utesluter Västtrafik genom att uppställa det aktuella omsättningskravet per automatik flertalet leverantörer från upphandlingen. Leverantörer som både har kapacitet och vilja att leverera det aktuella uppdraget. Ett sådant förfarande är inte förenligt med 1 kap 24 § LUFSS.

Kammarrätten i Göteborg har i en dom i mål 4320-06 godtagit ett omsättningskrav om 10 Mkr i förhållande till en upphandling om 50 – 55 Mkr. Målet rörde upphandling av distriktsläkartjänster. Den i målet aktuella upphandlingen utgjorde alltså omsättningskravet ca *18 procent* av det totala kontraktsvärdet.

I det av Västtrafik åberopade avgörandet från Kammarrätten i Göteborg mål nr 6061-07 godtog kammarrätten ett skall-krav på en minimiomsättning om 10 Mkr då den totala upphandlingsvolymen var ca 90 Mkr. I denna upphandling utgjorde alltså omsättningskravet ca *11 procent* av det totala kontraktsvärdet. Upphandlingen avsåg VGR:s upphandling av läkarkonsulter där VGR under föregående år avropat läkartjänster för 90 Mkr. VGR var av uppfattningen att det aktuella omsättningskravet om 10 Mkr skulle ställas i proportion till den samlade upphandlingen av läkarkonsulter i form av specialistläkare vars värde motsvarade ett sammantaget belopp om 90 Mkr. Västtrafik har i sitt yttrande valt att endast beakta kontraktsvärdet för specialistläkare inom psykiatri, vilka uppgick till 18 Mkr. Det av Västtrafik åberopade procentuella resultatet av omsättningskravet är därför felaktigt. Enligt Bohusläns Skärgårdstrafik skiljer sig det av Västtrafik åberopade kammarrättsavgörandet väsentligt från nu aktuellt omsättningskrav eftersom omsättningskravet i den upphandlingen utgjorde 11 procent av det totala kontraktsvärdet. Som Bohusläns Skärgårdstrafik re-

dogjort för i ansökan om överprövning utgör Västtrafiks omsättningskrav i aktuell upphandling 63 procent av det totala kontraktsvärdet.

Bohusläns Skärgårdstrafik bestrider att Västtrafiks omsättningskrav om 6 Mkr motsvarar 50 procent av kontraktsvärdet per år. I det nu aktuella trafikåtagandet i Lysekils kommun uppgick anbudssumman i den tidigare upphandlingen till totalt ca 9,5 Mkr per år. Det är således rimligt att anta att priset, dvs. kontraktsvärdet, för utförande av Trafikområde 2 i aktuell upphandling kan uppskattas till ca 9,5 Mkr per år. Det av Västtrafik i upphandlingen uppställda kvalificeringskravet att anbudsgivarna skall ha en omsättning om 6 Mkr per år motsvarar således ca 63 procent av det aktuella kontraktsvärdet för Trafikåtagande 2 under ett år ( $6/9,5=0,63$ ). Enligt Bohusläns Skärgårdstrafiks mening kan varken omfattningen av de aktuella tjänsterna inom ramen för respektive trafikåtagande eller det sammanlagda kontraktsvärdet anses motivera ett kvalificeringskrav på att leverantören sedan tidigare år måste ha en omsättning om minst 6 Mkr per år utslutande härrörande från passagerartrafik till sjöss. Mot bakgrund av ovan redovisad praxis kan konstateras att det av Västtrafik uppställda omsättningskravet inte står i rimlig proportion till det som upphandlas. Den negativa effekten, dvs. att flera potentiella anbudsgivare, däribland Bohusläns Skärgårdstrafik, är förhindrade att lämna anbud i upphandlingen trots att de har tillräcklig kapacitet att utföra uppdraget är därför oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Västtrafiks omsättningskrav är därför inte proportionerligt och det är därför oförenligt med 1 kap. 24 § LUF. Det är starkt konkurrensbegränsande att uppställa kriterier av nämnda slag. Det åligger den upphandlande myndigheten att visa att den negativa effekt som detta innebär inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (se Kammarrättens i Stockholm dom av den 30 december 2008 mål nr 4283-08).

Bohusläns Skärgårdstrafik delar inte Västtrafiks uppfattning att det enda sättet att säkerställa att störningar i trafik orsakade av bristande resurser eller erfarenhet är genom ett omsättningskrav om 6 Mkr. Uppenbarligen har inte heller Västtrafik tidigare varit av denna uppfattning. En upphandlande enhet kan på flera andra sätt tillse att en anbudsgivare har tillräckliga resurser att utföra ett uppdrag än att uppställa ett omsättningskrav. Västtrafiks resonemang i sitt svar i målet visar att Västtrafik genom uppställandet av omsättningskravet haft för avsikt att utesluta mindre företag från deltagande i upphandlingen.

Sammanfattningsvis är det av Västtrafik uppställda omsättningskravet så högt i förhållande till värdet på uppdraget och respektive trafikåtagande, att det strider mot proportionalitetsprincipen och likabehandlings-



principen och därmed också mot 1 kap 24 § LUF. Upphandlingen skall därför göras om.

#### Förfrågningsunderlaget i strid med likabehandlingsprincipen

Bohusläns Skärgårdstrafik ifrågasätter varför Västtrafik inte skaffat sig rätten att påverka utformningen av bryggorna. Eftersom det är Västtrafik som upphandlar åligger det Västtrafik att tillse att det under upphandlingen inte blir någon snedvridning i konkurrensen.

Eftersom alla anbudsgivare, utom nuvarande leverantör, måste bygga om sina fartyg för hundratusentals kronor beroende av fartygstyp, istället för att göra en enkel anpassning av vissa brygglägen innebär det av Västtrafik uppställda skall-kravet att anbudsgivarna inte har samma förutsättningar att lämna anbud. En ombyggnation av ett fartyg kräver godkännande från Transportstyrelsen. Att först hinna ta fram konstruktionsritningar och sedan presentera dem för Transportstyrelsens skeppsbyggnadsavdelning och sedan få dem godkända är en omfattande process, och tidsmässiga förutsättningar för detta finns ej eftersom själva anbudstiden endast pågår under ca två månader. Det av Västtrafik uppställda skall-kravet innebär att en ny leverantör har omfattande kostnader i projekteringsstadiet för att ens kunna lämna anbud, medan nuvarande operatör inte har några sådana kostnader. Det av Västtrafik uppställda skall-kravet är därför inte lika för alla, utan gynnar således nuvarande operatör i en sådan utsträckning att det inte är förenligt med likabehandlingsprincipen samtidigt som det missgynnar alla andra potentiella anbudsgivare.

Det av Västtrafik uppställda skall-kravet innebär att om en anbudsgivare har ett fartyg som skulle kunna trafikera den aktuella linjen om anpassningar görs på bryggan så kommer detta anbud att förkastas på grund av att trafikering skall kunna ske utan ombyggnation. Anbudsgivaren är därför förhindrad att delta i upphandlingen. Detta gäller även vid marginella anpassningar och förändringar. Västtrafik synes således inte ens ha ambitionen att försöka neutralisera de konkurrens fördelar som befintlig operatör har utan konstaterar endast att dessa är "marginella". Ett sådant förfarande är inte förenligt med likabehandlingsprincipen.

Sammanfattningsvis har Västtrafik genom uppställandet av detta skall-krav gett anbudsgivarna olika förutsättningar för anbudslämnande, vilket är oförenligt med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 24 § LUF. Upphandlingen skall därför göras om även av detta skäl.

#### Ändring av anbudstiden

Västtrafik använder mellankommande julhelger som argument för att Västtrafik förlängt anbudstiden. Bohusläns Skärgårdstrafik anser att det

föga kan ha varit en överraskning för Västrafik att julhelgerna inföll under anbudstiden. Detta utgör således inget godtagbart skäl för förlängning av anbudstiden. Förlängningen har inte skett i början av perioden. Leverantörer kan därför ha avstått från att begära ut Förfrågningsunderlaget eller att lämna anbud, varför förlängningarna strider mot likabehandlingsprincipen och därmed 1 kap. 24 § LUF.

Ytterligare skriftväxling har ägt rum i målet. Härvid har parterna tillagt bland annat följande.

Västrafik AB:

Det är inte bara mot det förväntade värdet på upphandlingen som omsättningskravet ska bedömas. Minst lika viktigt är objektet för upphandlingen. Båttrafiken som upphandlas avser viktig infrastruktur som är av stort samhällsintresse och omsättningskravet syftar till att säkerställa att vinnande leverantör har kapacitet och ekonomisk stabilitet att utföra tjänsterna enligt det upphandlade avtalet. Avbrott och störningar i trafiken på grund av otillräckliga ekonomiska resurser eller andra resursbrister skulle få ytterst allvarliga konsekvenser för många människor.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB:

Oavsett värdet på de procentsatser som tidigare avgöranden avseende omsättningskrav utvisat gör Bohusläns Skärgårdstrafik gällande att omsättningskravet i den nu aktuella upphandlingen, inte enbart får till konsekvens, utan även är uppställt i syfte att utesluta potentiella anbudsgivare, varför det är oproportionerligt och oförenligt med LUF. I den förra upphandlingen avseende den aktuella färjelinjen mellan Lysekil och Fiskebäckskil hade Västrafik inte uppställt något omsättningskrav alls. I den nya, nu aktuella, upphandlingen har Västrafik uppställt ett omsättningskrav om 6 Mkr per år i genomsnitt de senaste tre åren. I den förra upphandlingen inkom fyra anbud från tre anbudsgivare. Anbudsgivare som uppfyllde kraven i den upphandlingen var Bohusläns Skärgårdstrafik, Daily Cruise och Lysekils hamn. Mot bakgrund av det nya omsättningskravet har såväl Bohusläns Skärgårdstrafik som Daily Cruise varit förhindrade att lämna anbud, eller i vart fall att uppfylla kraven för deltagande i utvärderingen i upphandlingen. En upphandlande enhet har frihet att själv specificera krav på det som skall upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt (se avgörande från Kammarrätten i Göteborg den 18 mars 2008 i mål nr 6010-07). Västrafiks omsättningskrav styr upphandlingen mot en viss leveran-

tör. Följden av omsättningskravet är således att Västtrafik medvetet utesluttit i vart fall två potentiella leverantörer som har tillräcklig kapacitet att utföra uppdraget. Eftersom Västtrafik framför allt mot bakgrund av den tidigare upphandlingen har haft god insikt i den konkurrens som råder på den aktuella färjelinjen har Västtrafik därmed styrt upphandlingen mot viss leverantör. Omsättningskravet är därför under inga omständigheter ändamålsenligt eller proportionerligt i LUF:s mening.

I samtliga i detta mål åberopade avgöranden har omsättningskravet använts i syfte att särskilja en mängd anbudsgivare. I nu aktuellt mål har i vart fall resultatet av Västtrafiks krav blivit att flertalet potentiella anbudsgivare utom nuvarande leverantör uteslutits från upphandlingen. Nuvarande leverantör är Lysekils kommun som är en av Västtrafiks delägare och tillika ägare av i upphandlingen aktuella hamnar. Ett sådant agerande är ej förenligt med LUF. Sammanfattningsvis är det av Västtrafik uppställda omsättningskravet så högt i förhållande till värdet på uppdraget och respektive trafikåtagande, att det strider mot proportionalitetsprincipen och lika-behandlingsprincipen och därmed också mot 1 kap. 24 § LUF.

Västtrafik AB:

Västtrafik bestrider att upphandlingen styrts mot viss leverantör. Skälen för det uppställda omsättningskravet har varit de som Västtrafik tidigare redovisat i målet.

**DOMSKÄL**

Den i målet aktuella upphandlingen påbörjades i november 2009. Det är då LUF i den fram till den 15 juli 2010 gällande avfattningen som skall tillämpas.

Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LUF (B-tjänst enligt bilaga 3 till lagen). Härvid tillämpas även 1 kap., 2 kap., 5 kap., 6 kap. 1-8 §§ och 16 kap. 1-10 §§ LUF.

Enligt 1 kap. 24 § LUF skall upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap.1 § LUF får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kap. i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF skall rätten, om den upphandlande enheten brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i samma lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

För att få bifall till en ansökan om åtgärd enligt 16 kap. 2 § LUF krävs således dels att ett fel förekommit i upphandlingsförfarandet, dels att felet är till men för sökanden.

I förevarande mål har tre omständigheter åberopats som grunder för yrkande om åtgärd enligt LUF. Bohusläns Skärgårdstrafik AB har för egen del åberopat dels att i förfrågningsunderlaget uppställt skallkrav på att fartygen skall kunna trafikera befintliga bryggor utan behov av ombyggnation av bryggorna strider mot likabehandlingsprincipen, dels att den upphandlande enheten i strid med likabehandlingsprincipen förlängt anbudstiden. Bohusläns Skärgårdstrafik AB och Dejlig Cruise AB har var för sig åberopat att i förfrågningsunderlaget uppställt skallkrav på medelomsättning med 6 miljoner kronor under de tre senaste verksamhetsåren strider mot bestämmelserna i 1 kap. 24 § LUF.

Förutsättningarna för upphandlingen och åberopade delar av förfrågningsunderlaget framgår av parternas respektive redogörelser i målet. I målet har dessutom getts in och åberopats förfrågningsunderlaget i vad detta avser Upphandlingsföreskrifter (Dokument A) och Fartygsspecifika skallkrav

(Dokument D) samt ”Frågor & Svar till förfrågningsunderlaget Båttrafik 2011” (frågorna 8-16 och 32-35).

Förvaltningsrätten gör i de skilda delarna av målet följande bedömning.

*Skallkravet på fartygsanpassning till befintliga tilläggsplatser.*

Av ingivna handlingar framgår att den aktuella upphandlingen är att anse som en funktionsupphandling i så måtto att den innefattar ett totalåtagande med funktionsansvar för passagerartrafiken enligt fast tidtabell med fartyg på den aktuella båtlinjen Lysekils hamn – Fiskebäckskil – Lysekils hamn med en tilläggsplats i Lysekil och två i Fiskebäckskil. I åtagandet ingår att leverantören själv skall svara för personal, fartyg och övrig utrustning som krävs för att fullfölja trafikåtagandet samt att trafiken skall bedrivas med serviceinriktad och för uppgiften väl utbildad personal och med fartyg anpassade för ändamålet. I upphandlingsföreskrifterna anges vidare att ”Alla fartyg skall uppfylla i förfrågningsunderlaget ställda krav”. Under rubriken Tekniska Fartygskrav i Dokument D anges – såvitt nu är ifråga – att fartygen **skall** kunna trafikera befintliga bryggor i deras nuvarande skick utan behov av ombyggnation av bryggorna. Det är således enligt Förvaltningsrättens uppfattning fråga om ett obligatoriskt krav på fartygsanpassning till det efterfrågade trafikåtagandet. Kravet är lika för alla anbudsgivare oberoende av omständigheterna i övrigt. Med beaktande av ändamålet med upphandlingen – ett övertagande eller en fortsättning av ett befintligt trafikåtagande – och av omfattningen av uppdraget, finner förvaltningsrätten att vad sökanden anfört i denna del inte utgör tillräcklig grund för åtgärd enligt 16 kap. 1 § första stycket LUF.

*Förlängning av anbudstiden*

Förvaltningsrätten finner i denna del att sökanden inte visat att förfarandet med en förlängning av anbudstiden inneburit att sökanden lidit eller kan komma att lida skada. Grund för ingripande med stöd av LUF föreligger då inte.

*Omsättningskravet*

Frågan i denna del av målet är om det uppställda kvalificeringskravet i förfrågningsunderlaget på att ”Operatören, eller den koncern i vilken Operatören ingår, skall under de tre senaste verksamhetsåren ha haft en medelomsättning om minst 6 miljoner kronor per år härrörande från passagerartrafik till sjöss” strider mot LUF eller de grundläggande EG-rättsliga principerna.

Kravet ingår i förfrågningsunderlaget under rubriken Leverantörsprövning, som omfattar sju angivna kravställningar vilka anges vara avsedda att visa leverantörens juridiska, ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet och förmåga.

Inom den klassiska sektorn (LOU) skall leverantörsbedömningen eller som det också kallas kvalificeringen, göras på grundval av kriterier, som har bäring på de ekonomiska aktörernas ekonomiska och tekniska status, dvs. förmågan att genomföra det kontrakt, som skall upphandlas. Viss vägledning om innebörden av dessa begrepp ger de bevis, som kan begäras in från leverantörerna om deras ekonomiska och tekniska status. Dessa bevismedel, som framför allt finns intagna i 11 kap. 7 och 11 §§ LOU, gäller, vid tillämpning av de direktivstyrda reglerna, endast för den klassiska sektorn. Försörjningsdirektivet (2004/17/EG), som styr reglerna i LUF, föreskriver endast att kriterierna skall vara objektiva och icke-diskriminerande, och det innehåller inte heller några bestämmelser om vilka bevis, som kan krävas in från leverantörerna. Samma sak gäller för upphandlingar när 15 kap. LUF skall tillämpas. Ingenting hindrar emellertid en upphandlande myndighet från att kräva in samma bevis, som finns angivna i LOU, även för upphandlingar, som görs med tillämpning av reglerna i 15 kap. LUF. Att regelsystemet inte innehåller några specifika krav eller kravnivåer om ekonomisk status eller teknisk status, innebär att en upphandlande myndighet kan ställa sina egna krav och kravnivåer. Dock gäller naturligt-

vis att den upphandlande myndigheten måste ställa sina krav så att de inte kommer i konflikt med regelsystemet i övrigt eller de allmänna rättsprinciper, som alltid skall iakttas. Dessa principer framgår av 1 kap. 24 § LUF. Det kan exempelvis inte vara förenligt med proportionalitetsprincipen att ställa högre eller andra krav på leverantörerna än de som är nödvändiga för att uppnå syftet med kraven. Det går heller inte att ställa ovidkommande höga krav eller krav, som inte behövs för att leverantörerna skall kunna genomföra upphandlingskontraktet i fråga.

Det kan således sammanfattningsvis konstateras att det är tillåtet för den upphandlande enheten att ställa krav på att leverantören har viss ekonomisk stabilitet, förutsatt att ett sådant krav är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Det är under samma förutsättningar tillåtet för den upphandlande enheten att ställa krav på leverantörens tekniska kapacitet att kunna fullgöra upphandlingskontraktet ifråga. Det är dock vid ställande av sådana villkor viktigt att beakta kravet på utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och att kretsen av dem som får delta i upphandlingen inte begränsas utan sakliga skäl. För varje krav i förfrågningsunderlaget skall den upphandlande enheten redogöra för hur anbudsgivarna skall visa hur de uppfyller kraven.

Den upphandlande enheten har i svar på frågor från leverantörerna uppgett bland annat följande angående syftet med det i målet ifrågasatta omsättningskravet. "För att bedriva trafik enligt aktuella trafikåtagande krävs gedigen kompetens och erfarenhet av passagerartrafik samt en väl fungerande organisation. Angivet omsättningskrav i förfrågningsunderlaget speglar det minimumkrav vad gäller erfarenhet, kompetens och organisation som vi ställer på anbudsgivarna. Endast kapital är ej tillräckligt för att kunna bedriva väl fungerande trafik enligt aktuella trafikåtagande..." (svar på fråga 13). "Genom detta krav blir det tydligt och konkret vad Västtrafik avser med 'tillräcklig ekonomisk kapacitet' enligt punkt 4, 'personella och

organisatoriska resurser för att leverera och utföra de tjänster till art och omfattning upphandlingen avser' enligt punkt 6 samt 'erforderlig erfarenhet av trafiktjänst liknande det som efterfrågas till art, omfattning och kompetens för att leverera och utföra de tjänster upphandlingen avser' enligt punkt 7." (svar på fråga 32). "Vad gäller angivet omsättningskrav enligt punkt 5, skall detta spegla omfattningen på den verksamhet inom passagerartrafik som anbudsgivaren förfogar över. Vad gäller krav på ekonomisk, teknisk samt yrkesmässig kapacitet, skall anbudsgivaren förfoga över den kapacitet som anges i punkt 4-7." (svar på fråga 33).

I skriftväxlingen i målet har Västtrafik AB beträffande syftet med omsättningskravet i sak uppgett att "enligt Västtrafiks bedömning är omsättningskravet ett högst relevant krav i syfte att erhålla acceptabel bevisning för att anbudsgivarna har tillräcklig ekonomisk kapacitet samt resurser i övrigt och erfarenhet för att utföra de tjänster som upphandlingen avser".

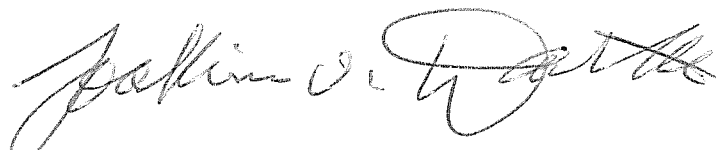
Genom det ovan anförda drar Förvaltningsrätten den slutsatsen att det aktuella omsättningskravet åsyftat att visa ej enbart leverantörernas ekonomiska kapacitet utan även deras tekniska kapacitet, inklusive erfarenhet, dvs. de relevanta omständigheter som kan läggas till grund för en bedömning av anbudsgivarnas möjligheter att genomföra det upphandlade åtagandet. Det bör emellertid beaktas att dessa omständigheter kan visas på flera sätt och inte enbart genom ett krav på viss omsättning. Ett omsättningskrav på – som i detta fall – 6 miljoner kronor utgör då ett bevismedel och inte något särskiljande kriterium. Innebörden av Försörjningsdirektivets föreskrift att kriterierna skall vara objektiva och icke-diskriminerande får tolkas så att inga andra krav får ställas på leverantörerna än vad som är nödvändigt för att säkerställa att de klarar att genomföra kontraktet ifråga. Mot bakgrund av vad som framkommit i målet angående omfattningen av det trafikåtagande som upphandlingen avser framstår ett obligatoriskt krav på viss omsättning i tidigare verksamheter inte som nödvändigt då de efter-



frågade kvalifikationerna kan visas och kontrolleras på annat sätt. Förvaltningsrätten konstaterar att kravet vidare innebär att den som lämnar anbud skall ha bedrivit verksamhet inom det område upphandlingen avser under minst tre avslutade räkenskapsår och att ett sådant krav kan motverka konkurrensen eftersom nyetablerade företag – oberoende av ekonomisk och teknisk kapacitet, inklusive eventuell erfarenhet – utesluts från upphandlingsförfarandet. Även beloppsmässigt är omsättningskravet konkurrensbegränsande och framstår som oproportionerligt då det begränsar antalet i övrigt kvalificerade anbudsgivare utan att detta kunnat sakligt motiveras. Enligt Förvaltningsrättens bedömning har Västtrafik AB genom det obligatoriska kravet på viss omsättning brustit i objektivitet i upphandlingen och därigenom förfarit på ett sätt som strider mot 1 kap. 24 § LUF och de grundläggande EG-rättsliga principerna.

Sökandena har i sin egenskap av leverantörer lidit eller kan komma att lida skada genom att uteslutas från deltagande i upphandlingen. Grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LUF föreligger därför. Det fel som begåtts i upphandlingen har påverkat det uppsökande skedet. Sökandenas framställningar i målet ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen skall göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d LOU)



Joakim von Warnstedt



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU