

KLAGANDE

Borås Lokaltrafik AB, 556043-2246
Box 10006
507 10 Borås

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Borås stad
Gatukontoret
501 80 Borås

Ombud: Förbundsjuristen Mathias Sylwan
Sveriges Kommuner och Landsting
118 82 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Vänersborg dom den 7 februari 2008 i mål nr 2565-07, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Borås Lokaltrafik AB (BLAB) yrkar i första hand att upphandlingen rättas på så vis att utvärderingen av varje i upphandlingen ingående fordonsgrupp ska ske var för sig, varvid bolagets anbud avseende "Specialfordon, – fast pris" blir det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och därmed ska antas. I andra hand yrkar BLAB att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om eller att kammarrätten återförvisar målet till länsrätten för förnyad handläggning. BLAB hänvisar till vad som har anförts i länsrätten och tillägger följande. BLAB har gjort gällanden att Göteborgs Buss AB:s (Göteborgs Buss) och Taxi Borås AB:s (Taxi

För kammardom

Borås) anbud ska förkastas på grund av de brister som föreligger i anbudet. Länsrätten synes dock endast ha tagit ställning till delar av dessa brister. Länsrätten har begränsat sig till frågan huruvida de transportörsavtal som bifogats Taxi Borås och Göteborgs Buss anbud uppfyller ställda krav. Borås stad (Staden) har ställt upp ett ovillkorligt krav avseende innehållet i anbudsgivarnas transportörsavtal. Som bevisning har Staden krävt att en vidimerad kopia av avtalet ska ges in. Anbudsgivarna har inte uppfyllt det ställda kravet. Härutöver har följande brister i anbudet gjorts gällande av BLAB. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarna ha trafiktillstånd. Staden synes nu göra gällande att det i förfrågningsunderlaget inte ställs upp krav på att trafiktillstånd ska finnas och styrkas genom datautdrag redan vid anbudsgivningen. Av punkt 5.3 i förfrågningsunderlaget framgår emellertid att dessa handlingar ska bifogas anbudet. Taxi Borås, som saknar trafiktillstånd, har åberopat att dess transportörer har trafiktillstånd, men inte visat att man förfogar över dessa transportörs resurser. Även Göteborgs Buss saknar trafiktillstånd, men har åberopat annans trafiktillstånd dock utan att visa att man förfogar över dessa resurser. – EG-rätten uppställer krav på att anbudsgivare som åberopar annans resurser/kapacitet ska visa att han förfogar över den åberopade resursen/kapaciteten (jfr EG-domstolens dom i mål nr C 176/98). Staden har emellertid inte skickat in någon bevisning som visar att Göteborgs Buss och Taxi Borås förfogar över de åberopade resursena/kapaciteterna. Dessa kan därför inte beaktas. – Även vad gäller kravet på ansvarsförsäkring brister anbudsgivarnas anbud. Staden har felaktigt gjort gällande att kraven avseende trafiktillstånd, transportörsavtal och ansvarsförsäkring inte behöver tillämpas avseende Göteborgs Buss och Taxi Borås, eftersom dessa aktörer är kända för staden. Att på detta sätt tillämpa olika krav för olika anbudsgivare utgör ett flagrant brott mot likabehandlingsprincipen. Dessutom betvivlar BLAB att Staden verkligen har kännedom om huruvida samtliga förare anslutna till de båda anbudsgivarna verkligen har de tillstånd och försäkringar som föreskrivs. De ovan anförda bristerna i anbudet medför att anbudet rätteligen skulle ha förkastats. Länsrätten har haft att pröva vad BLAB anför i dessa delar. – Länsrätten

har inte heller tagit ställning till vad BLAB anfört angående utvärderingskriterier. Under rubriken "Förfrågningsunderlaget" i domskälen tar länsrätten ställning till vad BLAB anfört rörande utvärderingskriteriet "Referenser". Länsrätten har dock inte prövat vad BLAB anfört angående de motsägesfulla utvärderingskriterierna som tillämpats i upphandlingen. I punkten 5.1 och bilaga 18 till förfrågningsunderlaget lämnas uppgifter som står i direkt strid med vad som anges i punkten 5.3 i förfrågningsunderlaget. I punkten 5.3 anges uttryckligen att börkrav ska utvärderas. Av tilldelningsbeslut framgår emellertid att så inte har skett. – Sammanfattningsvis är den aktuella upphandlingen förutom bristerna i förfrågningsunderlaget behäftad med ett antal brister i såväl kvalificeringsfasen som utvärderingsfasen. BLAB har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av bristerna i upphandlingen. Som framgår av vad som har anförts ovan har länsrätten underlåtit att pröva väsentliga delar av BLAB:s talan. I anledning härav bör målet återförvisas till länsrätten. Om kammarrätten delar BLAB:s uppfattning att redan de omständigheter som länsrätten faktiskt har prövat borde leda till att BLAB:s talan skulle ha bifallits saknas dock anledning att återförvisa målet och kammarrätten bör istället bifalla BLAB:s yrkanden som de framställts i länsrätten.

Borås stad anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Enligt 1 kap. 17 § första stycket 6 LOU får en leverantör uteslutas endast om han i något väsentligt avseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som har begärts med stöd av denna bestämmelse eller 18 §. Brister i anbudet, som rör sådana förhållanden som avses i nyss angivna bestämmelse, måste alltså vara av väsentlig betydelse för att anbudet ska förkastas. Varken Göteborgs Buss anbud eller Taxi Borås anbud har sådana brister att anbudet får förkastas. Förfrågningsunderlaget innehåller inte sådana brister att kammarrätten ska ingripa mot upphandlingen. BLAB åberopar bl.a. att de vinnande anbudsgivarna saknar trafik tillstånd och ansvarsförsäkring. Detta är i och för sig riktigt eftersom det är dessa anbudsgivares ägare tillika underleverantörer som innehar trafik tillstånd och ansvarsför-

säkring. Göteborgs Buss och Taxi Borås är nämligen beställningscentraler som ägs av sina medlemmar. Staden har valt att inte kräva in kopior av samtliga underleverantörers trafikillstånd, ansvarsförsäkring och transportörsavtal i syfte att inte skapa onödiga administrativa kostnader och hinder för anbudsgivarna. Både Göteborgs Buss och Taxi Borås är kända aktörer för Staden. Staden behöver inte begära in trafikillstånd, ansvarsförsäkringar eller transportörsavtal från dessa anbudsgivares underleverantörer för att kunna bedöma Göteborgs Buss och Taxi Borås förmåga att utföra uppdraget. Taxi Borås har dessutom kört färdtjänst åt Borås stad så länge färdtjänst har funnits i Borås, dvs. i drygt 30 år. Enligt BLAB får Staden inte väga in egen kunskap om Göteborgs Buss och Taxi Borås förmåga att klara uppdraget eftersom det skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Så ska emellertid inte upphandlingsdirektiven och därmed inte heller LOU tolkas (jfr professor Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, p.12.20). – Enligt 11 kap. 12 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska en leverantör genom att tillhandahålla ett åtagande från annan leverantör visa att leverantören kommer att förfoga över den andra leverantörens resurser när kontraktet ska fullgöras. Det fanns visserligen inte motsvarande bestämmelse i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling som är tillämplig för den aktuella upphandlingen, men regeln var redan då en del av EG-rätten. Enligt Staden är regelns syfte att underlätta för särskilt mindre leverantörer att lämna anbud genom att ge dem möjlighet att uppfylla kvalificeringskraven i upphandlingen med hjälp av underleverantörers kapacitet. Viktigt att påpeka är att EG-domstolen inte anger vilka bevis som anbudet måste innehålla för att styrka att leverantören verkligen förfogar över underleverantörernas kapacitet. Enligt EG-domstolen ankommer det istället på den nationella domstolen att bedöma om detta bevisats i varje enskilt fall. När det gäller trafikillstånd har Staden krävt att utövare av all kommersiell verksamhet ska ha trafikillstånd av länsstyrelsen. Taxi Borås har i anbudet svarat att man kommer att göra en genomgång av samtliga till Taxi Borås anslutna leverantörers trafikillstånd samt samtliga förarens taxiförarlegitimation före eventuell avtalsstart. Staden gör inte

gällande att kraven på trafikillstånd, transportörsavtal och ansvarsförsäkring skulle vara oväsentliga krav. Enligt BLAB ska EG-rätten tolkas så att en anbudsgivare som Taxi Borås i varje upphandling måste ge in originalavtal från var och en av sina 32 transportörer. När det gäller kopia på trafikillstånd kan Staden bara återigen konstatera att det ingenstans i förfrågningsunderlaget står att en sådan handling ska bifogas anbudet. – Varken den omständigheten att transportörsavtalen inte var vidimerade eller att datautdrag från länsstyrelsen inte skickats med kan leda till att anbudet förkastas. Detta skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Därtill kommer att även om staden utvärderat anbudet på det sätt som BLAB gör gällande följer av förfrågningsunderlaget att BLAB inte hade vunnit upphandlingen vad gäller fordonskategorin Specialfordon. – Det har inte heller någon betydelse om Göteborgs Buss eller Taxi Borås anbud hade förkastats. BLAB hade ändå inte fått något uppdrag eftersom en annan anbudsgivare – Sandarna AB – lämnat det bästa anbudet för Specialfordon, fast pris. Detta anbud kunde kombineras med anbud från Veolia AB. Vidare har BLAB villkorat sina priser, på så sätt att timpriset endast gäller under förutsättning att BLAB får uppdrag som uppgår till 61 000 timmar per år. Så många timmar kommer Staden inte ha behov av. Hur man än utvärderat anbudet hade BLAB således inte vunnit. BLAB har därmed inte lidit någon skada av det sätt som staden utvärderat anbudet.

BLAB har här efter anfört följande. Sandarna AB offererade 14 fordon i sitt anbud, vilket ska jämföras med att Staden efterfrågade 22 fordon i kategorin Specialfordon, fast pris. Staden påstår att Sandarna AB:s anbud kunde kombineras med anbud från Veolia AB och att kombinationen av dessa anbud utgjorde det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Veolia AB har emellertid inte lämnat något anbud i den aktuella upphandlingen. Anbud har i stället lämnats av Veolia AB:s dotterbolag Taxi Stor & Liten AB. Vid kontroll har framkommit att Taxi Stor & Liten AB inte uppfyller samtliga skall-krav och därmed borde ha uteslutits från att delta i utvär-

deringen. Av det anförda följer att BLAB lidit eller i vart fall riskerat att lida skada genom Stadens brister vid genomförandet av upphandlingen.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Vidare gäller att anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 1 kap. 17 § 6 LOU kan en leverantör uteslutas från deltagande i upphandling om han i något väsentligt hänseende inte lämnat begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av den paragrafen eller 18 §.

Av 1 kap. 20 a § LOU följer att vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. ska den upphandlande enheten innan anbuderna utvärderas pröva om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller de krav som ställs på leverantören.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 7 kap. 2 § samma lag ansöka om åtgärder enligt LOU. Av 7 kap. 2 § LOU följer att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske.

Den aktuella upphandlingen avser öppen upphandling av tjänster i enlighet med 5 kap. LOU.

Möjlighet att återöpa underleverantörs kapacitet

EG-domstolen har i mål C 176/98 (Holst Italia) uttalat att det är tillåtet för en tjänsteleverantör att återöpa kapacitet hos tredje man som han avser att utnyttja om kontraktet tilldelas honom. Det ankommer då på den upphandlande enheten att kontrollera underleverantörernas lämplighet i enlighet med de angivna kriterierna. I målet har inte framkommit några omständigheter som talar mot Göteborgs Buss och Taxi Borås påstående att nämnda bolag förfogar över sina underleverantörers kapacitet. Det har dock gjorts gällande att varken Göteborgs Buss eller Taxi Borås har visat att deras respektive underleverantörer uppfyller samtliga de skall-krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten har därför nu att pröva om Göteborgs Buss och Taxi Borås uppfyller ställda krav vad gäller trafiktillstånd, transportörsavtal och ansvarsförsäkring.

Trafiktillstånd

I förfrågningsunderlaget punkt 3.1 anges att alla utövare av all kommersiell yrkestrafik ska ha trafiktillstånd utfärdat av länsstyrelsen. Vidare anges i punkt 5.1 att under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kvalifikationskraven kommer utvärdering att ske enligt vad som anges i följande punkter i förfrågningsunderlaget. Vid kvalificeringen sker enligt punkt 5.3 först en inventering av att alla efterfrågade uppgifter finns med i anbuden. Vidare anges bl.a. följande i punkt. 5.3. ”En allmän bedömning av om anbudsgivaren klarar att utföra efterfrågat uppdrag i enlighet med inlämnat anbud kommer att göras.

- Entreprenörens kvalitetssäkringsarbete inklusive trafiksäkerhetsarbete.
- Referenser eller i förekommande fall Beställarens egna erfarenheter kommer att värderas.
- Fordonens standard.
- Kopia av trafiktillstånd
- Kopia av försäkringsbrev

– F-skattebevis

För anbudsgivare/underentreprenör, som inte omfattas av krav på revisor, bevisas punkterna genom ett konkursfrihetsbevis från PRV.

Datautdrag på gällande trafikillstånd från länsstyrelsen.

Nyetablerade företag kan visa uppfyllelse genom att till anbudet bifoga en redogörelse för trafikillstånd, taxilegitimation och utdrag ur körkortsregistret för den eller de som ska inneha företagets trafikillstånd hos anbudsgivaren. Ytterligare kontroller kan komma att göras av beställaren av bl.a. trafikillstånd.”

Göteborgs Buss har lämnat in avtal med underleverantören Hima AB. Av avtalet framgår att Hima AB har trafikillstånd för aktuella fordon. Göteborgs Buss har emellertid inte skickat in något datautdrag från länsstyrelsen att gällande trafikillstånd finns för aktuella fordon.

Av företagsuppgifter som Taxi Borås har skickat in framgår att samtliga 32 transportörer uppfyller kravet på trafikillstånd för de 60 fordon som offereras i anbudet. Taxi Borås har emellertid inte skickat in något datautdrag från länsstyrelsen att gällande trafikillstånd finns för aktuella fordon.

Enligt kammarrättens bedömning framgår inte klart av förfrågningsunderlaget att det är ett skall-krav att leverantörerna ska skicka in datautdrag från länsstyrelsen som bevis på att trafikillstånd finns för samtliga de fordon som ska användas vid utförandet av färdtjänstupdraget. Genom inskickade handlingar får Göteborgs Buss och Taxi Borås anses ha uppfyllt de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget när det gäller trafikillstånd. Skäl för åtgärder enligt LOU när det gäller frågan om underleverantörerna har trafikillstånd föreligger således inte.

Transportörsavtal

I bilaga till förfrågningsunderlaget anges att om entreprenören använder sig av underentreprenör ska avtal upprättas med underentreprenören. Kravet bevisas genom att anbudsgivaren till anbudet fogar den avtalstext som anbudsgivaren avser att använda om avtal träffas. Vidare anges att om entreprenören har transportörer anslutna ska transportörsavtal finnas. Transportörsavtalet skall innehålla vissa särskilt angivna villkor. Kravet på att transportörsavtalen innehåller de angivna villkoren bevisas genom att anbudsgivaren till anbudet bifogar vidimerad kopia av utdrag ur gällande transportörsavtal.

Göteborgs Buss har lämnat in avtal med underleverantören Hima AB. Avtalet saknar underskrift och vidimering. Taxi Borås har bifogat avtalstext i de avtal som bolaget ingår med varje transportör. Avtalet är inte undertecknat och inte heller vidimerat. Varken Göteborgs Buss eller Taxi Borås uppfyller således det krav som uppställs på att skicka in en vidimerad kopia av transportörsavtal. Kammarrätten instämmer i denna fråga i länsrättens bedömning att denna brist inte är av sådant slag att den kan föranleda åtgärder enligt LOU.

Ansvarsförsäkring

Enligt förfrågningsunderlaget gäller som skall-krav att ansvarsförsäkring ska bifogas anbudet. Göteborgs Buss har inskrivet i avtalet med Hima AB att ansvarsförsäkring ska finnas. Taxi Borås har angett att detta bolag har egen ansvarsförsäkring samt lämnat in exempel på transportörernas ansvarsförsäkring. Varken Göteborgs Buss eller Taxi Borås har skickat in bevis på att ansvarsförsäkring finns för samtliga leverantörer. De kan därmed inte anses ha uppfyllt ställt skall-krav. Enligt kammarrättens bedömning är det ett väsentligt krav att samtliga transportörer kan visa att de har en egen ansvarsförsäkring.

Kammarrättens sammantagna bedömning

Kammarrätten finner att Göteborgs Buss och Taxi Borås har brutit i att uppfylla det skall-krav om ansvarsförsäkring som uppställs i förfrågningsunderlaget. Kravet är väsentligt och förenligt med proportionalitetsprincipen. Detta innebär att Göteborgs Buss och Taxi Borås borde ha uteslutits från att delta i utvärderingen. Därtill kommer, vilket även länsrätten funnit, att förfrågningsunderlaget och utvärderingen har vissa brister bl.a. vad gäller poängsättningen av referenser. En annan brist är att "bör-kraven" inte tillmätts någon betydelse vid utvärderingen trots att det anges i förfrågningsunderlaget att "bör-kraven" ska utvärderas. Vid en sammantagen bedömning finner kammarrätten att Staden vid genomförandet av den aktuella upphandlingen har åsidosatt kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU. Staden har gjort gällande att BLAB inte skulle ha tilldelats något kontrakt även om Göteborgs Buss och Taxi Borås hade uteslutits från utvärderingen. Enligt kammarrättens bedömning kan det dock inte uteslutas att BLAB i vart fall riskerat att lida skada genom bristerna i upphandlingsförfarandet. Skäl för att besluta om åtgärder enligt LOU föreligger därmed. Kammarrätten finner att bristerna vid upphandlingsförfarandet är av sådant slag att upphandlingen bör göras om.

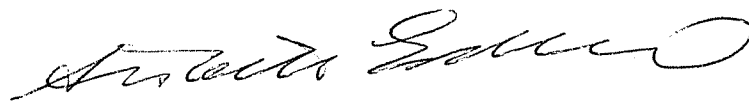
DOMSLUT

Kammarrätten upphäver länsrättens dom och beslutar att upphandlingen ska göras om.

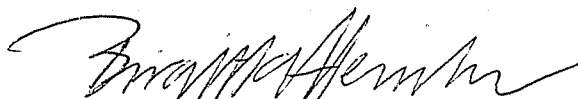
Det interimistiska beslutet den 13 februari 2008 upphör därmed att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Formulär 1 (bilaga B)




Lisbeth Edlund



Birgitta Henriksson

referent



Maria Fröberg



LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG

Sofie Hamark

DOM
2008-02-07
Meddelad i
Vänerns borg

31
Bilagor

Mål nr
2565-07 E

Sida 1 (13)

Bilaga A

SÖKANDE

Borås Lokaltrafik AB, 556043-2246
Box 10006
507 10 Borås

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Borås Stad
Gatukontoret
501 80 Borås

Ombud: Mathias Sylwan
Sveriges Kommuner och Landsting
118 82 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 21 september 2007.

Dok.Id 45556

Postadress
Box 1060
462 28 Vänerns borg

Besöksadress
Residensgatan 23

Telefon
0521-27 03 00
E-post: lansrattenivanersborg@dom.se

Telefax
0521-27 03 80

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Den 14 september 2007 tillkännagav Borås Stad Gatukontoret (staden) att andra leverantörer än Borås Lokaltrafik AB (bolaget) utsetts som leverantörer vid upphandling av Färdtjänstresor till Borås Stad.

Länsrätten beslutade omedelbart den 21 september 2007 att upphandling inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

I sin ansökan om överprövning yrkar *Borås Lokaltrafik AB* i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att utvärderingen av varje i upphandlingen ingående fordonsgrupp ska ske var för sig, varvid bolagets anbud avseende fordonsgruppen "Specialfordon, fast pris" blir det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och därmed ska antas. I andra hand yrkas att länsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Som grunder anförs i huvudsak följande. Staden har inte utvärderat anbuden på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen omfattar två delar, avropsfordon och fastprisfordon. Varje del är i sin tur uppdelad i tre olika fordonsgrupper; Personbil, storbil och specialfordon. I förfrågningsunderlaget anges att de olika fordonsgrupperna ska utvärderas var för sig. Staden har emellertid utvärderat en sammanslagning av de olika delarna och fordonsgrupperna. Om utvärderingen skulle ha skett i enlighet med förfrågningsunderlaget skulle bolagets anbud ha antagits i "specialfordon, fast pris". Av sidan 5 i tilldelningsbeslutet kan utläsas att referensutvärderingen inte påverkat utvärderingen. Kategorin pris har varit ensamt avgörande för tilldelning av kontraktet. Bolaget har offererat näst lägst pris gällande "specialfordon, fast pris". Bolagets anbud är dock 509 480 kr lägre än Göteborgs Buss AB:s lägsta anbud. Staden har antagit Göteborgs Buss anbud trots att detta var dyrare än bolagets och därför inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbu-

det. Möjligen beror stadens agerande på att Göteborgs Buss AB kopplat sina anbudspriser avseende övriga fordonsslag till om bolaget skulle erhålla uppdraget även avseende fordonsslaget specialfordon. Göteborgs Buss har genom stadens utvärdering av anbuderna favoriserats på bekostnad av bolaget. Om man utvärderat varje fordonsslag för sig skulle staden ha antagit bolagets anbud i denna del. – Borås stad har paketerat upphandlingen på ett sätt som medför att konkurrensen på ett allvarligt sätt begränsas och att de konkurrensmöjligheter som finns inte utnyttjas. Med hänsyn till att endast mycket få företag bedriver verksamhet med såväl avropsfordon som fastprisfordon synes den paketering Borås stad gjort i praktiken ha inneburit att upphandlingen skräddarsytts för Göteborgs Buss AB. De utvärderingskriterier och den utvärderingsmall som staden angett i förfrågningsunderlaget är båda motsägelsefulla och så oklara att anbudsgivarna inte har kunnat förutse vad som kommer att utvärderas och hur denna utvärdering kommer att gå till. Stadens utformning av förfrågningsunderlaget har medfört att konkurrensen begränsats på ett allvarligt sätt. Av 1 kap. 4 § LOU framgår att upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i en upphandling gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvidande sätt. Mycket få företag bedriver verksamhet omfattande såväl fastprisfordon som avropsfordon. Av tilldelningsbeslutet framgår att endast Göteborgs Buss AB lämnat anbud avseende bägge dessa delar i upphandlingen. Staden har slagit samman två väsensskilda upphandlingsobjekt vilket i praktiken synes ha inneburit att upphandlingen, avsiktligt eller inte, skräddarsytts för Göteborg Buss AB. I vart fall finns det ytterst få bolag på den svenska marknaden som kan leverera både fastprisfordon och avropsfordon. Att upphandlingar inte får paketeras på så sätt att konkurrensen begränsas framgår av Regeringsrättens avgörande i RÅ 1999 not 1. – Upphandlingen syftar till att leda till ett avtal som ska gälla till och med den 29 februari 2012 med möjlighet till ett plus ett års förlängning. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget om de två optionsåren kan återopas

av bägge parter eller endast av staden. Förfrågningsunderlaget föreskriver inte att förlängningsoptionerna ska vara ensidiga vilket är ett krav för att de ska vara förenliga med LOU. Att upphandla avtal med mer än en förlängningsoption står under alla förhållanden i strid mot LOU. Tillämpningen av en icke-ensidig option är att anse som en otillåten direktupphandling vilket upprepade gånger fastslagits i praxis och av NOU. Bolaget ifrågasätter om mer än en optionsperiod överhuvudtaget är tillåtligt enligt LOU. Stadens agerande står i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsägbarhet, transparens och likabehandling och därmed även med principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Ovannämnda brister är av allvarlig art och har medfört skada eller risk för skada för bolaget. – När det gäller poängen anbudsgivarna har erhållit vid utvärderingen av referenser har staden frångått vad som anges i förfrågningsunderlaget. Enligt detta skulle anbudsgivare med goda referenser få 100 poäng och anbudsgivare med referenser med anmärkning få 90 poäng. Något utrymme för så differentierad poängsättning som staden gjort ges inte i förfrågningsunderlaget. Den felaktiga utvärderingen har lett till att bolaget har erhållit lägre poäng än i förhållande till i vart fall fyra av de andra anbudsgivarna än vad som skulle ha varit fallet om utvärderingen gjorts korrekt. – Av förfrågningsunderlaget kan inte utläsas vilka utvärderingskriterier som ska tillämpas i upphandlingen då motstridiga uppgifter lämnats. I punkten 5.3 anges uttryckligen att börkrav ska utvärderas. Av tilldelningsbeslutet framgår dock klart att så inte har skett. Detta strider mot principen om förutsägbarhet och affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. – Bolaget anför vidare under processen att det finns sådana brister i både Göteborgs Buss AB:s och Taxi Borås anbud att dessa rätteligen borde förkastats. Av Göteborgs Buss AB:s anbud framgår att de saknar trafiktillstånd. De åberopar istället moderbolaget Hima AB:s trafiktillstånd. Göteborgs Buss AB har dock inte visat att bolaget förfogar över den åberopade resursen. På grund av att Staden inte lämnat ut hela Göteborgs Buss AB:s anbud kan bolaget inte avgöra om de uppfyller samtliga övriga krav i förfrågningsunderlaget. Enligt praxis från EG-

domstolen är kompletteringar avseende anbud som inte svarar gentemot kraven i förfrågningsunderlaget inte tillåtna. Det framgår av underlaget att inte heller Taxi Borås har trafiktillstånd. De har uppgett att de har 32 transportörer som tillsammans har trafiktillstånd för 60 fordon. Taxi Borås har emellertid inte visat att man förfogar över de angivna resurserna. I anledning härav ska hänsyn inte tas till transportörernas eventuella trafiktillstånd. Inte heller har Taxi Borås bifogat datautdrag från länsstyrelsen avseende gällande trafiktillstånd i enlighet med förfrågningsunderlaget. Bristerna i anbudet medför att det rätteligen borde ha förkastats. Taxi Borås har inte bifogat en vidimerad kopia av transportöravtalet utan istället ingett ett icke undertecknat transportöravtal som saknar vidimering. Även denna brist i anbudet medför att det borde ha förkastats. Genom att staden har antagit anbud som borde ha förkastats ha staden brutit mot LOU på ett sätt som inneburit skada eller i vart fall risk för skada för bolaget.

Borås Stad anser att ansökan om överprövning ska avslås och att beslutet från den 21 september 2007 att upphandlingen inte får avslutas ska upphävas. Som skäl anförs bl.a. följande. Staden har genomfört upphandlingen på ett i allt väsentligt godtagbart sätt. Man har inte frångått förutsättningarna vid utvärdering av anbudena. Staden har inte heller paketerat upphandlingen på ett sådant sätt att endast Göteborgs Buss AB kan komma i fråga. I den mån fel eller brister förekommit har dessa inte varit av allvarlig art. I vart fall har eventuella fel eller brister som länsrätten må finna i upphandlingen inte haft någon betydelse för bolagets chans att vinna. Bolagets talan uppfyller alltså under alla omständigheter inte skaderekvisitet i 7 kap. 2 § första stycket LOU. Eftersom det har varit möjligt att lämna anbud på endast en del av underlaget till exempel personbilar i gruppen avropsfordon, har staden utvärderat varje fordonsgrupp för sig. Enligt förfrågningsunderlaget ska emellertid inte staden anta det anbud som är bäst i varje fordonsgrupp utan det anbud eller den kombination av anbud som sammantaget är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Detta är också vad staden har gjort. – Företag som

endast har kan erbjuda en priskategori eller endast en fordonstyp har därmed haft möjlighet att delta. Staden har också gett leverantörerna möjlighet att villkora sina anbud på olika sätt. Av 6.9 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren får göra särskilda förbehåll till exempel att offererade priser endast gäller om dennes anbud kan antas i sin helhet. Anbudsgivarna har också utnyttjat denna möjlighet och villkorat sina anbud på olika sätt. Som exempel kan nämnas att bolagets bästa pris om 371 kr per timme endast gäller om minst 22 specialfordon utnyttjas och minst 61 000 timmar per år. Göteborgs Buss AB:s bästa priser gäller endast om staden antar anbudet i sin helhet. Totalkostnaden för Göteborgs Buss AB:s anbud avseende fastpris uppgår till 34 546 517 kr. Bolagets anbud måste kombineras med andra anbud för att täcka stadens hela behov. Den bästa kombinationen är när bolagets anbud ingår är tillsammans med Taxi Borås. Totalkostnaden för denna kombination för fastprisfordon är emellertid 34 999 642 kr, d.v.s. 453 125 kr högre än Göteborgs Buss AB. – Den enda skillnaden mellan fastprisfordon och avropsprisfordon är ersättningsvillkoren. Fastprisfordon har en lägre timkostnad men ersättning utgår också om fordonen inte nyttjas. Avropsfordon ersätts endast vid nyttjande men i gengäld är timkostnaden högre. Staden delar inte bolagets uppfattning att tillhandahållande av fastprisfordon och avropsfordon är två väsensskilda tjänster. För staden var det dessutom nödvändigt att få med båda delarna i upphandlingen för att få färdtjänst till en rimlig totalkostnad. Den omständighet att upphandlingen också omfattar avropsfordon har emellertid inte haft någon betydelse för utgången i denna upphandling. Göteborgs Buss AB:s anbud vad gäller fastprisfordon var det i sammanhanget mest fördelaktiga även om man bortser från den andra priskategorin, avropsfordon. Både Göteborgs Buss AB och Taxi Borås har lämnat anbud som omfattar såväl fastprisfordon som avropsfordon. – Enligt staden är förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt vad gäller den valda utvärderingsmodellen. Av bilaga 18 till förfrågningsunderlaget framgår att endast två utvärderingskriterier kommer att användas, nämligen pris och referenser. Av samma bilaga framgår också att dessa två

kriterier har en viktning om 80 respektive 20 procent. Det är i och för sig olyckligt att det också står i förfrågningsunderlaget att bör-krav som avser andra egenskaper, till exempel komfort, kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Enligt staden kan en normalt omsorgsfull leverantör inte missförstå förfrågningsunderlaget vad gäller vilka faktorer som ska ligga till grund för anbudsutvärderingen. – Staden bestrider att man skulle ha utvärderat referenserna på ett felaktigt sätt. Den diversifierade poängsättningen som bolaget kritiserar har erhållits genom att referenterna besvarat sju olika frågor. Svaren på dessa frågor har därefter poängsatts enligt den poängskala som finns angiven i förfrågningsunderlaget. Den poäng som anges i tilldelningsbeslutet är alltså anbudsgivarens genomsnittspoäng. Bolaget fick 95.7, vilket var den sämsta poängen av alla anbudsgivarna. Poängskillnaderna var emellertid mycket små. Bolaget hade alltså inte vunnit upphandlingen även om man fått 100 poäng för sina referenser. – Avtalstiden med förlängning om ett plus ett år strider inte mot LOU. En option att förlänga avtalstiden måste inte vara en ensidig rätt för den upphandlande enheten lika litet som en möjlighet att säga upp avtalet måste vara ensidig. Varken Kammarrätten i Sundsvalls dom 27-2003 eller NOU-infon ger stöd för påståendet att staden brutit mot LOU genom att ge båda parterna en ömsesidig rätt att förlänga avtalet i ett plus ett år. Avgörande är inte om avtalet har en eller två förlängningsmöjligheter utan avtalets sammanlagda löptid. Även om länsrätten skulle finna att förlängningsregeln i förfrågningsunderlaget strider mot LOU så har den inte haft någon som helst betydelse för bolagets möjligheter att delta i upphandlingen. Den ömsesidiga rätten till förlängning i ett plus ett år har alltså inte inneburit någon skada för bolaget. Den nya grund som bolaget anför avhjälper inte det faktum att bolagets talan inte uppfyller skaderekvisitet i LOU. Bolaget skulle inte ha fått uppdraget ”specialfordon, fast pris” om kommunen utvärderat anbuderna på det sätt som bolaget tolkar förfrågningsunderlaget. Inte heller om Göteborgs Buss AB och Taxi Borås anbud förkastats hade bolaget tagit hem uppdraget eftersom en annan anbudsgivare – Sandarna – lämnat det bästa anbudet för

den fordonskategorin. Göteborgs Buss AB har med anbudet bifogat en avtalstext och ett intyg på att underleverantören har gällande trafiktillstånd och att samtliga förare innehar taxilegitimation. Tillsammans utgör detta tillräckliga bevis för att Göteborgs Buss AB förfogar över underleverantörens resurser. Det faktum att avtalet inte är vidimerat utgör inte grund för att förkasta anbudet mot bakgrund av proportionalitetsprincipen. De företagsuppgifter som Taxi Borås bifogat sitt anbud visar att samtliga 32 transportörer uppfyller kravet på trafiktillstånd för de fordon som offererats i anbudet. Taxi Borås har också bifogat avtalstext som företaget ingår med varje transportör samt exempel på transportörens ansvarsförsäkring.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt och anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 22 § LOU framgår att den upphandlande enheten skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Av 7 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Enligt 7 kap. 2 § samma lag skall länsrätten om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna 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. Länsrätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Av förarbetena till LOU (prop. 2001/02:142 s. 21 f.) framgår att 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. Kvalifikationskriterier är de kriterier som visar att en leverantör är en lämplig anbudsgivare. Kriterierna skall hänföra sig till leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller finansiella eller ekonomiska ställning.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 fastställt att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Dessa principer gäller förutsebarhet, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande, icke-diskriminering och proportionalitet. Transparens innebär att upphandlingen skall kännetecknas av förutsägbarhet och öppenhet, liksom att förfrågningsunderlaget skall vara fullständigt och tydligt. Principen om icke-diskriminering innebär att alla leverantörer skall behandlas lika, på så sätt att de ges lika förutsättningar.

Utredningen i målet

Av anbudsfrågan 5.1 framgår att det eller de anbud som sammantaget är ekonomiskt mest fördelaktiga enligt bilaga 18 kommer att antas. Av denna bilaga framgår att hänsyn ska tas till referenser och pris. Viktningen är 20 procent för referenser och 80 procent för pris. Varje fordonsgrupp viktas för sig; Personbil, storbil och specialfordon. Vid utvärdering av referenser ska 100 poäng ges goda referenser, 90 poäng referenser med anmärkning och 80 poäng vid inga referenser. – Av 6.9 i anbudsfrågan framgår vidare att Borås stad förbehåller sig rätten att anta anbud helt eller delvis. Flera anbudsgivare kan komma att dela på upphandlingsvolymen, avser hela upphandlingsvolymen under hela avtalstiden. Om anbudsgivaren gör särskilda förbehåll (t.ex. att offererade priser endast gäller om hans anbud antas i sin helhet) bör detta anges i anbudet. – Anbud kan lämnas på hela omfattningen av frågan eller på verksamhetsområden för sig. – Anbud kan lämnas på hela den efterfrågade volymen eller på delar av den. – Borås Stad förbehåller sig rätten att anta anbud helt eller delvis samt att anta flera anbudsgivare inom varje fordonskategori om det finnes mest ekonomiskt.

Länsrätten gör följande bedömning

Frågan i målet är om kommunens förfrågningsunderlag samt utvärderingen av upphandlingen uppfyller de krav på affärsrämsighet som uppställs i LOU.

Skall-krav

Bolaget har anfört att varken Göteborgs Buss AB eller Taxi Borås uppfyller de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget vid kvalificeringen av entreprenörer för upphandlingen. Bolaget hänvisar till att de avtal med underleverantörerna som skickats med från Göteborgs Buss AB och Taxi Borås inte är undertecknade eller vidimerade, varför anbudena ska förkastas eftersom de inte visat att förfogar över underleverantörernas trafikillstånd. Båda anbudsgivarna har intygat att deras underleverantörer har de trafikillstånd som krävs. Detta får i sammanhanget ses som tillräcklig garanti i enlighet

*)
Beslut 2008-02-07
Rättelse enligt 32 §
förvaltningsprocess-
lagen.

med proportionalitetsprincipen. Det faktum att kopia på avtal inte är vidi-
merade anser länsrätten vara en sådan omständighet som ^{*)} inte/ger anledning att
förkasta anbudet.

Utvärderingsmodell


Claes-Göran Gunnarsson

Bolaget har anfört att staden inte har utvärderat anbuden på det sätt som
man angett i förfrågningsunderlaget, vilket har fått till följd att möjligheter-
na konkurrensen begränsats samt att anbudsgivarna inte har kunnat förutse
utvärderingen. En utvärderingsmodell ska vara utformad så att den leder till
ett rättvisande resultat vilket i det här fallet innebär att det ekonomiskt mest
fördelaktiga anbudet antas. Det framgår av förfrågningsunderlaget att det
sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle komma att antas
utifrån värderingskriterierna. Vidare framgår att det är möjligt att villkora
sitt anbud på så sätt som Göteborgs Buss AB har gjort och som bolaget har
gjort. Borås stad har anfört att man har utvärderat varje fordonsgrupp för
sig, men att man, i enlighet med förfrågningsunderlaget, har tittat på den
sammantaget mest fördelaktiga konstellationen av anbud och på så sätt
kommit fram till sitt beslut. Länsrätten anser att det av förfrågningsunderla-
get framgår att även om varje fordonsgrupp utvärderas separat skulle det
anbud eller den kombination av anbud som sammantaget blev ekonomiskt
mest fördelaktigt antas och inte det som var bäst i varje fordonsgrupp. Där-
av framgår att utvärderingen genomförts efter de förutsättningar som fram-
gick av förfrågningsunderlaget. Transparens och affärsmässighet har inte
åsidosatts genom val av utvärderingsmodell.

Förfrågningsunderlaget

Enligt det uppställda kravet på affärsmässighet ska ett förfrågningsunderlag
vara så klart och tydligt utformat att en leverantör kan avgöra vad den upp-
handlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Av förfrågnings-
underlaget framgår att man kan lämna anbud på hela upphandlingen eller på
de olika verksamhetsområdena för sig och på delar av den efterfrågade tra-

fikvolymen. Det framgår också att man kan villkora anbudet på så sätt som Göteborgs Buss AB gjort. Bolaget menar att upphandlingen har paketerats på ett sådant sätt att endast Göteborgs Buss AB kan komma i fråga. Länsrätten finner inte att det objektivt sett av förfrågningsunderlaget framstår som om upphandlingen är skraddarsydd för Göteborgs Buss AB. Genom att anbud kunnat lämnas på delar av upphandlingen har andra företag kunnat delta på samma villkor. Av förfrågningsunderlaget framgår att om två andra anbud sammantagna varit ekonomiskt mest fördelaktiga hade dessa tilldelats upphandlingen. Länsrätten noterar också att både Göteborgs Buss AB och Taxi Borås har lagt anbud på samtliga delar av upphandlingen. Sammanfattningsvis har upphandlingen inte konstruerats på ett sätt som varit konkurrensbegränsande.

Det framgår att referenser skulle poängsättas med 80, 90 eller 100 poäng beroende på referenserna är med eller utan anmärkning. Staden har vid utvärderingen poängsatt referenserna på ett mer detaljerat sätt, vilket inte framgick av förfrågningsunderlaget. Detta har dock inte haft någon betydelse för vem som tilldelats upphandlingen. Länsrätten anser att den brist som detta utgör är oväsentlig och inte åsidosätter affärsmässigheten.

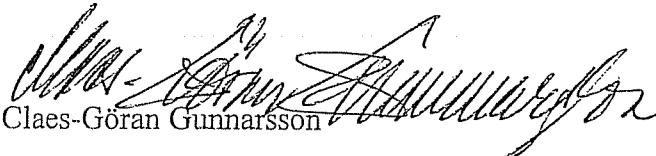
Avtalstiden

Tiden för avtalet omfattar 2008-03-01 – 2012-02-29 med möjlighet till ett plus ett års förlängning. Bolaget anför att avtal med mer än en förlängningsperiod strider mot LOU. Länsrätten finner att det är avtalstidens sammanlagda längd som är det primära och inte antalet förlängningsperioder. Förlängningsperioden om ett plus ett år är tillsammans med den fasta avtalstiden om 4 år inte en sådan onormalt lång avtalstid att den inte uppfyller kravet på affärsmässighet i en upphandling som denna.

Utredningen visar sammanfattningsvis att stadens förfrågningsunderlag i har vissa brister, men dessa är inte av sådan art eller omfattning att kravet

på affärsmässighet åsidosätts. Upphandlingen har därmed gjorts i enlighet med LOU och ansökan om överprövning ska avslås.

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


Claes-Göran Gunnarsson

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.