



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**

**DOM**  
2016-07-08  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
1030-16

**SÖKANDE**

Bergkvarabuss AB, 556294-9973  
Box 853  
391 28 Kalmar

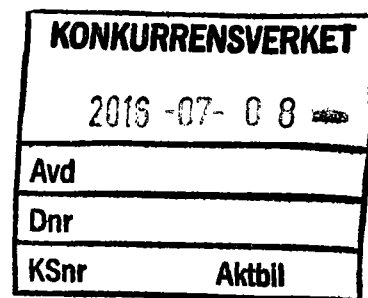
Ombud: Advokat Jerker Alm  
Advokatfirman Vinge KB  
Box 1064  
251 10 Helsingborg

**MOTPART**

Borås Stad  
501 80 Borås

**SAKEN**

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



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Bergkvarabuss AB:s ansökan om överprövning.

**BAKGRUND**

Borås Stad har genomfört en upphandling av skolskjutsar för skolskjutsberättigade förskoleklass och grundskoleelever under skoldagar samt taxiturer inom Borås stad för elever som inte kan utnyttja befintliga bussturer. Upphandlingen har genomförts genom ett öppet förfarande. Genom tilldelningsbeslut den 25 februari 2016 har andra bolag än Bergkvarabuss AB tilldelats uppdragen. Bergkvarabuss AB har inte gått vidare till kvalificering då referenstagning inte har kunnat genomföras.

Upphandlingen är indelad i fem stycken anbudsområden: A. Dalsöfors-Rångedala-Äspered-Dannike-Målsryd, B. Fristad-Borgstena-Bredared-

Dok.Id 195439

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

Sparsör-Sjöbo, C. Norrby, D. Sandered-Sjömarken-Sandhult och E. Viskafors-Kinnarumma-Svanneholm

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. I punkt 1.3.4, Teknisk förmåga och kapacitet, anges att anbudsgivaren ska ha erfarenhet från liknande uppdrag under de senaste tre åren eller då anbudsgivaren är ett nystartat företag kunna redogöra för den verksamhet företaget bedriver idag samt beskriva hur företaget kommer att gå tillväga för att utföra uppdraget. Detta ska styrkas med minst två referenser med uppgifter om företag, kontaktperson, telefonnummer och e-postadress. Två referenser ska kunna rekommendera anbudsgivaren. Referenserna ska vara tillgängliga för referenstagning under perioden 18-19 februari 2016. Det är inte möjligt att ange personer inom Borås stad.

I punkt 1.5.1.1, redogörelse för utvärdering, anges att utvärdering sker efter lägsta pris per område enligt bilaga 1-9 Körunderlag. Anbudsgivaren ska ange pris per dag för samtliga turer som ingår i området. Dagspriserna multipliceras sedan med antalet dagar per läsår som turen beräknas köras för att få fram en läsårskostnad för turen. Dagarna är uppskattade utifrån antalet dagar det gångna läsåret. Läsårskostnaderna för varje tur i området summeras sedan till en läsårskostnad för området, den summan används sedan i utvärderingen. För området extra turer ska anbudsgivaren ange pris per dag, per kilometer samt per timma. Dessa summeras sedan till en utvärderingssumma. Anbudet med lägst utvärderingssumma kommer sedan att antas, förutsatt att samtliga obligatoriska krav är uppfyllda. Utvärderingssumman per område kommer användas för att beräkna ett pris per kilometer per område för användning vid förändring över +/-3 % av någon av turerna samt vid extra turer som skolorna inom området har behov av. Utvärderingssumman divideras med det angivna antalet kilometer för området vilket ger ett pris per kilometer. Priset per kilometer kommer ingå i avtalet men kommer inte att utvärderas. Detta gäller inte för området extra turer.

Av p. 1.2.5 i förfrågningsunderlaget, frågor och svar under anbudstiden, anges bl.a. följande. Om anbudsgivaren har frågor, funderingar eller synpunkter på förfrågningsunderlaget eller om något är felaktigt eller otydligt ska anbudsgivaren ställa frågor skriftligt via TendSign under anbudstiden. Frågor ska ställas senast 10 dagar före sista anbudsdag. Frågor och svar publiceras löpande i TendSign, dock senast 6 dagar före sista anbudsdag. Anbudsgivare måste själva bevaka frågor och svar i upphandlingen. Frågor och svar ska betraktas som en del av förfrågningsunderlaget.

Av publik fråga från Borås stad framgår bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget avsnitt 1.5.1.1 anges att det vid förändringar +/- 3 % ska användas ett kilometerpris baserat på utvärderingssumma och antalet km. Vid förändringar är det i regel endast de rörliga kostnaderna som ändras. Med här föreskriven modell ändras även de fasta kostnaderna t.ex. kapitalkostnaderna för bussarna. Detta innebär att vid en utökning av trafiken får trafikutövaren en oskäligt stor tillkommande ersättning och det omvända förhållandet uppstår vid en minskning av trafiken. För att få ett mer rättvisande ändringspris föreslås att anbudsgivarna istället anger ett särskilt kilometerpris som används vid både ökning som minskning av kilometerproduktionen.

Som svar på Borås stads fråga har kommunen angett att: Anbudsgivarna ska, med ändring av vad som framgår i avsnitt 1.5.1.1, fylla i pris per kilometer vid förändringar på mer än +/- 3 % i bilaga 10. Bilagan ska bifogas anbudet.

#### **YRKANDEN M.M.**

Bergkvarabuss AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse avseende anbudsområdena A. Dalsjöfors-Rångedala-Åspered-Dannike-Målsryd och E. Viskafors-Kinnarumma-Svanneholm

Borås Stad (kommunen) anser att ansökan om överprövning ska avslås.

#### VAD PARTERNA ANFÖR

##### *Bergkvarabuss AB*

Kommunen har felaktigt uteslutit bolagets anbud från upphandlingen. Kommunen har av allt att döma inte kontaktat samtliga de referenser som har efterfrågats. Vid en korrekt hantering av bolagets anbud skulle det ha kvalificerats för utvärdering och därvid tilldelats kontrakt för anbudsområdena A och E. Kommunen medger nu att den grund för uteslutning som har angivits i förfrågningsunderlaget är felaktig. De anför nu istället att bolagets anbud inte skulle kunna antas eftersom bolaget skulle ha brustit i uppfyllelse av krav på angivande av viss kilometerersättning. Det uppkommer då två frågor. Dels om kommunen i efterhand kan anföra detta som grund för uteslutning och dels om bristen utgör grund för uteslutning. Borås har känt till den nya grunden att bolaget inte skulle ha bifogat en bilaga med kilometerpris vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet. Om en upphandlande myndighet vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet har kännedom om ett antal faktorer som denna anser är grund för ett beslut om uteslutning av ett anbud så ska detta framgå av tilldelningsbeslutet. Kommunen har vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet ansett att det endast förelåg en brist ifråga om uppfyllelse av referenskravet. Då kommunen haft kännedom om innehållet i bolagets anbud, d.v.s. att den aktuella bilaga 10 saknades men avstått från att åberopa detta har kommunen inte haft rätt att anse att avsaknaden av bilaga 10 till anbudet skulle grunda en rätt till uteslutning. Frånvaron av åberopande i tilldelningsbeslutet innebär att kommunen försuttit möjligheten att åberopa detta. Starka rättsäkerhetsskäl talar för att en upphandlande myndighet inte skönsmässigt ska kunna välja vilka uteslutningsgrunder den åberopar beroende på tidpunkt och om en upphandling eventuellt överprövas. Om samtliga de skäl som den upphandlande myndigheten vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet har kännedom om och avser grunda rätt till uteslutning på re-

dovisas i tilldelningsbeslutet kan anbudsgivaren göra en genomgripande bedömning av dessa skäl. Om skäl åberopas i efterhand kan den upphandlande myndigheten ha orsakat anbudsgivaren kostnader som annars hade kunnat undvikas. En överprövningsprocess är klart mer kostsam än att t.ex. förmå den upphandlande myndigheten att på frivillig väg ändra ett felaktigt beslut.

Skulle förvaltningsrätten finna att det inte föreligger någon skyldighet för kommunen att i tilldelningsbeslutet ange samtliga de skäl man vid aktuell tidpunkt ansågs föreligga utan kan lägga till skälet avseende bristande prisuppgift föreligger likväl ingen grund för uteslutning. I förfrågningsunderlaget redovisas priskriteriet i punkt 1.5.1.1. Den summa som utvärderas per område är totalsumman för området beräknat som priset per dag för samtliga turer. Detta pris multipliceras sedan med antalet dagar per läsår vilket ger utvärderingssumman, den s.k. läsårskostnaden. Turerna och sträckorna för givet område redovisas i förfrågningsunderlagets bilagor 1-9. Som framgår av sista stycket i punkt 1.5.1.1 finns det en mekanism för prissättning av körning om turerna förändras +/- 3 kilometer. Regleringen av denna mekanism ändrades av kommunen efter en fråga ställd av en anbudsgivare. Som svar på frågan angav kommunen att ”anbudsgivarna ska, med ändring av vad som framgår av avsnitt 1.5.1.1 fylla i pris per kilometer vid förändringar på mer än +/- 3 % i bilaga 10. Bilagan ska bifogas anbudet”. Kommunen ändrade därmed mekanismen för tilläggs/avdragskilometer på så vis att anbudssumman inte skulle ligga till grund för beräkningen utan att det istället skulle anges ett separat kilometerpris vilket skulle anges i en ny bilaga 10. Vad som inte förändrades genom kommunens skifte till att begära ett separat kilometerpris var att ”priset per kilometer kommer att ingå i avtalet men kommer inte att utvärderas”. Bolaget har av misstag inte angivit priset per kilometer. Det vore dock i strid med proportionalitetsprincipen att inte utvärdera bolagets anbud. Eftersom den aktuella uppgiften inte utvärderas är det en uppgift som inte påverkar det materiella innehållet i anbudet. Bolaget

kommer inte i ett bättre läge än konkurrenterna ifråga om att erhålla kontraktet, just på grund av det förhållandet att priset per kilometer inte har med tilldelning av kontraktet att göra. Uppgiften är inte relevant i själva upphandlingsmomentet varför det är oproportionerligt att utesluta anbudet. Bolagets misstag innebär inte att bolaget inte skulle utföra de aktuella körningarna om dessa uppstår under avtalstiden. Ifråga om körningarnas utförande, de aktuella turerna, omfattas de av anbudet. Misstaget har därmed inte påverkat tjänstens omfattning. Den aktuella uppgiften i upphandlingen är därmed mer av upplysningskaraktär och ingen materiell uppgift inom ramen för själva upphandlingen. Att förkasta ett anbud på grund av en uppgift som inte är relevant för utvärderingen står i strid med proportionalitetsprincipen. Oberoende av vilket kilometerpris som en anbudsgivare offererar i den nu aktuella delen så hade kommunen inte kunnat förkasta anbudet. Kommunen har i upphandlingen ansett att den aktuella uppgiften är av så liten betydelse att det inte funnits anledning att utvärdera denna typ av körningar. Detta visar sig i att relevansen av uppgiften är så liten att det inte finns stöd för att utesluta en anbudsgivare på grund av misstaget att inte ge in aktuell bilaga. Eftersom kilometerpriset inte utvärderas och inte har någon betydelse för utfallet av upphandlingen hade kilometerpriset lika gärna kunnat lämnas efter tilldelningsbeslutet och överenskommit med den anbudsgivare som valts som leverantör. I realiteten är kravet att anse som ett bör-krav eftersom det inte har varit nödvändigt för att välja leverantör. En upphandlande myndighet har rätt att uppställa obligatoriska krav men då ska de vara proportionerliga. Aktuellt krav är inte proportionerligt med hänsyn till dess innebörd och den effekt det kan få på anbud vid brist på uppfyllelse av kravet.

#### *Borås stad*

Kommunen medger att förfrågningsunderlaget ger möjlighet för anbudsgivaren att ange fler än två referenser och att detta ska tolkas på det sätt som bolaget har gjort. Kommunen borde därför rätteligen ha kontaktat samtliga de referenser som bolaget angivit för referenstagning. Av förbiseende gjor-

des endast försök att kontakta de två först angivna. Det visade sig då att det inte var möjligt att komma i kontakt med den ena av dessa referenser.

Kommunen ansåg vid tiden för tilldelningsbeslutet att det förelåg brister i bolagets anbud såväl avseende avsaknad av referenser som avsaknad av bilaga 10. I tilldelningsbeslutet angavs endast bristen gällande referenserna eftersom anbudet förkastades redan under kvalificeringen. Kommunen saknade därför anledning att ta upp brister som hör till anbudsutvärderingen. Det är felaktigt att bolaget har fått ta del av informationen gällande avsaknaden av bilaga 10 först i och med kommunens yttrande. Informationen översändes till bolaget den 26 februari 2016, en dag efter själva tilldelningsbeslutet. Detta framgår av bilaga 4 och 5. Det underlag som översändes är grunden för tilldelningsbeslutet och bör rimligen ses som en del av beslutet, därmed har kommunen rätt att åberopa bristen. Uppgifterna i bilaga 10 är av stor vikt för upphandlingen.

#### **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

##### *Gällande regler*

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Enligt 9 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr). En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Av 9 kap. 10 § LOU framgår att en upphandlande myndighet till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det ska lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats. En upphandlande myndighet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet. Upplysningar enligt första och andra styckena ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Av 11 kap. 2 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7–13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

I målet är det numera ostridigt att kommunen felaktigt har diskvalificerat bolagets anbud genom att inte kontakta samtliga de referenser som bolaget



hade angivit i sitt anbud. Kommunen har dock anförts att bolaget inte har lidit någon skada eller risk för skada då bolagets anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet på att anbudet ska innehålla en bilaga med uppgift om pris vid förändrade turer.

En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav avseende bolagets tekniska och ekonomiska kapacitet. De krav som uppställs ska tydligt framgå av annonsen. Av förfrågningsunderlaget framgår att frågor och svar ska betraktas som en del av förfrågningsunderlaget och att en anbudsgivare själv måste bevaka frågor och svar under upphandlingen. I förevarande fall har kommunen som svar på en fråga från en annan leverantör uppställt ett krav på att anbudsgivarna ska fylla i pris per kilometer vid förändringar på mer än +/- 3 % i en bilaga 10 som ska bifogas anbudet. Det är i målet ostridigt att bolaget inte har fyllt i detta kilometerpris.

Bolaget har anförts att kommunen inte äger åberopa den omständigheten att Bergkvarabuss AB inte har bifogat bilagan som grund för uteslutning då de inte har informerats om att denna punkt inte varit uppfyllt i beslutet. Av LOU framgår att en myndighet ska lämna upplysningar om varför ett bolag har tilldelats ett kontrakt. Avseende skälen till att ett anbud har förkastats framgår istället att myndigheten är skyldig att lämna uppgifter om skälen till varför anbudet har förkastats först efter begäran av bolaget. Av handlingarna i målet framgår även att det i den utvärderingsrapport daterad den 26 februari 2016 som bolaget har tagit del av framgår, utöver att kontaktuppgifterna till referens 1 inte stämmer, att bilaga 10 inte har bifogats till anbudet. Det finns därmed ingenting som talar för att kommunen inte har ägt åberopa den grunden som grund för uteslutning.

Bolaget har även anförts att det ska ses som ett börkrav att bifoga den aktuella uppgiften och även att ett sådant krav ska anses som oproportionerligt. För området extra turer ska anbudsgivaren ange pris per dag, per kilometer

samt per timma. Enligt LOU har en myndighet en stor frihet i att utforma krav i förfrågningsunderlaget. I doktrinen har anförts att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen vara av inte oväsentlig betydelse (Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling - kommentarer, uppl. 1:3, s. 16). Prisuppgifter av diverse slag är normalt sett av stor betydelse för en upphandling. Utifrån vad som har framkommit i målet anser förvaltningsrätten inte att det krav på angivande av kilometerpris som har ställts kan anses vara oväsentligt och inte heller i övrigt oproportionerligt eller i strid med LOU.

Eftersom bolaget därmed inte har uppfyllt de krav som har ställs i förfrågningsunderlaget har det därmed inte kunnat kvalificera sig för att antas till upphandlingen. Bolaget kan därmed inte heller anses ha lidit skada enligt LOU. Ansökan om överprövning av upphandlingen ska därmed avslås.

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

Hans-Erik Jonasson

f.d. lagmannen Hans-Erik Jonasson har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Cecilia Lindström har varit föredragande.



# 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.