



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-11-10
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
10095-11 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Svenska Neoplan AB, 556128-7052
Kungens Kurvaleden 4
141 75 Kungens Kurva

Ombud: Jur. kand. Carina Asp och/eller advokaten Ulf Käll
Advokatfirman Vinge KB
Box 11025
404 21 Göteborg

MOTPART

Göteborgs Spårvägar Buss AB, 556771-4380
Box 424
401 26 Göteborg

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz, och/eller jur. kand. Linda Dahlström
och/eller jur.kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Svenska Neoplan AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2011-11-10	
Avd	
Dnr	
Doss	Akibil

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****BAKGRUND**

GS Buss AB (GSB) har beslutat upphandla bussar, "Upphandling Bussar 2011". Upphandlingen sker som ett förhandlat förfarande. De anbudssökande som kvalificerats genom pre-kvalificering har erhållit aktuellt förfrågningsunderlag. I tilldelningsbeslut den 7 september 2011 meddelades att GSB har beslutat anta Volvo Bussar AB (Volvo) som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Svenska Neoplan AB (Neoplan) yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på sätt att Volvos anbud förkastas. Neoplan yrkar i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Neoplan anför i huvudsak följande. Av anbudsinbjudan punkten 6 framgår att det anbud ska antas som är ekonomiskt mest fördelaktigt för GSB med hänsyn till LCC (Life Cycle Cost) och servicenivå. Vid utvärderingen ska LCC viktas till 90 procent och service till 10 procent. Av förklarande text till anbudsformulär framgår att LCC utgör samtliga kostnader fördelat per km över tio år med en maximerad körsträcka på 80 000 km per år. I förklarande text till anbudsformulär finns också de enskilda kostnadsslagen som påverkar ett anbuds LCC uppräknade. Bland de uppräknade kostnadsslagen återfinns bl.a. anbudsgivarens försäljningspris, anbudsgivarens beräknade servicekostnad per år samt anbudsgivarens beräknade reparationskostnad per år. Av anbudsinbjudan punkt 8 framgår att avtal kommer att tecknas enligt förslag till avtal. Punkten 7 i avtalet reglerar leverantörens åtaganden. Av bestämmelsen framgår att gränsdragningen mellan parternas ansvar för åtgärder på fordonen framgår av bilaga 5 "Gränsdragningslista/ansvarsmatris fordon". Under avsnittet bilagor i avtalet framgår att nämnda bilaga 5 upprättas vid förhandling med leverantör. Av tilldelnings-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

beslutet den 7 september 2011 framgår att Volvo har tilldelats kontraktet och att Neoplan kommit tvåa. Vidare framgår att Volvos LCC uppgår till 14,79 och Neoplans till 15,34 samt att samtliga anbudslämnare uppnått full poäng vad gäller utvärderingskriteriet serviceorganisation.

Prisreservationer i Volvos anbud. Volvos anbud innehåller reservationer och villkor som inte stämmer överens med förfrågningsunderlaget. Av Volvos anbud framgår att Volvo reserverat sig för olika skrivningar i avtalet, bl.a. under punkten Pris. Att prisreservationer är tillåtna har inte framgått av upphandlingsunderlaget. Genom att göra prisreservationer har Volvo reserverat sitt LCC. Därmed har det inte gått att utvärdera Volvos anbud i enlighet med upphandlingsunderlaget. Volvos anbud skulle i enlighet härmed inte ha utvärderats. Givet den utvärderingsmodell som GSB angett i förfrågningsunderlaget, dvs. att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet till 90 procent värderas utifrån LCC, faller det på sin egen orimlighet att priset efter anbudstidens utgång skulle kunna komma att ändras. Ett dylikt förfarande att godta prisreservationer innebär att ett anbud som inte är det mest ekonomiskt fördelaktiga väljs, vilket i detta fall strider mot upphandlingsunderlaget och därmed LUF. Även en marginell prisförändring skulle, mot bakgrund av hur utvärderingsmodellen är utformad, innebära att ett annat än det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet väljs. Ett godkännande av prisreservationer innebär att GSB i praktiken tillämpar en annan utvärderingsmodell än den som framgått av upphandlingsunderlaget. Volvo har lämnat anbud utifrån riskdelning. Detta utgör i sig en prisreservasjon. Av förhandlingsprotokollet från den 28 juni 2011 framgår att de lämnade priserna från Volvo ska förstås som att riskdelning ingår i avtalet. En riskdelning mellan leverantör och beställare påverkar en leverantörs offererade pris på olika sätt utifrån de parametrar som är styrande i avtalet. Då Neoplan inte känner till på vilket sätt Volvo lämnat anbud utifrån riskdelning ges följande exempel angående drivlina på hur villkor om riskdelning kan se ut. I riskdelning drivlina kan ingå väsentliga komponenter såsom motor,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

växellåda samt portalaxel. Leverantören och beställaren avtalar om att beställaren står för viss procent vid reparationer av drivlina. Olika procentsatser kan användas på olika komponenter och den avtalade procentsatsen för varje komponent återspeglas i offererat pris. För att ytterligare åskådliggöra att riskdelning avsevärt påverkar LCC anförs följande. Neoplan har angett pris där reparation av drivlina (motor, växellåda och bakaxel, dvs. de dyraste komponenterna i en buss) ingått. För det fall Neoplan hade gjort en reservation utifrån riskdelning där exempelvis drivlina inte ingått, hade Neoplans pris för service och reparation minskat med 40 procent och Neoplans LCC hade därmed blivit 14.35 medan Volvos LCC uppgår till 14.79. Därmed är Neoplans LCC lägre än Volvos.

Gränsdragningslistan. Av förfrågningsunderlaget framgår det inte tydligt vilka delar av funktionen som respektive part ska bära. GSB har först efter anbudstidens utgång genom tillhandahållande av Gränsdragningslistan meddelat Neoplan hur ansvaret för service av bussarna ska fördelas mellan GSB och leverantören. Som framgått ovan är ett anbuds LCC direkt beroende av kostnaden för service och underhåll. Upphandlingsunderlaget har således inte innehållit samtliga förutsättningar för att anbudslämnaren ska kunna offerera ett affärsmässigt anbud. En anbudsgivare har ställt en direkt fråga, fråga 15, om ansvarsfördelningen av service och hur denna ska värderas, vilket visar att upphandlingsunderlaget saknat tillräcklig information om omfattningen av efterfrågad service. GSB har inte rättat till bristen då frågan besvarats med ett icke substantiellt svar. Under Neoplans möte med GSB den 9 september 2011 har det inte heller framkommit annat än att Gränsdragningslistan hade kunnat vara med i upphandlingsunderlaget då det efter upprättandet av upphandlingsunderlaget inte tillkommit någon information som påverkat Gränsdragningslistan. GSB har under mötet medgett att service och underhållskostnaden i själva verket är större än kostnaden för bussarna. På de bussmodeller som GSB faktiskt kommer att anskaffa utgör serviceåtagandet 40-45 procent av den totala LCC:n. Mot

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

denna bakgrund är det uppenbart att Gränsdragningslistan påverkar ett anbuds totala LCC och därmed utgör en väsentlig förutsättning för ett anbud. Genom att först efter anbudstidens utgång presentera Gränsdragningslistan har GSB handlat i strid med den gemenskapsrättsliga principen om förutsebarhet och transparens och därmed i strid med LUF. Neoplan vill betona praxis från Regeringsrätten (mål RÅ 2002 ref. 50) enligt vilken ett förfrågningsunderlag inte får vara så otydligt utformat att en leverantör behöver gissa sig till vad som efterfrågas. Genom att de rätta förutsättningarna inte angivits i upphandlingsunderlaget har Neoplan lidit skada av GSB:s felaktigt utförda upphandling.

Antalet bussmodeller. Den utvalda utvärderingsmodellen som sådan är felaktig. Neoplan och övriga anbudslämnare har offererat priser på ett stort antal olika busstyper. Beroende på tilldelningen i Västtrafiks upphandling avseende busstrafik i Östra Göteborg, som GSB deltog i, har det emellertid klarlagts att det endast är två bussmodeller som kommer att köpas av GSB. Trots detta och trots att GSB vid tidpunkten för anbudsutvärderingen kände till det faktiska behovet av olika bussmodeller, har GSB valt att utvärdera samtliga tio offererade busstyper. Resultatet av utvärderingen (den totala LCC:n) återspeglar således inte det som de facto har upphandlats och därmed inte heller det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Förfarandet strider mot LUF. Den tillämpade utvärderingsmodellen medför att bussmodeller, som kanske inte ens ska köpas in av GSB, eller som utgör en mindre volym av totala antalet inköpta bussar, påverkar LCC och därmed också valet av leverantör. Neoplan hänvisar i detta avseende till Länsrättens i Jönköping dom den 3 oktober 2008 i mål nr 1301-08 E som kammarrätten fastställt genom beslut den 28 oktober 2008 i mål nr 3386-08. I målet fann rätten att en utvärderingsmodell som baserar snittpriset på ett antal modeller, oavsett huruvida samtliga dessa köps in eller inte, samt hur stort antal av en modell som köps in, stred mot transparensprincipen och därmed var felaktig. Neoplans LCC skulle ha varit lägre om de rätta förutsättningarna

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

(två bussmodeller) angivits i upphandlingsunderlaget, alternativ att utvärderingen skett utifrån det faktiska behovet av bussmodeller. Vid detta förhållande är det heller inte säkert att Volvos anbud skulle ha varit det mest ekonomiskt fördelaktiga för GSB. Neoplan har således lidit skada av GSB:s felaktigt utförda upphandling.

Genomförda förhandlingar med Volvo. Av protokoll från genomförd förhandling mellan GSB och Volvo den 17 juni 2011 framgår att frågan om köp, hyra eller leasing av bussarna diskuterats och att Volvo, efter anbuds- tidens utgång, inlämnat separat offert avseende leasing. Att även hyra och leasing av bussar kunde aktualiseras har inte framgått av upphandlingsunderlaget, vilket påverkar leverantörernas möjlighet att räkna på LCC. Neoplan har inte getts samma möjlighet som Volvo, dvs. att inkomma med nytt anbud avseende leasing av bussarna. Av protokoll från genomförd förhandling mellan GSB och Volvo den 28 juni 2011 framgår att diskussioner förts om förhållanden som påverkar Volvos ersättning från GSB. Av punkten 8 i förfrågningsunderlaget framgår att eventuell justering av avtalsförslaget skall anges i anbudet. Det går därmed inte att tolka förfrågningsunderlaget på annat sätt än att de reservationer som ska kunna godkännas av GSB och sedermera vara föremål för förhandling ska ha redovisats i anbudet. Villkor om tillgänglighetsbonus, riskfördelning och rätt till uppsägning av en del av avtalet som avser service och underhåll har diskuterats. Dessa omständigheter är sådana att de har direkt inverkan på ersättningen för uppdraget och därmed LCC:n. Villkor om riskfördelning och rätt till uppsägning av den del av avtalet som avser service har inte framgått av avtalsförslaget. Villkorsändring som har direkt inverkan på ersättningen för ett uppdrag utgör väsentlig villkorsändring. Väsentlig villkorsändring kan endast i undantagsfall anses tillåtet inom ramen för en upphandling. Under alla omständigheter måste samtliga anbudslämnare erbjudas samma möjligheter. Såvitt Neoplan känner till är det endast Volvo som beretts denna möjlighet. Vidare framgår av protokollet den 28 juni 2011 att man diskuterat eventu-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

ell uppsägningsrätt för Volvo avseende serviceåtagandet och att Volvos representant uppgett att Volvo inte får ingå 10-årsavtal till fast kostnad utan ventil. Trots detta har GSB, med vetskap om att Volvo inte kan ingå avtal för en period om tio år, antagit Volvos anbud. Även i detta avseende har GSB antagit ett anbud som utgår utifrån andra förutsättningar än de som framgick av förfrågningsunderlaget. Förfarandet strider således mot de upphandlingsrättsliga principerna och LUF. Volvos anbud borde inte ha medtagits i utvärderingen.

Skada. Att utvärdera Volvos anbud i strid med upphandlingsunderlaget har inneburit att Neoplan gått miste om kontraktet vilket rätteligen borde ha tilldelats Neoplan. Neoplan har därmed lidit skada. Vidare har de fel som vidlåder GSB enligt ovan medfört att Neoplan inte har haft de rätta förutsättningarna vid utförandet av sitt anbud. Då det inte kan råda något tvivel om att Neoplans LCC varit lägre om samtliga omständigheter varit kända har Neoplan lidit skada av det felaktiga förfarandet.

GSB anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts som ett förhandlat förfarande enligt LUF och i enlighet med LUF. Upphandlingen har varit föranledd av att GSB haft för avsikt att lämna anbud i Västtrafiks upphandling av Trafiktjänster 2012: Göteborg Öster. GSB har före det att Västtrafik distribuerade sitt förfrågningsunderlag (vilket skedde den 2 mars 2011) annonserat upphandlingen och genomfört en pre-kvalificering. Därefter har GSB:s förfrågningsunderlag utarbetats och distribuerats till de kvalificerade anbudssökandena den 6 april 2011. Som anges i punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget har upphandlingen avsett såväl leverans av fordon som tillhandhållande av service, support och underhåll. I samma punkt har också angetts att GSB upphandlat *en funktion* och att avtalsförslaget utgjort en viktig del av förfrågningsunderlaget. Att GSB upphandlat en funktion, bestående av såväl leverans

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

av fordon som en total serviceorganisation, har stått klart för samtliga anbudsgivare. Upphandlingen har också genomförts i två steg och GSB har hållit ett flertal informationstillfällen där upphandlingens upplägg har presenterats. Det har således varit tydligt för Neoplan, liksom för övriga anbudsgivare, vad GSB efterfrågat i upphandlingen. Redan här kan noteras att det endast är respektive anbudsgivare som i detalj har vetskap om vad som ska ingå i serviceorganisationen eftersom detta är beroende av bl.a. respektive fordonstillverkarens föreskrifter. Utvärderingen har baserats dels på LCC och dels på servicenivå. Den LCC-kostnad som använts har innehållit fler parametrar än de som Neoplan nämner i sin ansökan. Kostnader för service och reparation utgör endast mindre delar av den totala LCC-kostnaden (totalt 13,8 %).

Otillåtna prisreservationer. GSB bestrider Neoplans påstående att Volvo lämnat otillåtna prisreservationer. Anbudet från Volvo har uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen. GSB har i punkt 8 i förfrågningsunderlaget angett att anbudsgivare som inte kan acceptera villkoren i avtalsförslaget haft en möjlighet att inkomma med förslag till ny lydelse av ett visst avtalsvillkor. Därmed har GSB öppnat upp för att de avtalsvillkor som följer av avtalsförslaget varit möjliga att justera. Vidare är påståendet att Volvo skulle ha lämnat prisreservationer i sitt anbud direkt felaktigt. Även själva påståendet att Volvo lämnat prisreservationer kan i sig ifrågasättas. Efter att GSB meddelat tilldelningsbeslutet begärde Neoplan att få ut Volvos anbudshandlingar. Efter erforderlig sekretessprövning lämnades Volvos anbud ut till Neoplan med vissa uppgifter maskerade. En av de uppgifter som maskerats i Volvos anbud var den text som Volvo angett avseende pris. Som framgår av de aktuella uppgifterna utan maskering har Volvo inte lämnat något prisreservationer. Vad Volvo angett är att det föreslås ett annat index jämfört med vad GSB angett i avtalsförslaget. Detta är ett typiskt sådant avtalsvillkor där GSB angett att anbudsgivarna får lämna förslag på alternativ lydelse. GSB ifrågasätter vidare på vilket sätt Volvos

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**DOM**

påstådda "prisreservation" inneburit att GSB inte antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Även Neoplans påstående att "även en marginal prisförändring skulle [...] innebära att ett annat än det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljs" ifrågasätts. Påståendet är över huvud taget inte underbyggt och även direkt felaktigt.

Gränsdragningslistan. I bilageförteckningen till avtalsförslaget (vilket utgjort en del av förfrågningsunderlaget) har angetts att gränsdragningslistan tas fram vid förhandlingar med leverantören. Neoplan gör gällande att det faktum att GSB inte redan i samband med distributionen av förfrågningsunderlaget tillhandahållit gränsdragningslistan försvårat för Neoplan att lämna anbud. GSB bestrider detta påstående. – Som angetts ovan har GSB upphandlat en funktion. Det är således inte möjligt för GSB att redan vid utformningen av förfrågningsunderlaget avgöra exakt hur ansvaret kommer att fördela sig mellan GSB och den leverantör som kommer att utföra uppdraget. Det är inte heller korrekt, vilket påstås av Neoplan, att GSB vid möte den 9 september 2011 uppgett att gränsdragningslistan hade kunnat vara med redan i förfrågningsunderlaget. GSB har upphandlat en funktion och GSB har inte möjlighet att på förhand bestämma vilken service m.m. som anbudsgivaren anser vara nödvändig för att uppfylla de krav som GSB har ställt på tjänstens utförande, vilket beror bl.a. på att de mer specifika tekniska kraven är hänförliga till respektive fordonstillverkare. De delar av den service och det underhåll som GSB på förhand har kunnat precisera har också utgjort en del av förfrågningsunderlaget (bilaga 2a och 2b till avtalsförslaget). Neoplan har inte angivit i sin ansökan vilka punkter i gränsdragningslistan som medfört att bolaget inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Inte heller har Neoplan angett vilken skillnad den kunskap som Neoplan nu har avseende gränsdragningen skulle haft för den av Neoplan offererade LCC-kostnaden. Service- och reparationskostnaderna har endast utgjort en mindre del i den totala LCC-kostnaden. Gränsdragningslistan drar gränsen för ansvarsfördelningen mellan GSB och leveran-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

tören vad avser skada/vandalisering respektive service/reparationer. Att skada/vandalisering inte ingår i leverantörens åtagande har stått klart för samtliga anbudsgivare på förhand. Ingen anbudsgivare har fått möjlighet att justera sin LCC efter att ha fått del av den aktuella gränsdragningslistan. Volvo och Neoplan har genom e-post den 13 respektive den 14 juni 2011 bekräftat riktigheten i deras lämnade underlag för LCC-kostnaden. Dessa siffror är också desamma som utvärderats. Således har inte den offererade LCC-kostnaden justerats efter dessa datum. Förhandlingar med Volvo inleddes inte förrän den 17 juni 2011. Även Neoplan har vid förhandlingstillfället den 1 juli 2011 diskuterat gränsdragningslistan. Vid dessa diskussioner har inte Neoplan framfört de påståenden som nu görs gällande i ansökan. Gränsdragningslistan har inte en sådan betydelse som Neoplan gör gällande. Det skall noteras att vad GSB har utvärderat är just LCC, vilket inte är samma kostnad som leverantören kommer att erhålla månadsvis enligt avtalet. I en LCC-kostnad ingår också t.ex. bränslekostnad även om detta är något som inte leverantören får ersättning för. Det är inte enbart sådana parametrar som leverantören själv kan påverka som ingår i en LCC-kostnad. LCC-kostnaden speglar istället den förväntade totalkostnaden under varans hela livslängd. Kammarkollegiet anger också att LCC-kostnad med fördel kan användas som utvärderingskriterium då det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Skäl att ingripa mot upphandlingen med avseende på att fullständig gränsdragningslista inte utgjort en del av förfrågningsunderlaget saknas.

Antalet bussmodeller. Neoplan gör gällande att det skulle stå i strid med LUF att utvärdera samtliga de bussmodeller enligt vilka anbudslämnarna lämnat sina anbud. GSB bestrider att detta är möjligt. GSB har genomfört utvärderingen på det sätt som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till att GSB inte på förhand kunnat veta vilka fordon som kommer att anskaffas har utvärderingsmodellen utformats på så vis att samtliga fordon fått samma inbördes betydelse, dvs. utvärderingen har baserats på ett

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

fordon per busstyp. Neoplans talan i detta avseende ska lämnas utan avseende.

Genomförda förhandlingar med Volvo. Varken Volvo eller någon annan anbudsgivare har fått möjlighet att justera den offererade LCC-kostnaden efter att förhandlingarna inleddes. Förhandlingarna har istället rört olika villkor i avtalet. Att förhandlingar kring villkoren i avtalet skulle komma att aktualiseras framgick också av det avtalsförslag som var en bilaga till förfrågningsunderlaget. Att förhandlingen får röra kontraktsvillkor följer direkt av ordalydelsen i 2 kap. 9 § LUF. Av protokollet från förhandlings-tillfället med Neoplan framgår också att Neoplan, liksom Volvo, fått möjlighet att lämna offert på leasing av fordonen. Detta eftersom det i avtalsförslaget (punkt 5) inte angetts huruvida GSB skulle köpa, hyra eller leasa fordonen. Påståendet från Neoplan i ansökan om överprövning att Neoplan inte skulle ha erbjudits samma möjlighet som Volvo att ge offert på leasing är därmed direkt felaktigt. Neoplan har även fått möjlighet att diskutera de punkter som GSB på förhand aviserat skulle komma att förhandlas med respektive leverantör. Även i detta avseende har således GSB behandlat samtliga anbudsgivare lika. GSB ifrågasätter vad det är för villkor som Neoplan påstår har ändrats. Neoplan har vidare angett att Volvo lämnat anbud utifrån riskdelning. Av protokollet den 28 juni 2011 framgår att GSB och Volvo diskuterat bl.a. riskdelning. Samtidigt framgår av nämnda protokoll att GSB på ett flertal ställen tillbakavisat Volvos förslag i den här den. I Volvos anbud finns inte heller någonting angett om riskdelning. Anledning för GSB att förkasta anbudet från Volvo saknas. De förhandlingar som genomförts med såväl Volvo som Neoplan har inte haft någon inverkan på anbudsgivarnas LCC-kostnad. Anbudsgivarnas LCC-kostnader har varit låsta när förhandlingarna inleddes. Förhandlingarna har, som framgår av upprättade protokoll, rört vissa avtalsvillkor. Flertalet diskussioner har också varit enbart diskussioner.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 12
10095-11 E

Skada. Då GSB har genomfört upphandlingen i enlighet med 1 kap. 24 § LUF har Neoplan inte lidit och riskerar inte heller att lida skada.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 24 § LUF framgår att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

Av 16 kap. 2 § första stycket LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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 den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 2 kap. 9 § LUF definieras "förhandlat förfarande" som ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Utredningen

Förfrågningsunderlaget har fyra bilagor; 1. Västtrafiks förfrågningsunderlag, 2. Anbudsformulär, 3. Avtalsförslag och 4. Utvärderingsmall.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 13
10095-11 E

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

2. UPPHANDLINGSFÖRESKRIFTER

2.4. Anbudstidens utgång.

Sista anbudsdag 2011-04-20.

2.9. Övriga förutsättningar för upphandlingen.

Upphandlingen förutsätter att GSB blir tilldelad trafik efter att pågående upphandling från Västtrafik "Trafiktjänster 2012: Göteborg Öster" avslutats. Beslut om tilldelning i Västtrafiks upphandling förväntas i månadsskiftet augusti/september 2011. GSB förbehåller sig rätten att avbryta upphandlingen för det fall tilldelning i Västtrafiks upphandling inte aktualiseras.

4. OMFATTNING OCH BAKGRUND

4.2. Bakgrund till upphandlingen

Såsom angivits ovan är Västtrafiks upphandling den bakomliggande anledningen till denna upphandling.

GSB utlovar inga volymer med anledning av upphandlingen med hänsyn till att GSB behov är föranlett av omfattningen av tilldelningen från Västtrafik.

4.3. Grundläggande förutsättningar.

Upphandlingen avser dels leverans av fordon och dels tillhandahållande av service, skötsel och reparationer. Syftet med upphandlingen är att den leverantör som tilldelas kontrakt ska tillhandahålla GSB fordon som i sin tur kan trafikera den trafik som GSB eventuellt tilldelas av Västtrafik. Omfattningen av de fordon som avser Västtrafiks upphandling är 101 fordon av olika typ, se anbudsformulär i bilaga 2. GSB förbehåller sig rätten att upphandla typ Midi separat (tre fordon) då det är frivilligt för anbudsgivarna att lämna anbudspris på dess fordon.

GSB upphandlar genom denna upphandling en funktion bestående av fordon och därtill hörande serviceorganisation, se Avtalsförslag och därtill hörande bilagor, bilaga 3.

Leverantören ska tillhandahålla Service, skötsel och reparationer i av GSB upplåtna lokaler, se hyresavtal som bilaga 9 till Avtalsförslaget.

6. PRÖVNING AV ANBUDSGIVARE

6.1. Prövningsförfarande

Anbudsprövningen sker i tre steg:

- (i) Prövning om anbudsgivaren uppfyller kraven i punkt 5.1.- 5.3.
- (ii) Prövning om anbudsgivaren uppfyller samtliga uppställda skall-krav i förfrågningsunderlaget jämte bilagor.
- (iii) Anbudsutvärdering i enlighet med punkt 6.2

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 14
10095-11 E

Anbud som inte uppfyller kraven i steg (i) tas inte upp till prövning i steg (ii)-(iii). Anbud som klarar prövning enligt steg (i) men inte enligt steg (ii) tas inte upp till utvärdering i steg (iii).

6.2. Utvärdering av anbud

Av de anbud som uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget kommer det anbud antas som är det för GSB ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till följande kriterier:

- LCC (Life Cycle Cost)	90 %
- Servicenivå	10 %

Hur utvärderingen går till framgår av utvärderingsmall, bilaga 4.

Bilaga 4. Utvärderingsmall.

Poängberäkning servicenivå:

Serviceorganisation finns i drift sedan minst 5 år	10 poäng
Serviceorganisation finns i drift sedan minst 1 år	7 poäng
Planerad serviceorganisation på plats vid uppstart	5 poäng

7. PRIS

Anbudsgivarna lämnar pris enligt anbudsformulär, bilaga 2.

Priset anges och utvärderas som LCC, Life Cycle Cost.

Av anbudsformuläret, bilaga 2, framgår bl.a. följande.

Uppskattat fordonsbehov för trafikåtagande i Nordost uppgår till 47 fordon fördelat på fyra olika bussklasser och för trafikåtagande i Centrum till 54 fordon fördelat på två olika bussklasser.

Pris i form av LCC ska anges för fem olika bussklasser, Midi, Normal, Boggie, Ledbuss och Ledbuss Stom där det för de fyra sistnämnda bussklasserna priset ska anges uppdelat i tre olika motortyper såsom RME, GAS och Annan.

Förtydligande av utvärdering av LCC.

1. Anbudet värderas efter km kostnader per busstyp, per motortyp och per bussindivid (LCC)
2. Varje busstyp enl klass Normal, Boggie och Ledbuss och Ledbuss Stom summeras, och delas på de antal klasser som man lämnat anbud på.
3. Summa av alla busstyper summeras och delas genom fyra.

8. AVTAL.

Avtal kommer att tecknas enligt förslag till avtal, se bilaga 3. Avtal kommer att tecknas så snart den lagstadgade tiden för överprövning löpt ut under förutsättning att en förlängd avtalsspärr inte inträder dessförinnan.

Anbudsgivaren ska i sitt anbud ange huruvida villkoren i avtalsförslaget kan accepteras eller inte. I den mån vissa av villkoren inte accepteras ska anbudsgivaren lämna förslag till ny lydelse av sådant villkor.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 15
10095-11 E

Avtalet är villkorat av att GSB tilldelas trafik i Västtrafiks upphandling. Detta villkor kan inte justeras enligt föregående stycke.

I förfrågningsunderlagets bilaga 3. Avtalsförslag anges bl.a. följande.

5. LEVERANS AV FORDON

GSB åtar sig att köpa/hyra/leasa och Leverantören åtar sig att leverera de fordon som framgår av Bilaga 1.

7. LEVERANTÖRENS ÅTAGANDEN

Leverantören åtar sig att utföra Service, skötsel och reparationer på Fordonen i av GSB för detta syfte upplåttna lokaler. Samtliga åtgärder ska utföras i enlighet med tillverkarens samt GSB:s föreskrifter och instruktioner.

Leverantören är ansvarig för att utföra Service, skötsel och reparationer på ett sådant sätt att funktion och tillgänglighet för Fordonen i enlighet med vad som anges i Västtrafiks avtal. Bilaga 4, kan upprätthållas.

Gränsdragningen mellan Parternas ansvar för åtgärder på Fordonen framgår av Bilaga 5 "Gränsdragningslista/ansvarsmatris fordon". I Leverantörens åtagande enligt detta Avtal ingår att optimera kostnaderna för Service, skötsel och reparationer baserat på angiven körsträcka samt att verka för långsiktig kvalitet med hög tillgänglighet.

Under innehållsförteckning Bilagor anges bl.a.
Bilaga 5 Gränsdragningslista/Ansvarsmatris (Upprättas vid förhandling med leverantör)

Protokollförda förhandlingar avseende aktuell upphandling har hållits mellan GSB och Volvo den 17 juni 2011 respektive den 28 juni 2011 och mellan GSB och Neoplan den 1 juli 2011.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledning

GSB har, vid sin upphandling av den trafikverksamhet GSB erbjudit sig att utföra åt Västtrafik, valt en förhandlad upphandling. GSB har anfört att den nu aktuella upphandlingen är en *funktionsupphandling*.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 16
10095-11 E

En funktionsupphandling är inte ett särskilt upphandlingsförfarande utan i huvudsak en särskild avtalsform. Vid funktionsupphandling specificerar inte den upphandlande myndigheten den tekniska lösningen eller utförandet utan den önskade funktionen (t.ex. ett IT-system eller någon form av infrastruktur). Leverantören bidrar med sin tekniska expertis och tillhandahåller en lösning åt den upphandlande myndigheten vilken tillgodoser de funktionella kraven och leverantören tar på sig risken för att den tekniska lösningen kan leverera den efterfrågade funktionen, ofta genom att ersättningen kopplas till att funktion eller tillgänglighet upprätthålls. Funktionsupphandling kan också innebära att leverantören tar ansvar för såväl projektering som drift och underhåll. (Upphandlingens grunder, 2011, av Kristian Pedersen).

Frågorna i målet

Grunderna för Neoplans yrkande i första hand att upphandlingen ska rättas på sätt att Volvo Bussar AB:s anbud ska förkastas och i andra hand att upphandlingen ska göras om är i huvudsak följande.

- Volvo har lämnat otillåtna prisreservationer.
- Förfrågningsunderlaget inte transparent då gränsdragningslistan inte var presenterad i underlaget.
- Felaktig utvärderingsmodell och fel att utvärdera tio offererade busstyper när endast två skulle inköpas.
- Genomförda förhandlingar har medfört villkorsändringar.

- Otillåtna prisreservationer.

Neoplan hävdar att Volvo i sitt anbud under punkten Pris gjort prisreservationer.

Volvo har i sitt anbud skrivit följande under punkten Pris:

Volvo Bussar kan inte erbjuda priser på fordon för längre tidsperiod än 18 månader från offert datum och 12 månader från orderdatum.

Volvo Bussar använder sig av annat index som bättre avspeglar kostnadsförändringar inom fordonsindustrin, varför anpassning av avtalets index förutsätts.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 17
10095-11 E

Pris för service och reparationer är baserade på ett fast pris för 10 år. I förhandling är vi villiga att ange en stafflad prissättning där möjlighet ges att rabattera fordon som utgår från avtalet före avtalstidens slut.

Som framgår av förfrågningsunderlaget (se punkt 8. Avtal) får anbudsgivare ge förslag till ny lydelse av ett avtalsvillkor. Vad Volvo angett om ett annat index utgör därmed inte otillåten prisreservation. Vad Volvo i övrigt angett under punkten Pris utgör inte prisreservationer. Vad Neoplan anfört i denna del strider således inte mot LUF.

- Förfrågningsunderlaget inte transparent då gränsdragningslistan inte var presenterad i underlaget.

Neoplan anför att det av förfrågningsunderlaget inte framgår tydligt vilka delar av funktionen som respektive part ska bära och att GSB har först efter anbudstidens utgång genom tillhandahållande av Gränsdragningslistan meddelat Neoplan hur ansvaret för service och reparationen av bussarna ska fördelas mellan GSB och leverantören.

Den aktuella upphandlingen genomförs som en förhandlad upphandling, dvs. ett förfarande där den upphandlande enheten förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av leverantörerna.

Av utredningen i målet framgår att GSB har fört förhandling med såväl Volvo som med Neoplan avseende gränsen för ansvarsfördelningen gällande service och reparationer. Dessa förhandlingar har dock förts först efter den 14 juni 2011, dvs. efter den dag då både Volvo och Neoplan har bekräftat riktigheten i sina lämnade underlag för LCC-kostnad. Förhandlingarna har således inte till någon del påverkat lämnade anbud.

Av protokoll från förhandling mellan GSB och Neoplan den 1 juli 2011 framgår att GSB åtog sig att upprätta och översända en bilaga avseende

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 18
10095-11 E

ansvarsfördelning/gränsdragningslista som Neoplan sedan skulle arbeta i och att Neoplan skulle återkomma avseende gränsdragningslistan.

Som framgår av förfrågningsunderlagets punkt 4.3. var en grundläggande förutsättning att leverantören ska tillhandahålla service, skötsel och reparationer i av GSB upplåtna lokaler. Att fastställda gränsen för ansvarsfördelning avseende detta uppdrag torde vara ett sådant kontraktsvillkor som kan utgöra föremål för förhandling mellan den upphandlande enheten och leverantören. En LCC-kostnad påverkas rimligen inte av vem det är som ska ansvara för kostnaden i fråga. Enligt förvaltningsrättens mening torde en LCC-kostnad för service och reparationer för en viss busstyp bäst kunna uppskattas av den part som är närmast tillverkaren.

Med det anförda och då Neoplan inte visat i vilket avseende dess LCC-kostnad skulle blivit lägre för de olika busstyperna med den vetskap om utformning av gränsdragningslistan för service och reparationer som Neoplan nu har, finner förvaltningsrätten aktuellt förfrågningsunderlag vara så transparent som det kan krävas. Vad Neoplan anför i denna del utgör inte grund för ingripande enligt LUF.

- Felaktig utvärderingsmodell och fel utvärdera samtliga tio offererade busstyper när endast två skulle inköpas.

Neoplan hävdar att dess LCC skulle ha varit lägre om de rätta förutsättningarna (två bussmodeller) angivits i upphandlingsunderlaget, alternativt att utvärderingen skett utifrån det faktiska behovet av bussmodeller.

GSB har av anbudsgivarna efterfrågat km kostnader per busstyp, per motortyp och per bussindivid (LCC) för det antal bussklasser, totalt fem, som GSB skulle behöva för det fall GSB i Västtrafiks upphandling skulle tillde-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 19
10095-11 E

las trafik i enlighet med lämnat anbud. GSB har efterfrågat kostnad för ett fordon (bussindivid) av vardera motortyp RME, Gas eller Annan inom fyra av de fem bussklasserna. Av den femte bussklassen fanns endast en motortyp. Förvaltningsrätten finner inte skäl rikta anmärkning mot uppställd utvärderingsmodell, särskilt inte när GSB i förfrågningsunderlaget har uppgett det antal fordon som skulle behövas vid full tilldelning från Västrafik och då även utvärderingsmodellen tydligt beskrivits i förfrågningsunderlaget. Vad Neoplan anfört om att en utvärderingsmodell som baserar snittpriset på ett antal modeller, oavsett huruvida samtliga dessa köps in eller inte, samt hur stort antal av en modell som köps in strider mot transparensprincipen föranleder inte förvaltningsrätten att göra annan bedömning. Upphandlingen i den av Neoplan åberopade domen från Länsrätten i Jönköping hade annat utvärderingskriterium än LCC-kostnad.

GSB har utvärderat anbuderna i enlighet vad som angetts i förfrågningsunderlaget.

Med det anförda finner förvaltningsrätten att vad Neoplan anfört om utvärderingsmodell och genomförd utvärdering inte utgör grund för något ingripande mot aktuell upphandling.

- Genomförda förhandlingar har medfört villkorsändringar

Neoplan hävdar att Volvo vid förhandling lämnat separat offert avseende leasing, något som Neoplan inte erbjudits att lämna, och att diskussioner har förts mellan GSB och Volvo om olika förhållanden som påverkar Volvos ersättning från GSB och som även haft direkt inverkan på LCC:n.

Som framgår av förfrågningsunderlagets bilaga Avtalsförslag punkt 5, åtar GSB sig att köpa/hyra/leasa de fordon avtalet kommer att omfatta.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 20
10095-11 E

Av protokollet från förhandlingen mellan GSB och Volvo den 17 juni 2011 framgår att Volvo åtar sig att ta fram offert på leasingupplägg. Som framgår av det i förfrågningsunderlaget ingående avtalsförslaget förelåg möjlighet att anskaffa fordonen antingen genom köp, hyra eller leasing. Av protokollet från förhandlingen mellan GSB och Neoplan den 1 juli 2011 framgår att Neoplan fått möjlighet att lämna offert på leasing av fordonen. Utredningen visar således att vad Neoplan anfört om att inte ha erbjudits lämna offert avseende leasing kan lämnas utan avseende.

Av protokoll från förhandlingen mellan GSB och Volvo den 28 juni 2011 framgår att såväl tillgänglighetsbonus, riskdelning som uppsägningsrätt avseende serviceåtagandet har diskuterats. GSB kunde acceptera att Volvo skulle erhålla ytterligare 5 procent av ersättningen vid en tillgänglighet överstigande 95,1 procent, dock först från det datum då fordonet varit i trafik ett år. Av protokollet från förhandlingen mellan GSB och Neoplan den 1 juli 2011 framgår att GSB meddelat att tillgänglighet över 95,1 % ger ytterligare 5 procent i ersättning. Inte heller i detta avseende har således GSB behandlat Volvo och Neoplan olika.

Vad gäller riskdelning och uppsägningsrätt framgår det vidare av protokollet att förda diskussioner mellan GSB och Volvo inte ledde fram till någon överenskommelse. Förvaltningsrätten finner att vad Neoplan anfört om genomförda förhandlingar inte visar det förekommit något som står i strid med de EG-rättsliga principerna eller med någon bestämmelse i LUF.

Sammanfattning

Sammantaget finner förvaltningsrätten att vad Neoplan anfört inte visar att GSB har brutit mot någon bestämmelse i LUF. Därmed saknas grund för att förordna om åtgärd enligt LUF, varför ansökningen ska avslås.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 21
10095-11 E

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



Maria Jolfors Detert

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Margaretha Fähræus



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 3109/1B LOU