



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Mathias Westergaard-Nielsen

DOM
2013-08-06
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
853-13
Domare 1:1

KONKURRENSVERKET	
2013 -08- 0 7	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Flexbuss Sverige AB, 556360-2522
Prästgårdsgränd 4
382 33 Nybro

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och Jur.kand. Christian Martinsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Gislaveds kommun
Upphandlingsenheten
Stortorget 1
332 80 Gislaved

Ombud: Jur.kand. Annika Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Gislaveds kommuns upphandling avseende skolskjutsar och övriga transporttjänster ska göras om.

BAKGRUND

Gislaveds kommun (Kommunen) genomför en upphandling avseende skolskjutsar och övriga transporttjänster. Upphandlingen handläggs enligt reglerna om öppet förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut antogs anbud som hade lämnats av Västbo Taxi AB (Västbo).

Dok.Id 104858

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

Flexbuss Sverige AB (Flexbuss) har lämnat anbud som uppfyller kvalificeringskraven, men har vid utvärdering hamnat på plats nummer två.

YRKANDEN M.M.

Flexbuss

Flexbuss ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska ske varvid Västbos anbud inte ska ingå.

Flexbuss yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen

Kommunen bestrider bifall till Flexbuss ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA ANFÖR

Flexbuss

Sammanfattning

Kommunen har utvärderat anbudet från Västbo trots att Västbo inte bifogat dokumentation som styrker erfarenhet av att ha genomfört likvärdiga uppdrag i enlighet med i förfrågningsunderlaget uppställt krav. Kommunen har utvärderat Västbos anbud trots att ett stort antal fordon i Västbos fordonsförteckning inte uppfyller Kommunens uppställda ska-krav på de fordon som ska användas. Vidare uppfyller inte Västbo i upphandlingen ställda krav vad gäller teknisk förmåga och kapacitet. Eftersom Västbo inte uppfyller samtliga ska-krav har Västbo inte varit kvalificerat för utvärdering. Anbudet från Västbo skulle därför rätteligen ha förkastats. Eftersom så inte har skett har upphandlingen genomförts i strid med principerna om trans-

parens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. För det fall Västbos anbud rätteligen hade förkastats hade Flexbuss varit den leverantör som skulle ha tilldelats upphandlingen.

Erfarenhetskrav

I punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att *"anbudsgivare ska ha erfarenhet av att ha genomfört likvärdiga uppdrag under de fem senaste åren.* "Av samma punkt följer även att anbud ska innehålla *"en sammanställning av likvärdiga uppdrag som har utförts under perioden 2007 och framåt"* Av punkten 3.8 i förfrågningsunderlaget följer att det till anbudet ska bifogas dokumentation som styrker 3.4. Skrivningen i punkten 3.4 kan inte tolkas på annat sätt än att anbudsgivarna måste ha genomfört mer än ett likvärdigt uppdrag under de fem senaste åren. Om Kommunen endast krävt att anbudsgivarna ska ha genomfört endast ett uppdrag får det förutsättas att Kommunen också anger detta i förfrågningsunderlaget. Flexbuss ställer sig också frågande till ändamålet med kravet om att anbuderna ska innehålla en sammanställning av likvärdiga uppdrag om Kommunen avsett att anbudsgivarna endast ska ha genomfört ett uppdrag under de senaste fem åren. Flexbuss har uppfattat att Kommunen ställt krav på att anbudsgivarna ska ha utfört mer än ett likvärdigt uppdrag under de senaste fem åren. Flexbuss har därför åberopat tre likvärdiga uppdrag som genomförts under de senaste fem åren. Att även Västbo haft samma uppfattning som Flexbuss följer av det faktum att Västbo åberopat de till Västbo knutna transportörernas erfarenhet i form av sju dokument. Det framgår inte av dessa bifogade dokument vilka likvärdiga uppdrag transportörerna har utfört under perioden 2007 och framåt. Uppgift om uppdragens omfattning eller uppgift om namn på kontaktperson/e-post, samt telefonnummer saknas i dessa dokument. Kommunen har således utvärderat anbudet från Västbo trots att Västbo inte bifogat dokumentation som styrker erfarenhet

av att ha genomfört likvärdiga uppdrag i enlighet med i förfrågningsunderlaget uppställt krav.

Fordonskrav

Det kan konstateras att Västbo har bifogat en mycket bristfällig fordonsförteckning. I punkten 5.1 i förfrågningsunderlaget anges uttryckligen att steg två i kvalificeringsfasen syftar till att klargöra att ställda ska-krav gällande tjänsten är uppfyllda. Vidare anges i samma punkt att endast de anbudsgivare som uppfyller ställda ska-krav kommer att gå vidare till anbudsutvärdering. Ett av Västbos fordon uppfyller inte uppställt ska-krav avseende högsta tillåtna ålder och ett flertal av Västbos fordon uppfyller inte skravet avseende miljöklassning. Vidare har Flexbuss konstaterat att det finns ytterligare brister i Västbos fordonsförteckning vad gäller helt utlämnade uppgifter om miljöklassning och felaktigt angivna sittplatser i ett antal fordon.

Eftersom Kommunen har utvärderat Västbos anbud trots att det inte uppfyller uppställda ska-krav avseende de fordon som ska användas är det också uppenbart att Kommunen inte har genomfört steg två i kvalificeringsfasen. Likaså är det uppenbart att Kommunen genom antagandet av Västbos anbud inte kommer att erhålla vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget.

Förmåga och kapacitet

Av Västbos anbud framgår att Västbo åberopat såväl angivna transportörers erfarenhet som tillgång till angivna transportörers fordon. Det framgår således att Västbo inte själv uppfyller i upphandlingen ställda krav avseende erfarenhet och tillgång till fordon som ska användas. Västbo saknar således egen förmåga och kapacitet att utföra uppdraget.

Västbo måste visa att Västbo kommer att förfoga över nödvändiga resurser redan vid anbudslämnandet. För att kunna åberopa transportörernas kapacitet måste Västbo visa ett skriftligt åtagande från transportörerna att de under hela kontraktperioden ställer sina resurser till förfogande. Åtagandet måste komma in till den upphandlande myndigheten före anbudstidens utgång och vara skriftligt.

Enligt vad Flexbuss har kunnat utröna har Västbo inte bifogat ett sådant åtagande från angivna transportörer till sitt anbud. Västbo uppfyller således inte i upphandlingen ställda krav vad gäller teknisk förmåga och kapacitet.

Otydligt förfrågningsunderlag

Det kan konstateras att det av punkten 1.1 i förfrågningsunderlaget samt av frågor och svar till Förfrågningsunderlaget inte med tydlighet framgår vad som avses med begreppen "område" och "delområde" "trafikområde" och "skolskjutsområde". Inte heller i övrigt framgår det med tydlighet under vilka förutsättningar en anbudsgivare kan lämna anbud på "delområden", "områden" eller när anbudsgivarna måste lämna anbud på "helheten". Vidare är det oklart om Kommunen har haft för avsikt att teckna avtal med en eller flera leverantörer.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingen inte kan rättas kan förfrågningsunderlaget inte betraktas som annat än otydligt avseende vad som egentligen krävs för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förfrågningsunderlaget står därmed i strid med principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen ska därför i andra hand göras om.

Kommunen

Sammanfattning

Kommunen har genomfört den aktuella upphandlingen i enlighet med LOU och i enlighet med förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget följer bestämmelserna i LOU och står inte i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Bolaget har inte lidit och kan inte komma att lida någon skada. En eventuell brist i upphandlingen är under alla förhållanden inte av sådan art och dignitet att åtgärd enligt 16 kap. LOU är motiverad.

Erfarenhetskrav

Enligt kravet i 3.4 ska som bevis för att kravet är uppfyllt en sammanställning över likvärdiga uppdrag som utförts under perioden 2007 och framåt lämnas in med anbudet. Av sammanställningen ska uppdragens omfattning och inriktning framgå samt namn och kontaktuppgifter. Den sammanställning som Västbo lämnat in innehåller i och för sig endast ett uppdrag, det framgår dock inte av kravet i 3.4 att anbudsgivaren ska ha genomfört fler än ett uppdrag. Vidare framgår av Västbos sammanställning att uppdraget bestått i skolskjutsverksamhet och att det pågått sedan år 1974 vilket uppfyller kravet på beskrivning av inriktning och omfattning. Kontaktperson och kontaktuppgifter till referensperson har lämnats och det kan noteras att referenspersonen Jan Pettersson har uppgivit att uppdragsgivaren anser att uppställda krav och mål med belåtenhet har uppfyllts och att han därför kan ge goda referenser samt kan det noteras att nu gällande kontrakt med Västbo löpt sedan år 2006. Kommunen har således vid en samlad bedömning av Västbos anbud funnit att Västbo uppfyller ställt krav på tidigare uppdrag.

Fordonskrav

Det framgår i och för sig av punkten 3.8 "*Följande skall bifogas Ert anbud*" i förfrågningsunderlaget att fordonsförteckning ska visas och bifogas till anbudet, det framgår dock inte närmare vilka krav som ställs på fordonsförteckningens innehåll. Vidare framgår av punkten 6.10 "*Fordonsförteckning*" i förfrågningsunderlaget att leverantören vid avtalsstart ska överlämna utförlig fordonsförteckning. Detta innebär således att fordonsförteckningen ska vara komplett och innehålla efterfrågade uppgifter först vid avtalsstart, och således inte redan vid anbuds ingivande. Det har således inte varit möjligt för Kommunen att granska Västbos fordonsförteckning redan i samband med anbudsprövningen.

Förmåga och kapacitet

Det är för Kommunen oklart vilket eller vilka krav Flexbuss menar att Västbo inte uppfyller genom den egna kapaciteten. I förfrågningsunderlaget uppställs inga specifika krav på att anbudsgivare ska ha ett visst antal anställda, ett visst antal förare eller ett visst antal fordon.

Västbo har i anbudet angivit att man har möjlighet att leverera de tjänster Kommunen har efterfrågat i upphandlingen och Kommunen saknar, mot bakgrund av den information som lämnas Västbos anbud och mot bakgrund av den tidigare avtalsrelationen, anledning att ifrågasätta Västbos tekniska och yrkesmässiga kapacitet avseende det uppdrag som upphandlingen avser.

Otydligt förfrågningsunderlag

Som en bilaga till förfrågningsunderlaget har funnits ett antal anbudsblanketter, en anbudsblankett för respektive delområde samt en anbudsblankett

för "helheten", benämnd "Hela Gislaveds kommun". Det måste således ha varit klart att det är dessa olika områden som det varit möjligt att lämna anbud på. Det har tydligt framgått, av förfrågningsunderlaget och av "Frågor och svar" att en anbudsgivare som lämnar anbud för fler än ett område samtidigt måste lämna anbud på respektive enskilt område. Om exempelvis ett samlat anbudspris har lämnats för två områden har anbudsgivare således därutöver haft att lämna separata priser för vart och ett av de två områdena.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada får en allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll – utifrån de omständigheter som sökanden har anfört – av att den upphandlande myndigheten har följt

de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU.

Erfarenhets- och fordonskravet samt krav angående förmåga och kapacitet

Det går inte av erfarenhetskravet i punkten 3.4 utläsa att anbudsgivaren måste ha utfört flera likvärdiga uppdrag.

Angående fordonskrav har Kommunen förvisso, genom att uppställa krav på inlämnande av en fordonsförteckning samt genom de preciserade kraven under punkten 4.5 i förfrågningsunderlaget, uppställt ett antal ska-krav avseende fordon. De uppställda kraven kan möjligen tolkas på sådant sätt att de ska vara uppfyllda först vid utförandet av uppdraget. Kommunen borde dock, om detta var tanken, uttryckligen ha angett att kraven måste vara uppfyllda först vid tecknande av avtal.

Högsta förvaltningsdomstolen har emellertid i sitt avgörande RÅ 2002 ref. 50 slagit fast att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det är oproportionerligt att tolka fordonskraven som att de måste vara uppfyllda redan vid anbudslämnandet.

Vad Flexbuss anfört i dessa delar kan mot bakgrund av det ovan sagda inte anses utgöra tillräckliga skäl för ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner inte heller att vad Flexbuss i övrigt anfört i ovan aktuella delar visar att Kommunen genomfört upphandlingen i strid med LOU eller gemenskapsrätten.

Otydligt förfrågningsunderlag

Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att en leverantör kan lämna anbud på enskilda områden. I sådant fall ska det även gå att vinna ett enskilt område. Kommunen har dock inte genomfört sin utvärdering på detta sätt, utan istället enbart gått på leverantörens totala pris. Kommunen har inte angivit att det totala priset på samtliga områden ska prioriteras framför de enskilda områdena. Förfrågningsunderlaget har därmed varit så otydligt att detta måste anses ha påverkat anbudgivarna vid anbudslämnandet. Utformningen och förfrågningsunderlaget i kombination med den utförda utvärderingen är inte förenlig med principerna om förutsägbarhet och transparens. Flexbuss har på grund av de konstaterade bristerna förlorat möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud baserat på en förutsebar omfattning av upphandlingen och har på grund av det lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed.

Eftersom de brister förvaltningsrätten har funnit i upphandlingen har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte tillräckligt att upphandlingen rättas. Flexbuss ansökan om överprövning enligt LOU ska således bifallas på så vis att upphandlingen ska göras om.

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



Bo Johansson