

LÄNSRÄTTEN I
JÖNKÖPINGS LÄN

DOM
2008-12-15
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
2039-08 E
Rotel 3

SÖKANDE

Carlsteins Trafik AB, 556092-1180
Brandstorpsvägen 2
566 93 Brandstorp

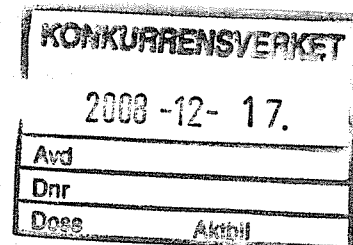
Ombud: Advokaten Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

SAKEN

Offentlig upphandling



Yrkanden m.m.

Jönköpings kommun har inbjudit till att lämna anbud avseende bussresor inom centrala Jönköping och inom kommunens förorter t&r samt resor, såväl endagars- som tvådagarsresor, med reslängd från cirka 20 mil upp till 70 mil t&r. I förfrågningsunderlaget anges att upphandlingen genomförs som öppen upphandling. Leverantörerna ska rangordnas, vilket innebär att de avropande myndigheterna i första hand måste välja den leverantör som har rankats som etta. Underlaget är uppdelat i sju delar. Frågor i del 3, 6 och 7 ska besvaras av alla anbudsgivare. Delarna 4 och 5 kan besvaras var för sig och kommer att utvärderas var för sig. I punkt 4 finns angivet bl.a. att totalpris avseende buss med 50 sittplatser ska anges inkluderat kostnad för chaufför, bränsle, hyra av buss, försäkringar, garantier m.m. I punkt 5 anges detsamma såväl avseende endagars- som tvådagarsresor. Avseende tvådagarsresor ska pris t&r anges avseende en reslängd om 20 mil, 30 mil, 50 mil och 70 mil. Genom tilldelningsbeslut har kommunen beslutat att teckna

Dok.Id 47963

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Ö Storgatan 33 A	036-15 65 00 E-post: lansrattenijonkoping@dom.se www.lansrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

avtal med Smålandsbussen AB och Carlsteins Trafik AB. Dessa leverantörer har rangordnats efter lägsta totalkostnad i nämnd ordning, vilket innebär att Smålandsbussen AB ska först tillfrågas och kan de inte tillgodose efterfrågad tjänst ska Carlsteins Trafik AB tillfrågas.

Carlsteins Trafik AB begär överprövning och yrkar att utvärderingen av upphandlingen ska göras om varvid Smålandsbussen AB:s anbud ska förkastas med följd att Carlsteins Trafik AB ensam tilldelas kontraktet. Vidare yrkas att länsrätten genom interimistiskt beslut förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Jönköpings kommun bestrider yrkandena.

Länsrätten har den 10 november 2008 förordnat att den i målet aktuella upphandlingen inte får avslutas förrän länsrätten beslutar att så får ske.

Grunderna för parternas yrkanden

Carlsteins Trafik AB anför sammanfattningsvis följande. Upphandlingen har inte genomförts på ett rättsenligt sätt. Jönköpings kommun har utvärderat Smålandsbussen AB:s anbud trots att det har innehållit reservationer, som varit av sådan art att de medfört att kommunen inte har kunnat göra relevanta jämförelser mellan de avgivna anbuden. Genom att anta Smålandsbussen AB:s anbud har kommunen åsidosatt likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (LOU). Avseende punkt 4.1 (resor inom centrala Jönköping t&r) har reservation gjorts genom att ange att priset 1 800 kr gäller ”upp till en mil enkel”. Även vad gäller punkt 4.2 (resor förorter t&r) har en reservation gjorts då priset 2 800 kr har angetts gälla ”upp till 3 mil enkel. Därutöver 3 600 kr”. Smålandsbussen AB har således angett alternativa priser beroende på hur lång aktuell resa blir, trots att det i förfrågningsunderlaget har angetts att totalpris ska avgas. Vid be-

slut om tilldelning har kommunen utgått från det lägre priset utan någon kommentar. Även avseende punkt 5.2 i förfrågningsunderlaget har reservationer gjorts av Smålandsbussen AB genom att avseende totalpriset fört vart och ett av de fyra alternativen av tvådagarsresor tillägga ”Inkl. 8 timmars ramtid per dag”. Vid utvärdering har kommunen utgått från de angivna priserna utan att beakta de aktuella tilläggen. Ramtiden vid tvådagarsresor av det slag som avses överstiger regelmässigt 8 timmar per dag.

Jönköpings kommun uppger följande. Att tillägga ”upp till en mil enkel” kan inte ses som en reservation då centrala Jönköping ryms inom 1 mil. Detsamma gäller tillägget ”upp till 3 mil enkel” då förorterna ryms inom 3 mil. Beträffande tvådagarsresor påverkar 8 timmars ramtid inte prissättningen då en körning på 35 mil enkel resa med lätthet ryms i 8 timmars ramtid. Det innebär att angivandet av 8 timmars ramtid inte påverkar kostnaden. Carlsteins Trafik AB grundar alltså sina synpunkter på egna uppgifter genom att förutsätta något som inte är angivet i förfrågningsunderlaget. Kommunen har bedömt inkomna anbud i enlighet med det som anges i förfrågningsunderlaget och har inte brutit mot någon punkt i LOU. Carlsteins Trafik AB har inte lidit någon skada.

Carlsteins Trafik AB har inkommit med synpunkter avseende bl.a. det Jönköpings kommun har anfört avseende dels avstånd inom centrala Jönköping, dels avstånd inom förorter inom kommunen och dels vad som avses med ramtid. Bolaget anför följande. I förfrågningsunderlaget har inte definierats vad som avses med ”förorter inom Jönköpings kommun”. Till sådan förort måste räknas t.ex. Gränna. En resa från Jönköping till Gränna uppgår till i princip 4 mil enkel väg. Således bestrids kommunens påstående att förorterna ryms inom 3 mil. Ramtid är inte enbart aktiv körtid utan hela den tid som förflyter från det att dagens första arbetsinsats påbörjas till dess att dygnets sista arbete avslutas. Carlsteins Trafik AB har vid ett flertal tillfällen utfört körningar avseende tvådagarsresor för kommunen. Det som bola-

get har anfört i ansökan avseende åtgången av ramtid vid tvådagarsresor av det slag som anges i förfrågningsunderlaget har grundats på erfarenheter från dessa resor samt det som har angetts i offertförfrågningar som kommunen har tillställt Carlsteins Trafik AB i samband härmed. Även Smålandsbussen AB utför körningar för kommunen och är således väl insatta i det som gäller för de olika resor som anges i förfrågningsunderlaget. Det faktum att Smålandsbussen AB har ansett det vara motiverat att införa de aktuella reservationerna i sitt anbud måste innebära att de av erfarenhet vet att resor inom centrala Jönköping kan uppgå till mer än 1 mil enkel resa, att resor till förorter kan uppgå till mer än 3 mil enkel resa samt att ramtiden vid tvådagarsresor kan uppgå till mer än 8 timmar och således vill kunna tilläggsfakturera. Yrkandet i ansökan vidhålls och avslutningsvis påpekas att brister i en anbudsgivares anbud inte kan läkas genom att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen ser genom fingrarna avseende brister i anbudet.

Jönköpings kommun gör följande invändningar. I förfrågningsunderlaget har begärts totalpris enligt följande:

”Resor t&r inom centrala Jönköping med buss med 50 sittplatser
Totalpris inkluderat kostnad för chaufför, bränsle, hyra av buss, försäkringar, garantier m.m.”

Det står ingenstans i förfrågningsunderlaget att det ska vara ett enda totalpris. Det är en egen tolkning som Carlsteins Trafik AB har gjort. De har heller inte under anbudstiden frågat om vad som avses med totalpris. Samma förhållande gäller avseende resor till och från förorter. Carlsteins Trafik AB hävdar att avståndet mellan Huskvarna och stadsparken i Jönköping uppgår till 1 mil enkel resa. Det är inte korrekt. Efter mätning kan avståndet bedömas till 8 km. Den resan ryms inom 10 km. Sedan finns det extremfall där man kan hitta avstånd inom centrala Jönköping som överstiger 10 km. Dessa sträckors förekomst i utförda resor är marginella och påverkar inte resultatet. Carlsteins Trafik AB hävdar att definitionen av

förort inte har klarlagts. Det är korrekt. Självklart räknas Gränna och Norra Unnaryd till förorter. Det är dock de längsta avstånden som förekommer. Andelen resor utanför 30 km enkel är marginell och påverkar inte slutresultatet. Kommunen har gjort följande beräkning: 100 resor kalkylerades; $(70 \times 2\,800 + 30 \times 3\,600) / 100 = 3\,040$ kr i genomsnittspris. Slutsatsen blir att om 30 % av resorna överstiger 30 km enkel resa, vilket inte kommer att inträffa enligt kommunens erfarenhet, så innebär det ändå att Smålandsbussen AB:s anbud är det fördelaktigaste. Därför kan inte kommentaren anses vara en reservation då den inte påverkar resultatet av anbudsbedömningen i så stor omfattning att det ändrar rangordningen mellan de två antagna anbudsgivarna. Beträffande tvådagarsresor vidhåller kommunen sin uppfattning att dessa klaras inom den av Smålandsbussen AB angivna ramtiden. Om körsträckan och tiden överskrids har i förfrågningsunderlaget begärts priser för överskjutande körsträcka och tid som i sådana fall får tilläggsdebiteras. Omfattningen av detta kan inte i förväg anges och har därför inte använts som tilldelningskriterium. Carlsteins Trafik AB påpekar att det brister i definitionen av "Centrala Jönköping och förorter". Eftersom det inte i förväg kan anges hur mycket och var resorna kommer att gå är det inte möjligt att precisera ytterligare utan att riskera att förutsättningarna blir felaktiga. I Regeringsrättens dom den 13 juni 2002 i mål 300-2002 framgår att ett förfrågningsunderlag får vara behäftade med vissa brister utan att strida mot kraven i lagen. Eventuella definitionsbrister i detta förfrågningsunderlag får anses vara sådana. Analogt med detta måste även anbud få vara behäftade med mindre brister. Smålandsbussen AB:s anbud uppfyller kraven så väl att det kan tas upp till bedömning. Enligt Konkurrensverket syftar upphandlingsreglerna till att:

- konkurrensen mellan företagen ska utnyttjas till nytta för konsumenterna och samhällsekonomin.
- företagen ska ha lika förutsättningar att konkurrera
- ageranden som begränsar konkurrensen ska undanröjas
- det företag som säljer de efterfrågade varorna och tjänsterna mest förmån-

ligt ska vinna.

Att diskvalificera Smålandsbussen AB:s anbud skulle innebära en minskad konkurrenssituation och att kommunen tvingas anta ett mindre förmånligt anbud som ensam leverantör vilket inte är lagstiftarens intention. Kommunen vidhåller således att kommentarerna inte kan ses som reservationer då de saknar betydelse för slutresultatet av anbudsbedömningen. Carlsteins Trafik AB har inte visat att kommunen brutit mot någon bestämmelse i LOU och heller inte lidit någon skada. Bolagets yrkande om att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts ska således avslås.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett följande:

“Upphandlingens syfte är att teckna ramavtal med 3 leverantörer per upphandlat område där samtliga villkor är fastställda. Därefter kan beställaren göra avrop hos kontrakterade leverantörer. Leverantörerna kommer att rangordnas. Detta innebär att de avropande myndigheterna måste välja den leverantör som rankats som etta. Bara om den leverantören inte har möjlighet att leverera går man neråt i listan till tvåan och så vidare. Avrop kan komma att göras med kort varsel varför regional representation är nödvändig. Höga krav ställs på tillgänglighet och flexibilitet under samtliga veckodagar, även helgdagar.”

Således kan inte kommunen, enligt förfrågningsunderlaget, nöja sig med endast en leverantör i det fall länsrätten dömer till kommunens nackdel. Kommunen anser dels att en leverantör ensam inte kan garantera önskad tillgänglighet, dels att ett enda kvalificerat anbud innebär för dålig konkurrens. I sådana fall måste upphandlingen antingen göras om alternativt att förtydliganden tas in från kvalificerade anbudsgivare och därefter görs en ny utvärdering.

Carlsteins Trafik AB noterar att kommunen anger – trots det som föreskrivs i punkterna 4.1.1, 4.2.1 och 5.2.1 – att det inte någonstans i förfrågningsunderlaget står att ett enda totalpris ska avges. Kommunen måste härigenom i vart fall anses ha vitsordat att förfrågningsunderlaget har varit otydligt och

därmed inte har uppfyllt den gemenskapsrättsliga principen om transparens. Vidare tycks kommunen i sitt yttrande mena att det åligger anbudsgivare att genom att ställa frågor avhjälpa eventuella otydligheter i ett förfrågningsunderlag. Det är inte en anbudsgivares ansvar att se till att det överensstämmer med de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens. Kommunen har vitsordat att resor inom centrala Jönköping kan uppgå till mer än 1 mil enkel resa och att en resa till en förort kan uppgå till mer än 3 mil enkel resa. Kommunen har även vitsordat att Smålandsbussen AB – för det fall avtal tecknas med det bolaget – skulle ha haft möjlighet att tilläggsfakturera vid såväl resor inom centrala Jönköping som vid resor till förorter inom Jönköpings kommun. Att kommunen uppger sig genom beräkning ha kommit fram till att Smålandsbussen AB:s anbud – även med beaktande av däri upptagna reservationer – är det mest fördelaktiga anbudet förändrar emellertid inte det faktum att Smålandsbussen AB har gjort reservationer i sitt anbud. Såsom anförts i Carlsteins Trafik AB:s tidigare yttrande hade Smålandsbussen AB, som har erfarenhet av resor av det slag som avses i förfrågningsunderlaget, inte gjort de aktuella reservationerna om bolaget inte hade ansett det vara motiverat. Vidare anges inte i förfrågningsunderlaget att någon beräkning som den som beskrivs i kommunens yttrande skulle komma att göras och därmed inte heller hur den i så fall skulle gå till. För det fall kommunen på något sätt har använt den aktuella beräkningen vid utvärderingen av anbuderna har varken förfrågningsunderlaget eller utvärderingen uppfyllt de gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens.

I punkten 5.2.1 i förfrågningsunderlaget anges att totalpris ska avges avseende tvådagarsresor av olika längd. I förfrågningsunderlaget finns ingen begränsning avseende ramtid vid sådana resor och således måste avgivna priser avse maximal ramtid. Vid tvådagarsresor uppgår maximal ramtid, i enlighet med vad som anförts i ansökan om överprövning, till 15 timmar per dag. Smålandsbussen AB har genom reservationer i sitt anbud trots det-

ta förbehållit sig rätten att tilläggsdebitera för det fall ramtiden vid tvådagarsresor skulle överstiga 8 timmar per dag. Kommunen har nu i sitt yttrande anfört dels att ramtiden vid dessa resor inte kommer att överstiga 8 timmar per dag och dels att anbudsgivaren får tilläggsdebitera för det fall att "tiden" överskrids. Kommunen måste, mot bakgrund av vad som har anförts tidigare avseende denna punkt, genom de invändningar den gjort i denna del i vart fall anses ha vitsordat att förfrågningsunderlaget varit otydligt och därmed inte har uppfyllt den gemenskapsrättsliga principen om transparens. Avseende den regeringsrättsdom som kommunen har hänvisat till är det emellertid inte möjligt att, som kommunen anför, utifrån domen dra några analoga slutsatser avseende brister i ett anbud. Det är istället så att ett förfarande där en upphandlande enhet bortser från uppställda "skallkrav" och tar med anbud vid utvärderingen som inte uppfyller samtliga sådana krav alltid står i strid med den gemenskapsrättsliga likabehandlingsprincipen. Detta gäller även för det fall det är frågan om ett sådant krav som skulle kunna uppfattas som en petitess, såsom t.ex. att ett anbud inte har undertecknats av behörig firmatecknare. Reservationerna i Smålandsbussen AB:s anbud kan dock inte ens anses vara några petitesser utan utgör allvarliga brister i anbudet. Anbudsgivare har enligt förfrågningsunderlaget haft att i sina anbud avge totalpris avseende de olika slagen av resor. Kommunen har inte kunnat bortse från det faktum att Smålandsbussen AB:s anbud innehållit reservationer utan att bryta mot likabehandlingsprincipen. Att endast ett anbud skulle återstå för det fall kommunen vid utvärderingen förkastar Smålandsbussen AB:s anbud påverkar inte detta förhållande. Om förfrågningsunderlaget hade varit utformat i enlighet med Smålandsbussen AB:s reservationer med en medföljande rätt att tilläggsfakturera hade Carlsteins Trafik AB i sitt anbud avgett lägre priser än vad som nu är fallet. Kommunen anför i sitt yttrande att Smålandsbussen AB:s reservationer inte kan ses som reservationer då de saknar betydelse för slutresultatet av anbudsbedömningen. Smålandsbussen AB:s anbud skulle emellertid överhuvudtaget inte ha medtagits i utvärderingen utan rätteligen ha förkastats ef-

tersom de reservationer som har gjorts i anbudet var och en är av sådant slag att de har medfört att kommunen har saknat möjlighet att göra relevanta jämförelser mellan de avgivna anbuden. Kommunen har därför genom att ta med Smålandsbussen AB:s anbud vid utvärderingen åsidosatt likabehandlingsprincipen, varför upphandlingen har gjorts i strid med 1 kap. 9 § LOU. Carlsteins Trafik AB har lidit eller kan komma att lida skada till följd av det sätt på vilket upphandlingen har gjorts, eftersom bolaget skulle ha tilldelats kontraktet om kommunen skulle ha iakttagit LOU:s regler och förkastat Smålandsbussen AB:s anbud.

Jönköpings kommun invänder bl.a. följande. Avseende påståendet om tilläggsfaktureringen är det ett antagande som Carlsteins Trafik AB gör och det saknar underbyggnad i både förfrågningsunderlag och anbudsutvärdering. Bolaget gör egna utvärderingar av anbuden. Carlsteins Trafik AB hävdar felaktigt att kommunen har använt den beräkning som kommunen redovisade i tidigare yttrande vid anbudsprövningen. Det är ett oriktigt påstående. Beräkningen var ett exempel som användes för att visa att Smålandsbussen AB:s anmärkningar saknar betydelse och därmed inte kan betecknas som reservationer.

DOMSKÄL

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I nämnda 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

Med upphandlande myndighet jämföras enligt 2 kap. 19 § LOU beslutande församlingar i kommuner och landsting.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter 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 iakttagas.

I kravet på affärsmässighet ligger att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principerna om affärsmässighet och transparens (förutsäbarhet och öppenhet). Av förfrågningsunderlaget ska framgå de krav som ovillkorligen måste vara uppfyllda för att anbudet ska kunna antas. Ett anbud som inte uppfyller samtliga sådana krav får inte antas, eftersom det skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare.

Regeringsrätten har i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även 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.

Länsrätten gör följande bedömning.

Utredningen i målet ger stöd för det som Carlsteins Trafik AB:s har yrkat på de grunder som bolaget har angett. Smålandsbussen AB har i sitt anbud frångått förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att det inte har kunnat göras rättvisande jämförelser mellan lämnade anbud. Jönköpings kommun har genom att beakta Små-

landsbussen AB:s anbud trots de gjorda tilläggen åsidosatt den princip om likabehandling som ska gälla enligt 1 kap. 9 § LOU. Genom att Smålandsbussen AB:s anbud inte har förkastats har upphandlingen genomförts i strid mot reglerna i LOU.

Länsrätten har genom dom denna dag i mål 2048-08 funnit att Jönköpings kommun felaktigt uteslutit Hovslätts Bussresor AB:s anbud från prövningen av lämnade anbud. Med hänsyn härtill ska Carlsteins Trafik AB:s yrkande bifallas på det sätt att tilldelningsbeslutet ska upphävas och ny anbudsprövning göras av kommunen.

DOMSLUT

Länsrätten upphäver tilldelningsbeslutet och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan ny anbudsprövning har företagits, vid vilken Smålandsbussen AB:s anbud inte ska ingå.

Länsrättens interimistiska beslut gäller därmed inte längre.

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


Lena Schön-Barkestam

