



KONKURRENSVERKET	
2014 -10- 1 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Flexbuss Sverige AB, 556360-2522

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

MOTPART

Region Skåne

Ombud: Maria Lidbom
Region Skåne
Avdelningen för juridik
291 89 Kristianstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 29 augusti 2014 i mål nr 3150-14

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

KONKURRENSVERKET

Dok.Id 299342

UPPHANDLING / F.U.C.

Postadress

Box 1531

401 50 Göteborg

Besöksadress

Stora Nygatan 21

Telefon

031-732 74 00

Telefax

031-732 76 00

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:00

E-post: kammarratten.goteborg@dom.se

www.kammarratten.goteborg.se

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

Prövningstillstånd ska meddelas om

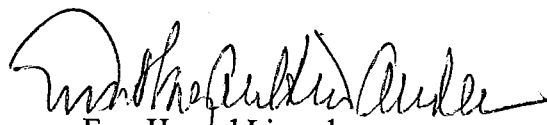
- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),
- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).


Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).


Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

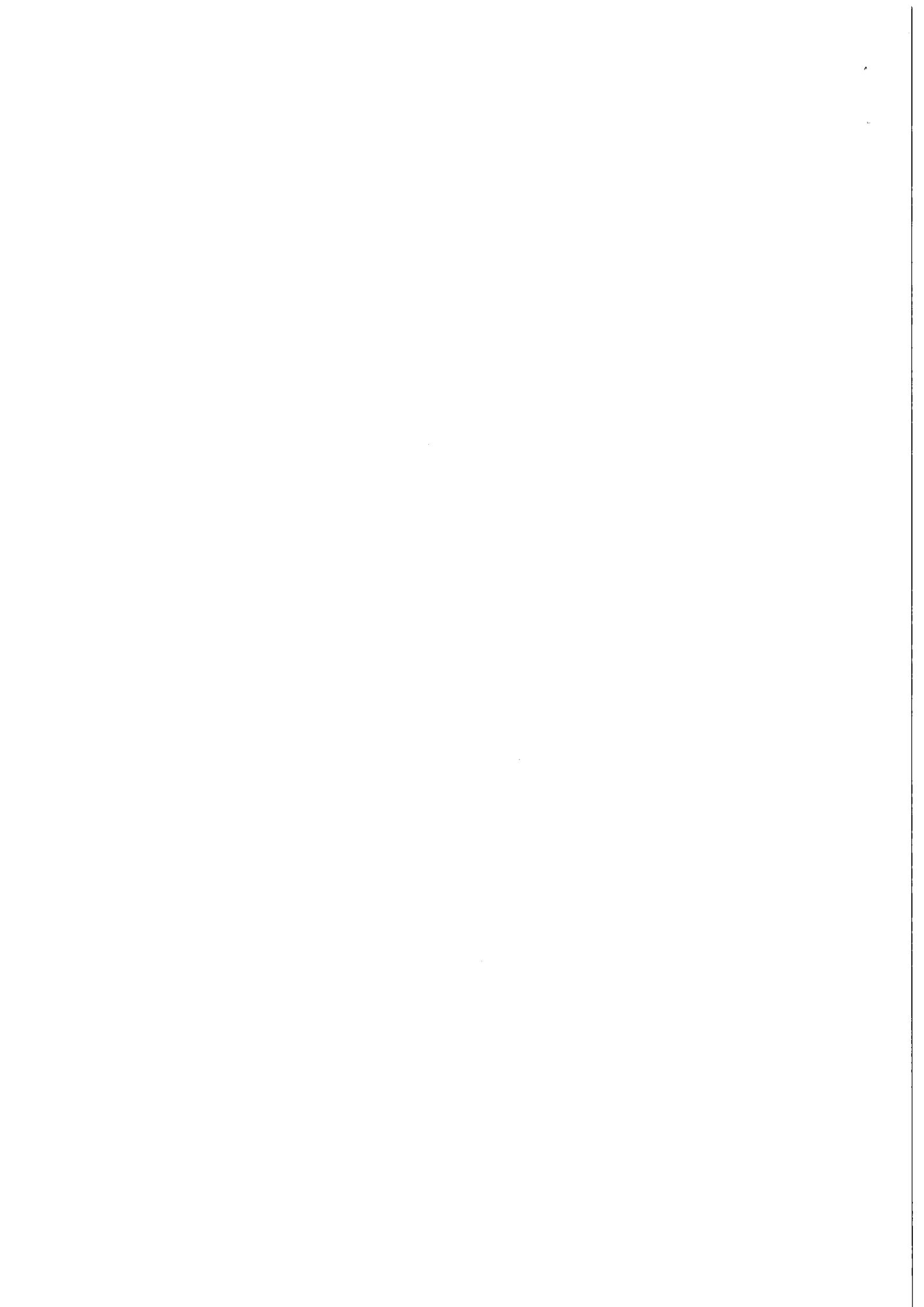
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1).

Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.


Ewa Hagard Linander


Viktoria Sjögren Samuelsson
referent


/Ann-Kristin Hansson





SÖKANDE

Flexbuss Sverige AB, 556360-2522
Prästgårdsgränd 4
383 33 Nybro

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 226
201 22 Malmö

Ombud: Jur.kand. Christian Martinsson
MAQS Advokatbyrå
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

Ombud: Maria Lidbom
Region Skåne
Avdelningen för juridik
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Flexbuss Sverige AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 26 mars 2014 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND

Region Skåne, genom dess förvaltning Skånetrafiken, genomför en upphandling av "Entreprenörer för serviceresor 2014", dnr 697/2013. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU.

Förvaltningsrätten beslutade den 26 mars 2014 att Region Skåne inte får ingå avtal avseende upphandling av entreprenörer för serviceresor 2014 intill dess annat beslutas.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Flexbuss Sverige AB (Flexbuss) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen görs om. Flexbuss anför bl.a. följande.

Förfrågningsunderlagets otydlighet vad gäller prissättning medför att det är omöjligt att avge ett konkurrenskraftigt anbud. Förfrågningsunderlaget står i strid med rättspraxis och principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget är vidare konkurrensbegränsande.

Skånetrafiken har valt att tillämpa ett komplicerat prissättningsystem varvid anbudsgivarna har att offerera ett kilometerpris per offererat fordon istället för ett pris per timme för respektive fordonstyp som är tillgänglig för köruppdrag. Skånetrafiken har vid sin schemaläggning rätt att kräva en genomsnittlig tillgänglighet på mellan åtta till tio timmar per vardagsdygn avseende ordinarie fordon. Det finns krav på tillgänglighet men ingen garanti för hur många köruppdrag som kommer att få genomföras per fordonstyp. Eftersom lönekostnader utgör ca 50-60 procent av samtliga kostnader i Flexbuss anbuds-kalkyl har det en avgörande betydelse för prissättningen om Flexbuss måste ha fordon samt avlönade chaufförer tillgängliga under

åtta eller tio timmar per dag. I det fall chaufförer ska vara tillgängliga i tio timmar per dag garanterar inte Skånetrafiken att också köruppdrag ges under dessa tio timmar. I det fall köruppdrag endast erhålls under åtta timmar utgår heller ingen kompensation för de lönekostnader Flexbuss har för chaufförer som står utan köruppdrag i två timmar. Till saken hör också att huvuddelen av de fordon som efterfrågas (48 stycken) är specialfordon som på grund av särskilt installerad utrustning inte kan användas till andra köruppdrag än sådana de är avsedda för. Kompensation på annat sätt under de timmar Skånetrafiken inte kan erbjuda köruppdrag är därmed utesluten.

Ovanstående medför att det är omöjligt för Flexbuss att skapa sig en bild av möjligheterna att beräkna och offerera konkurrenskraftiga anbudspriser. De enda som i någon mån har möjlighet att offerera konkurrenskraftiga anbudspriser är befintliga leverantörer samt därutöver leverantörer som inte kalkylerar med lagstadgade skatter och avgifter i sina anbudskalkyler och oavsett risken att ej erhålla köruppdrag ändå kan offerera mycket låga anbudspriser. Det är därför meningslöst för Flexbuss och andra anbudsgivare att lämna anbud i upphandlingen.

Mot bakgrund av det ovan anförda kan det konstateras att förfrågningsunderlaget står i strid med principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget är inte bara otydligt utan även starkt konkurrensbegränsande då det diskriminerar "nya" anbudsgivare som, till skillnad från befintliga leverantörer vilka har ingående kunskaper om aktuella volymer, inte ges möjlighet att offerera konkurrenskraftiga anbudspriser. Vidare står förfrågningsunderlaget i strid med såväl kammarrättspraxis som EU-rättslig praxis. Alla villkor och bestämmelser avseende förfarandet i en upphandling måste uttryckas klart, precist och otvetydigt i förfrågningsunderlaget.

Bristerna i förfrågningsunderlaget vad gäller prissättning medför att det är omöjligt att beräkna och offerera ett konkurrenskraftigt anbudspris. Av denna anledning är det meningslöst för Flexbuss att lämna anbud i upphandlingen. Även andra anbudsgivare kommer sannolikt av samma skäl avstå från att lämna anbud. De föreliggande bristerna är därmed mycket allvarliga eftersom de påverkar det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Det är därmed uppenbart att Flexbuss och andra potentiella leverantörer lider skada i LOU:s mening om den pågående upphandlingen fullföljs.

Region Skåne bestrider bifall till Flexbuss ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Region Skåne har på ett tydligt sätt beskrivit prissättningssystemet och samtidigt redovisat statistik med avseende på resande. Lika förutsättningar gäller således för alla potentiella anbudsgivare inför anbudsgivningen.

Den prismodell som Region Skåne genom Skånetrafiken använder sig av i upphandlingen är inte på något sätt ovanlig. Den bygger på en traditionell taxiprissättning (dvs. användande av taxameter i taxi). En sådan taxiprissättning bygger dels på en grundavgift (startavgift), dels en kilometerersättning. Därtill tillkommer olika tilläggsersättningar som kan betraktas som en form av tidsersättning för de olika moment som föraren utför, såsom hämtavgift för kund, särskild hjälp, trappklättrartillägg, rullstol, bårtillägg m.m. Dessa priser är emellertid fasta i upphandlingen. Det enda pris anbudsgivaren föreskrivs att lämna är kilometerpris.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vad man vill upphandla, vilka krav som ska ställas på det som upphandlas och då även på vilket sätt ersättning ska utgå. I aktuell upphandling har Region Skåne valt en prismodell som är väl etablerad i såväl Region Skåne som i taxibranschen nationellt. Region Skåne har på ett utförligt sätt i förfrågningsun-

derlaget beskrivit hur prissättningen kommer att gå till och även i övrigt vilka krav som ställs. Prissättningen beskrivs utförligt i bilaga Pris.

Vad gäller kravet på tillgänglighet är detta i sin helhet grundat på att Skånetrafiken måste kunna försäkra sig om att de leverantörer som erhåller uppdraget också har fordon som är tillgängliga för Skånetrafikens resenärer. Det är inte Skånetrafiken som styr efterfrågan på serviceresor. Resorna bygger i sin helhet på anrop från den enskilda resenären. Skånetrafiken måste därför kunna ha fordon tillgängliga och också kunna anpassa volymerna för att kunna möta resenärernas behov. Den osäkerhet som råder beträffande det slutliga antalet körningar hänger således samman med den aktuella tjänstens natur, vilken i sin helhet bygger på kundernas beställningar. Kravet är transparent och gäller för alla.

Det är vidare inte anbudsgivaren utan den upphandlande myndigheten som utifrån sitt behov har att uppställa vilka krav som ska gälla och på vilket sätt ersättning ska utgå i en upphandling. Region Skånes utgångspunkt för detta är resenärernas behov av resor. Det är sedan upp till anbudsgivarna att lämna anbud utifrån de förutsättningar som ges i upphandlingen. Region Skåne har på ett utförligt sätt redovisat den statistik som Skånetrafiken har över resandet sedan tidigare. Redovisad statistik är historisk och avser antal resor, fordonspark och produktion totalt för respektive område under perioden november 2012 – oktober 2013. Denna redovisning har skett just för att alla potentiella anbudsgivare ska ha samma förutsättningar att lämna anbud och även samma förutsättningar att räkna fram sina priser. Det är inte den upphandlande myndighetens sak att bedöma hur lönsamt det blir för respektive anbudsgivare att utföra uppdraget.

Flexbuss har tillagt följande. Enligt Flexbuss mening ankommer det på anbudsgivare att vid kalkylering av anbudspris beakta olika parametrar som påverkar lönsamheten vid eventuell tilldelning. Enligt praxis från

kammarrätterna kan detta dock aldrig utsträckas till att det skulle lämnas öppet för anbudsgivarna själva att komplettera förfrågningsunderlaget med uppgifter om anbudsgivarnas egen uppskattning av omfattningen av insatserna (Kammarrätten i Sundsvall mål nr 3214-08 och Kammarrätten i Stockholm mål nr 1103-10). Vidare måste förfrågningsunderlaget ha en konstruktion som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att jämföra inkomna anbud. Detta innebär ett långtgående krav i tydlighet i förfrågningsunderlaget. I nu förevarande upphandling saknas det uppgifter om omfattningen av köruppdrag som kan komma att få genomföras per fordonstyp under den tid då offererade fordon och chaufförer ska finnas tillgängliga för Skånetrafiken. Vidare saknas uppgifter om i vilken utsträckning Flexbuss kommer att erhålla ersättning för den tid då offererade fordon och tillhörande chaufförer finns tillgängliga för Skånetrafiken.

Region Skåne anför att prissättningssystemet beskrivits på ett tydligt sätt och att statistik på resandet redovisats samt att lika förutsättningar gäller för alla potentiella anbudsgivare. Region Skåne synes vara av uppfattningen att förfrågningsunderlaget inte strider mot LOU eftersom bristerna i förfrågningsunderlaget är lika för alla anbudsgivare. Detta saknar betydelse. Det är dessutom inte lika dåliga förutsättningar för befintliga leverantörer och leverantörer som inte kalkylerar med lagstadgade skatter och avgifter i sina anbudskalkyler. Den statistik som finns avseende resande i förfrågningsunderlaget ger vidare ingen vägledning då anbudsgivarna inte känner till omfattningen av köruppdrag under den tid då offererade fordon och chaufförer ska finnas tillgängliga för Skånetrafiken och i vilken utsträckning det är möjligt att erhålla ersättning för sådan tillgänglighet.

Region Skåne anför vidare att prismodellen i upphandlingen bygger på traditionell taxiprissättning. Jämförelsen är missvisande då det i upphandlingen inte är fråga om taxikörningar. Taxiförare har till skillnad från andra företag möjlighet att använda offererade specialfordon i sin ordinära verk-

samhet för att på så sätt kompensera uteblivna uppdrag från Skånetrafiken. För Flexbuss är detta uteslutet då aktuella fordon på grund av sin specialutrustning inte kan användas i den ordinära verksamheten.

Region Skåne har ytterligare anfört följande. I förfrågningsunderlagets bilaga TB punkterna 1.5 och 1.6 beskriver Region Skåne på ett utförligt sätt vad som gäller för tillgänglighet vid schemaläggning. Av punkten 1.6 framgår tydligt att Trafikledningen vid schemaläggning har rätt att kräva en tillgänglighet på i genomsnitt åtta till tio timmar per vardagsdygn för ordinarie fordon. Detta innebär att Skånetrafiken kan kräva en schemaläggning om maximalt 50 timmar per vecka, måndag till fredag. Genom det aktuella kravets formulering redovisar Skånetrafiken därmed att en normal schemaläggning ligger på cirka 40 till 50 timmar per vecka beroende på hur Skånetrafikens kunder reser. Därutöver redogörs i samma punkt hur schemaläggning kan se ut för storhelger och helger. Det redovisas också i punkten 1.5 under vilka förutsättningar Skånetrafiken kan kräva ändring av schemaläggning. Beskrivningen av resandet är gjort med den precision som kan anses rimlig då resandet i sin helhet är efterfrågestyrt och schemaläggning ständigt varierar över tid.

Genom att redovisa statistik från tidigare år har Skånetrafiken således beskrivit vad som rimligen kan krävas av den upphandlande myndigheten för att göra förutsättningarna för anbudsgivningen tydlig. I nu aktuell upphandling föreligger det därmed tillräckligt med uppgifter för att anbudsgivarna ska kunna lämna anbud. Förutsättningarna i nu aktuell upphandling skiljer sig därmed från förutsättningarna i de avgöranden som Flexbuss åberopat.

Flexbuss anför att det av förfrågningsunderlaget inte framgår köruppdrag per fordonstyp under den tid då offererade fordon och chaufförer ska finnas tillgängliga. Dessa uppgifter framgår tydligt av förfrågningsunderlaget.

Som exempel kan nämnas den statistik som anges i bilaga TB placeringsområde Nordvästra Skåne område 1, se punkt 1.3. Vidare innehåller varken förfrågningsunderlaget eller tillhörande avtal förbud för entreprenörerna att merutnyttja fordon till annan trafik. Entreprenörerna erbjuds vidare att under avtalet välja kommunikationslösning enligt vad som beskrivs i bilaga TB punkt 3. Det fria valet av kommunikationslösning mellan systemen möjliggör ett merutnyttjande. Anbudsgivarna kan med hjälp av statistiken i förfrågningsunderlaget beräkna olika scenarier beroende på val av lösning kopplat till kommunikation och styrning av fordon, samt merutnyttjande i privat trafik då fordonen inte är schemalagda eller låsta till köruppdrag för Skånetrafiken.

Flexbuss har ytterligare anfört följande. Prissättningsmodellen är allt annat än klar, tydlig och förenligt med grundläggande upphandlingsrättsliga principer. Att så är fallet framgår dessutom tydligt av den stora spridningen mellan offererade anbudspriser, vilka redovisats i utvärderingsrapporten till tilldelningsbeslutet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har i en upphandling stor frihet när det gäller val och utformning av utvärderingsmodell. Även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att LOU och de bakomliggande EU-rättsliga principerna inte träds för när. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas (RÅ 2002 ref. 50).

Av transparens- och likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Flexbuss har gjort gällande att det aktuella förfrågningsunderlaget inte uppfyller kravet på transparens då prissättningsmodellens utformning omöjliggör för anbudsgivaren att avge ett konkurrenskraftigt anbud. Vidare anser Flexbuss att förfrågningsunderlaget strider mot likabehandlingsprincipen då befintliga leverantörer och leverantörer som inte kalkylerar med lagstadgade skatter och avgifter i sina anbudskalkyler gynnas. Region Skåne har å sin sida anfört att då upphandlingen avser serviceresor är det de enskilda som styr efterfrågan. Den osäkerhet som råder beträffande det slutliga antalet körningar hänger således samman med den aktuella tjäns-

tens natur. Prissättningsmodellen har utförligt redovisats i förfrågningsunderlaget och vidare har Skånetrafiken bifogat historisk statistik över resandet. Kravet är transparent och gäller för alla.

Region Skåne har valt att tillämpa en prissättningsmodell som innebär att anbudsgivarna har att ange ett kilometerpris per offererat fordon. Skånetrafiken har vidare rätt att kräva en genomsnittlig tillgänglighet på mellan åtta och tio timmar per vardagsdygn avseende ordinarie fordon. Någon garanti för att köruppdrag erbjuds under dessa tio timmar ges inte. I stället garanterar Skånetrafiken att ordinarie fordon är belagda med betalda uppdrag med minst 52 procent av den totala körsträckan utslaget på en kalendermånad. I bilaga till förfrågningsunderlaget har den upphandlande myndigheten redovisat statistik avseende perioden november 2012 till oktober 2013 avseende resor, fordonspark och produktion. Det framgår vidare hur stor andel av kunderna som reser med rullstol, liggandes på bår, som är i behov av bärhjälp/trappklättrare samt vilka som är gående. Förvaltningsrätten kan konstatera att den valda prissättningsmodellen innebär att det föreligger ett visst mått av osäkerhet beträffande det slutliga antalet körningar, vilket innebär att anbudsgivaren i viss mån får uppskatta omfattningen av köruppdragen när de utformar sina anbud. Förvaltningsrätten finner emellertid att det är rimligt att kräva att en anbudsgivare i viss mån måste prissätta en viss risk och osäkerhet i sina anbud. Det får dock inte ske på bekostnad av att förfrågningsunderlaget inte når upp till kravet på transparens. I den nu aktuella upphandlingen får det, enligt förvaltningsrättens bedömning, anses röra sig om en relativt liten del av det totala beräkningsunderlaget som är osäkert för anbudsgivarna. Anbudsgivarna har dessutom ett visst stöd i den historiska statistik som bifogats förfrågningsunderlaget när de utformar sina anbud. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten därför att det inte är visat att förfrågningsunderlaget, och den däri redovisade prissättningsmodellen, är utformade på ett sådant sätt att anbudsgivarna inte har fått ett tillräckligt underlag för att kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

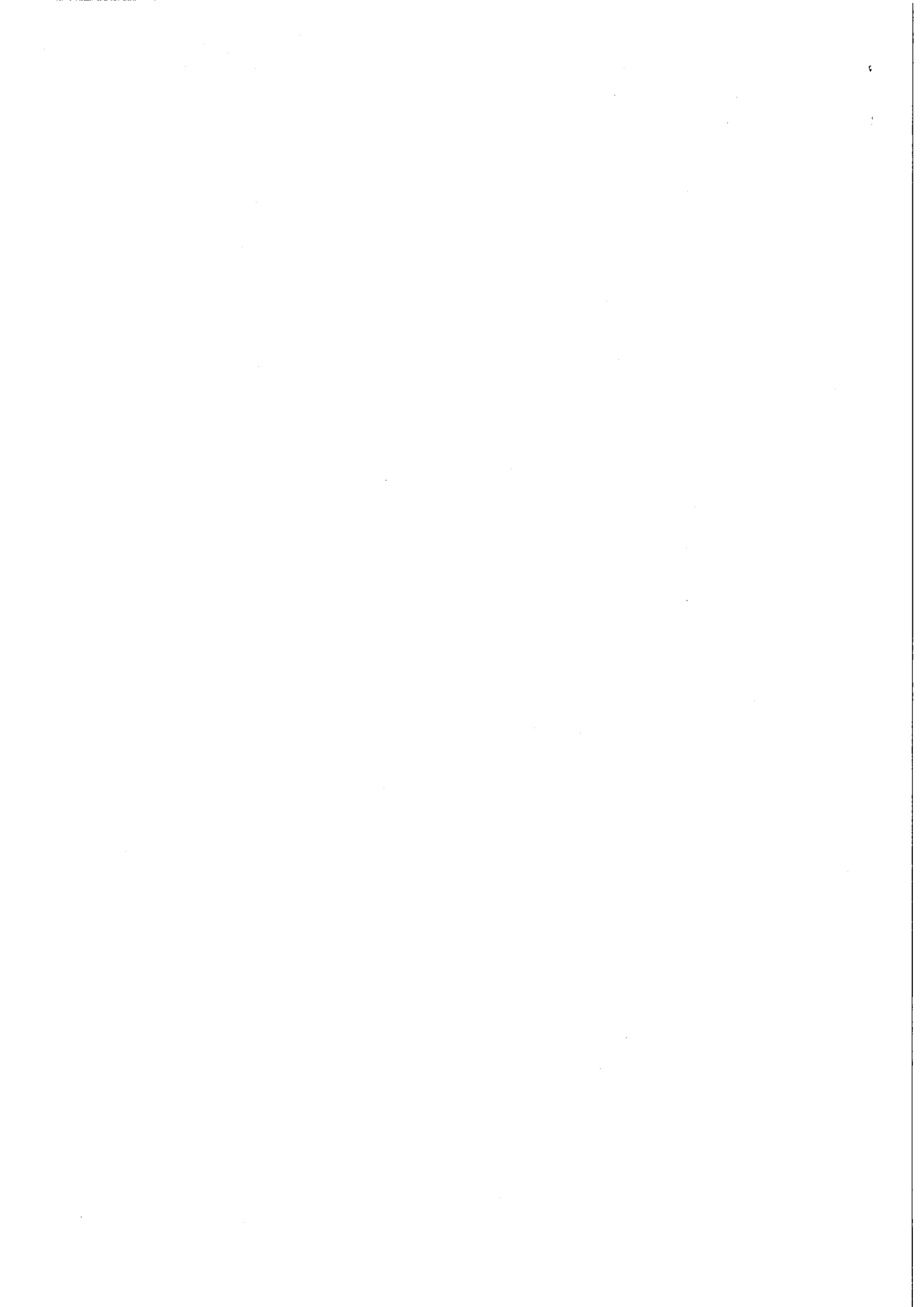
Det har i målet inte heller framkommit annat än att anbudsgivarna har behandlats på samma sätt. Förvaltningsrätten finner därmed att det saknas skäl för ingripande enligt LOU.

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



Håkan Wirén

Målet har föredragits av Marita Ekdahl.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

