



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2010 -02- 25
Meddelad i
Linköping

Mål nr
745-10
Rotel 5

SÖKANDE

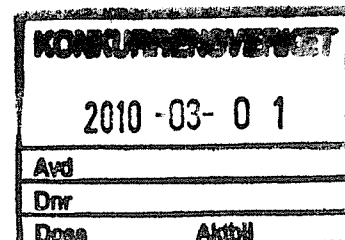
Sebastian Hugo med firma SAM Scandinavia Automotive Molds,
730403-5053
Box 48
930 55 Jörn

MOTPART

Linköpings kommun
581 81 Linköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och fastställer att Linköpings kommuns
upphandling avseende förskolebussar, med Dnr UH-09-60, ska göras om.

Dok.Id 626

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

YRKANDE M.M.

Linköpings kommun (härefter kommunen) genomför en upphandling avseende två stycken förskolebussar (Dnr UH-09-60). Upphandlingen genomförs enligt reglerna för öppen upphandling.

Sebastian Hugo, med firma SAM Scandinavia Automotive Molds (härefter SAM), ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om då de krav som ställts i anbudsunderlaget är utformade på ett icke konkurrensfrämjande sätt. I andra hand yrkas att upphandlingen får avslutas först efter det att rättelse vidtagits. Rättelsen ska bestå i att Linköpings kommun gör en kravspecifikation som är tydlig i konkurrenshänseende.

Kommunen avstyrker bifall till talan.

Länsrätten beslutade den 23 december 2009 genom interimistiskt beslut att kommunens upphandling avseende två stycken förskolebussar, inte får avslutas innan rätten slutligt avgör målet eller förordnar om annat.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Parternas argumentation

SAM anför i huvudsak följande som grund för sin ansökan.

Anbudsunderlaget gör att de som företag är förhindrade att på något sätt låta en seriös upphandling vara förestående. Kommunen har efter riktade frågor från företaget lämnat svar som gör att den ursprungliga orsaken till upphandlingen blir missvisande i stark grad. Kommunens svar har ändrat förutsättningarna för upphandlingen.

SAM har ställt följande fråga till kommunen:

”Avseende samma punkt, 8.3, vill jag ha ett klarläggande vad Ni avser med ”Ny förskolebuss”? Avses med ”Ny förskolebuss” ett fordon som ALDRIG varit tagit i trafik i Sverige eller i annat land? Detta kan kontrolleras via Transportstyrelsen och skall bussen vara ”Ny”, får den EJ ha varit i trafik före Ert sista anbudsdatum? Annars är den ej ny.”.

Kommunen har lämnat följande svar:

”Det finns ingen enhetlig definition på ”Nya fordon” i branschen. Vi tolkar det som att fordonet inte har varit registrerat på någon brukare eller uthyrd till barnomsorgsverksamhet.”.

Med ”nya fordon” avser kommunen alltså ett fordon som inte har varit uthyrd till barnomsorgsverksamheten eller varit registrerad på någon brukare. Detta innebär att säljare som haft sina bussar uthyrda kan ta del av upphandlingen, och sälja en förskolebuss av t.ex. årsmodell 2001, som byggs på en buss som inte varit registrerad på någon brukare men som varit uthyrd till alla branscher utom barnomsorgsverksamheten. I denna upphandling fastställs således inte vad definitionen ”nya fordon” innebär på ett konkurrensfrämjande sätt. Detta är inte en upphandling med konkurrens på lika villkor.

Vidare så är definitionen i kravspecifikationen, ”B. Chassi, punkt B2”, inte klargörande för vilka krav kommunen har på de fordon de upphandlar. I punkten B2 framgår att ”motorn ska i drift, minst klara emissionskraven för EURO V (steg 5)”. – Anbudsupphandlingen är skriven den 26 oktober 2009. Den 1 oktober 2009 började EU-direktivet OBD (Onboard Diagnostic) att gälla som ett lagkrav i Sverige. Det framkommer inte om det är de kraven som gäller i upphandlingen eller om det är något annat, då kommunen i nämnda punkt i kravspecifikationen skrivit ”emissionskraven för EURO V (steg 5)”. – Alla bussar som registreras efter den 1 oktober 2009 måste uppfylla de hårdare OBD-kraven. Detta blir konkurrenshämmande eftersom en uthyrd buss som använts i annan verksamhet än barnomsorg, från t.ex. 2005 som körts ca 500.000 kilometer, kan byggas om till en förskolebuss, och man då kan klara avgaskraven enligt EURO V men inte avgaskraven enligt OBD EURO V som gäller för bussar registrerade efter

den 1 oktober 2009. – SAM har inga frågetecken vad gäller lagkravet som sådant utan frågan är vilka krav kommunen har eftersom det går att bygga om bussar äldre än två år till EURO 5.

Linköpings kommun bestrider SAM:s yrkanden och anför bl.a. följande.

Kommunen yrkar i första hand att länsrätten avvisar ansökan och upphäver det interimistiska beslutet. Kommunen yrkar i andra hand att länsrätten avslår ansökan och upphäver det interimistiska beslutet. Kommun upphandlar två nya, alternativt max två år gamla, förskolebussar för leverans under 2010. Sista anbudsdag i upphandlingen var den 8 december. Inledningsvis kan konstateras att SAM inte lämnat anbud i förevarande upphandling. Kommunen ställer sig även tvivlande till SAM:s status som presumtiv leverantör och därmed berättigad att överklaga förevarande upphandling. Sökande har inte på något sätt visat att han är aktiv som leverantör i den bransch som berörs av upphandlingen. Kommunen anser därför att sökande inte har visat att han är leverantör i den bemärkelse som anges i lagen om offentlig upphandling (LOU). Endast en leverantör kan söka överprövning, kommunen anser att sökande inte har rätt att begära överprövning. – Kompletterande upplysningar i upphandlingen har lämnats den 10 november. Den 7 december har bolaget kontaktat kommunen med frågor. Sista dag att lämna frågor har i handlingarna angivits till 10 dagar innan anbudstidens utgång. De inkomna frågorna har inte heller bedömts vara av den arten att de inverkat på upphandlingen.

Av SAM:s inlägga tolkar kommunen att SAM har två invändningar.

1) Definition av ny förskolebuss

Den definition som lämnats av kommunen avseende ny förskolebuss, har inte bedömts som konkurrensbegränsande, det har gett anbudsgivaren större möjlighet att uppfylla kravet på ny buss. Om kraven för ny förskolebuss

inte uppfylls är anbudet istället att betrakta som en begagnad buss i utvärderingen. Ny buss är således inget kvalificeringskrav, vilket framgår av utvärderingskriterierna 8.3, enär anbudsgivaren även haft möjlighet att lämna anbud avseende begagnad buss. Anbudsgivaren har möjlighet att offerera begagnad buss som inte är äldre än två år räknat från första inregistrering.

2) Krav på motor

Av kravspecifikationen (B2) framgår att förskolebussens motor ska uppfylla emissionskraven för EURO V (steg5). Dessa emissionskrav har varit kända i flera år och fordon som uppfyller dessa krav har funnits på marknaden sedan 2006. Lagen som trädde i kraft den 1 oktober 2009 kräver att fordon som tillverkats efter detta datum måste uppfylla dessa krav. Gränsvärdena gäller för motorer till tunga fordon som tas i bruk från de datum som anges. Alla nya fordon som säljs, registreras eller tas i bruk från detta datum måste uppfylla de nya gränsvärdena. Stopp för typgodkännande av nya motortyper enligt äldre krav inträdde ett år tidigare. Kommun ser inte att detta krav är otydligt. Som stöd för detta bifogas dokumentation från Transportstyrelsen avseende EURO begreppet samt gällande gränsvärden (Bilaga 1-2).

Kommunens krav är förenliga med både LOU och annan gällande lagstiftning. Att upphandlande myndighet har rätt att ställa miljökrav framgår av både LOU och praxis. Att anbudsgivare har rätt att ställa frågor under anbudstiden följer av både lag och praxis. Kommunen är då skyldig att besvara de inkomna frågorna samt skicka ”frågor och svar” till samtliga som begärt ut förfrågningsunderlaget. Kommunen har förfarit på detta helt korrekta sätt. Kommunens svar bryter inte på något sätt mot någon av de principer som styr offentlig upphandling. – Kommunen anser att upphandlingen genomförts i enlighet med lagen om offentlig upphandling. Förfrågningsunderlaget, inklusive ”frågor och svar”, anger tydligt hur kommunen

ska utvärdera inkomna anbud och kommunen utvärderar inkomna anbud på det sätt som angivits i förfrågningsunderlaget. Samtliga anbudsgivare har och kommer att behandlas lika och objektivt.

SAM genmäler bl.a. följande. SAM har sedan 1997 arbetat med tyngre fordon i vikter 4-32 tons totalvikt med på- och ombyggnation som entreprenör eller egna arbeten. Som upplysning härom medföljer senaste anbudsunderlag avseende upphandling av förskolebuss i Malmö kommuns regi.

Förfrågningsunderlaget

Av utvärderingskriterierna, punkt 8.3, framgår följande:

Ekonomiskt mest fördelaktiga anbud kommer att antas.

Ny förskolebuss levererad vecka 1006. Utvärderingspris=Anbudspris reducerat med 150 000 kr.

Ny förskolebuss levererad vecka 1031. Utvärderingspris=Anbudspris.

Begagnad (max 1 år vid anbudsdatum) förskolebuss levererad vecka 1006. Utvärderingspris = anbudspris + 150 000 kr.

Begagnad (max 1 år vid anbudsdatum) förskolebuss levererad vecka 1031. Utvärderingspris = Anbudspris + 300 000 kr.

Begagnad (max 2 år vid anbudsdatum) förskolebuss levererad vecka 1006. Utvärderingspris = Anbudspris + 350 000 kr.

Begagnad (max 2 år vid anbudsdatum) förskolebuss levererad vecka 1031. Utvärderingspris = Anbudspris + 500 000 kr.

Av kravspecifikationen, B.2 (Chassi), framgår följande:

Motorn skall i drift, *minst* klara emissionskraven för EURO V (steg 5).

Frågor och svar

Av ”Frågor och svar” framgår bl.a. följande:

Fråga

”Avseende samma punkt, 8.3, vill jag ha ett klarläggande vad Ni avser med ”Ny förskolebuss”? Avses med ”Ny förskolebuss” ett fordon som ALDRIG varit tagit i trafik i Sverige eller i annat land? Detta kan kontrolleras via Transportstyrelsen och skall bussen vara ”Ny” får den EJ ha varit i trafik före Ert sista anbudsdatum? Annars är den ej ny.”

Svar

”Det finns ingen enhetlig definition på ”Nya fordon” i branschen. Vi tolkar det som att fordonet inte har varit registrerat på någon brukare eller uthyrd till barnomsorgsverksamhet.”

Lagtext

Av 1 kap 9 § LOU framgår 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 iakttas.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas 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 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 RÅ 2002 ref. 50 har Regeringsrätten uttalat bl.a. följande. 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 enheten 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 mest ekonomiskt fördelaktigt antas, vilket också följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsägbarhet och transparens.

Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 28 mars 2006, mål nr 344-06, uttalat bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget är så klart och tydligt att en

leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt, även om de inte därmed exakt kan avgöra hur de ska utforma sitt anbud för att senare vid prövning rangordnas som den som bäst uppfyller kriterierna i utvärderingsmodellen. De gemenskapsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling har därmed tillgodosetts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Talerätt

Kommunen har gjort gällande att bolaget inte har rätt att begära överprövning. Som skäl härför har kommunen anfört *dels* att det är tveksamt om bolaget kan ses som presumtiv leverantör då det av handlingarna i målet inte framgår att bolaget är leverantör i aktuell bransch *dels* att bolaget inte lämnat anbud i aktuell upphandling.

SAM har anfört att företaget sedan 1997 arbetat med tyngre fordon i vikter 4-32 tons totalvikt med på- och ombyggnation som entreprenör eller egna arbeten. Som upplysning härom har SAM åberopat senaste anbudsunderlag avseende upphandling av förskolebuss i Malmö kommuns regi. – Förvaltningsrätten finner att det får anses framgå av handlingarna i målet att SAM är verksam inom den för i målet aktuella branschen.

Vidare omfattas inte endast leverantörer, som ansökt om att få delta i anbudsgivning eller anbudsgivare, av den krets som kan ansöka om överprövning. Begreppet leverantör omfattar varje leverantör som haft intresse av att tilldelas kontrakt. Detta innebär att leverantörer, som trots att de inte lämnat anbud, ändå kan begagna sig av överprövningsinstitutet (jmf C-26/03, Stadt Halle mot TREA Leuna). Det räcker med att en leverantör kan

visa att det finns risk för skada på grund av överträdelse mot LOU, för att anhängiggöra ett överprövningsärende.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad som framkommer i målet får anses visa att SAM har talerätt.

Begreppet "ny buss"

All upphandling enligt LOU ska göras affärsmässigt och med utnyttjande av all tillgänglig konkurrens. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas objektivt. För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det ska ske på lika villkor, krävs ett tydligt och förutsebart förfrågningsunderlag.

Kommunen har i "svar på frågor" anfört att som ny buss räknas fordon som inte varit registrerat på någon brukare eller uthyrd till barnomsorgs- verksamheten. Kommunens tolkning av begreppet "ny buss" går inte att utläsa av punkten 8.3 i utvärderingskriterierna. Det råder således en diskrepans mellan förfrågningsunderlaget och kommunens tolkning av densamma. Risker för att en leverantör kan komma att tolka begreppet annorlunda och därmed lida skada är påtaglig. Förfrågningsunderlaget är vare sig tydligt eller förutsebart vilket följaktligen påverkar konkurrensmöjligheterna negativt. – Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av anförda att bolaget genom Kommunens förfarande i vart fall riskerat att lida skada.

Krav på motor

Kommunen har i kravspecifikationen anfört att "Motorn skall i drift, *minst* klara emissionskraven för EURO V (steg 5)". Kommunen har i och med denna formulering öppnat upp för leverantörer att erbjuda bussar som registrerats såväl före som efter den 1 oktober 2009. Kommunen har i och med detta möjliggjort för fler leverantörer att delta i upphandlingen. Förfrågningsunderlaget

är i denna del tydligt och förutsebart. Kommunens krav bedöms inte som konkurrenshämmande. – Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av anförda att SAM i denna del inte har åberopat tillräckliga skäl för bifall till sin talan.

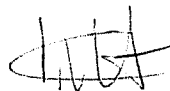
Skada och åtgärd

Förvaltningsrätten finner att SAM genom kommunens förfarande, i den del som avser definitionen av begreppet ”ny buss”, i vart fall riskerat att lida skada. De brister som kunnat konstateras i aktuell upphandling är kopplade till förfrågningsunderlaget och är därmed hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Rättelse kan därför inte anses vara en lämplig åtgärd. De konstaterade bristerna är sådana att upphandlingen ska göras om.

Sammanfattning

I målet har framkommit brister i förfrågningsunderlaget som utgör skäl att besluta om åtgärder med stöd av 16 kap. 2 § LOU. Ansökan ska bifallas på sätt att upphandlingen ska göras om.

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



Katherine Lobos Vásquez
Förvaltningsrättsfiskal



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.