


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

 Enhet 1
 Nickolina Hamrin Lönkvist

DOM

 2013-06-20
 Meddelad i
 Jönköping

 Mål nr
 428-13
 Fiskal 1:4

SÖKANDE

 Trafikbolaget Carlstens i Bodafors AB, 556172-8220
 Box 224
 571 23 Nässjö

MOTPART

 Aneby kommun
 Box 53
 578 22 Aneby

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-06-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att utvärderingen ska göras om. Vid utvärderingen ska endast beaktas anbud som uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav.

DOMENS INNEHÅLL

Den här domen är indelad i följande avsnitt

- Bakgrund – en redogörelse för upphandlingen
- Yrkande – hur sökanden vill att förvaltningsrätten ska döma
- Vad parterna anför i förvaltningsrätten
 - Parternas anföranden är indelade i underrubriker
- Skälen för förvaltningsrättens avgörande

BAKGRUND

Aneby kommun genomför en upphandling avseende skolskjuts. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU. I tilldelningsbe-

Dok.Id 101843

Postadress
 Box 2201
 550 02 Jönköping

Besöksadress
 Hamngatan 15

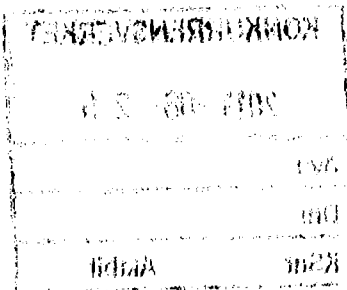
Telefon
 036-15 66 00

E-post:
 forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
 www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
 036-15 66 55

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

slut som meddelades den 21 januari 2013 beslutade Aneby kommun (kommunen) att anta Aneby Buss och Taxi AB (Aneby Buss) som leverantör. Som grund för beslutet anfördes att Aneby Buss hade lämnat anbudet med det lägsta priset.



YRKANDE

Trafikbolaget Carlstens i Bodafors AB (Carlstens) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet från Aneby Buss inte beaktas samt att ett nytt tilldelningsbeslut fattas där upphandlingskontraktet tilldelas Carlstens.

Kommunen bestrider Carlstens ansökan om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Carlstens

Alternativa anbud

Av punkt 6.1 i upphandlingsföreskrifterna framgår det att kommunen inte accepterar alternativa anbud. Detta innebär att ett anbud som innehåller ett alternativt anbud ska uteslutas redan i kvalificeringsfasen. I bilagan Erbjudna priser framgår det att antalet platser ska anges för de fordon som anbudet avser. Av bilagan med erbjudna priser som inlämnats av Aneby Buss har antalet platser vid ett antal turer angetts till ett lägre antal än vad som efterfrågas enligt följande.

Tur 1	Antal elever 24	Erbjudet fordon innehåller 22 platser
Tur 2	Antal elever 36	Erbjudet fordon innehåller 19 platser

Tur 6	Antal elever 10	Erbjudet fordon innehåller 8 platser
Tur 13	Antal elever 32	Erbjudet fordon innehåller 30 platser
Tur 14 a	Antal elever 9	Erbjudet fordon innehåller 8 platser
Tur 18	Antal elever 18	Erbjudet fordon innehåller 16 platser
Tur 19	Antal elever 27	Erbjudet fordon innehåller 19 platser
Tur 26	Antal elever 25	Erbjudet fordon innehåller 22 platser
Tur 37	Antal elever 11	Erbjudet fordon innehåller 10 platser
Tur 38	Antal elever 22	Erbjudet fordon innehåller 19 platser
Tur 44	Antal elever 31	Erbjudet fordon innehåller 19 platser

Med hänvisning till ovanstående differenser på, av kommunen, efterfrågade antal platser per fordon och tur och antalet platser som Aneby Buss har erbjudit i sitt anbud får det lämnade anbudet anses utgöra ett alternativt anbud som enligt punkten 1.6 i förfrågningsunderlaget inte är tillåtet.

Aneby Buss anbud borde därmed inte ha gått vidare till utvärderingen utan förkastats redan i kvalificeringsfasen. Med anledning av detta ska förvaltningsrätten förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet från Aneby Buss inte ska beaktas.

Skall-krav

Av lämnat anbud från Aneby Buss framgår det att inte alla skall-krav enligt förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Av punkt 3.2.8 framgår det att det ska finnas sittplatser till samtliga elever. I punkt 3.2.3 står det dessutom att fordonet ska vara väl anpassat för de resandes säkerhet och bekvämlighet. Enligt redovisningen ovan framgår det tydligt att antal elever per tur inte stämmer överens med det fordon som erbjuds och antalet platser i detta. Detta är faktorer som har en klar inverkan på de resandes säkerhet och bekvämlighet, om fordonet framförs med stående resande.

Kommunen anför att Aneby Buss uppfyller samtliga ställda skall-krav med hänvisning till att de har bekräftat detta genom att kryssa i rutan i anbudsformuläret och undertecknat anbudet. Trots detta har kommunen velat ha uppgift om antal elever som erbjudet fordon rymmer. Att fordon som erbjuds också har utrymme för antal elever som respektive tur kräver tolkar Carlstens som ett krav från kommunen. Skulle det räcka med att kryssa i rutan för att uppfylla detta krav skulle rutan med hur många platser som respektive fordon rymmer inte efterfrågas. Kommunen anför vidare att det inte föreligger något krav på att anbudsgivaren ska klara respektive tur med ett fordon. I förfrågningsunderlaget finns det inte angivet att detta skulle vara möjligt eller acceptabelt från upphandlarens sida. Påståendet strider också mot kravet på en miljöplan som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Av punkt 2.6 i miljöplanen anges att det ska finnas rutiner för att minska bränsleförbrukning och utsläpp av växthusgaser. Att transportera elever med flera fordon per tur strider uppenbarligen mot dessa krav. Bränsleförbrukning och utsläpp av växthusgaser har ett direkt samband med hur många fordon som krävs för varje tur.

Kommunens svar kan också tolkas på så sätt att Aneby Buss har fått tillgång till uppgifter av kommunen angående antal elever per tur, som övriga anbudslämnare inte har haft tillgång till. Denna information har i så fall varit direkt avgörande för de svar som Aneby Buss lämnat om antal elever varje fordon rymmer samt varje tur kräver. Detta kan tyda på att anbudsgivarna inte har behandlats lika och skulle således strida mot likabehandlingsprincipen av vilken det framgår att ingen anbudsgivare får särbehandlas. Kommunen har i sitt yttrande angett att förfrågningsunderlaget har varit otydligt i sin utformning men att detta inte har påverkat utfallet. Carlstens anbud bygger på den storlek av fordon som efterfrågas per tur. Hade Carlstens haft tillgång till de uppgifter som Aneby Buss tydligen haft eller fått av kommunen hade kostnaden per tur kunnat reduceras högst vä-

sentligt i det lämnade anbudet vilket betyder att det har påverkat utfallet av upphandlingen.

Skada

Att lämna pris på kommunens upphandling på det sätt som Aneby Buss har gjort har varit helt avgörande för prissättningen av deras anbud. Aneby Buss har kunnat räkna med betydligt lägre kapital- och driftskostnader eftersom storleken av efterfrågade fordon kraftigt avviker från vad kommunen efterfrågade i förfrågningsunderlaget. Carlstens har i sitt anbud beräknat sina lämnade priser på högre kapital- och driftskostnader. Det framstår i den aktuella situationen därför inte som osannolikt att anbudet från Carlstens skulle varit annorlunda om kravet på antal platser på fordonen varit lägre än vad kommunen krävde i upphandlingen.

Brister i Carlstens anbud

Kommunen har i sitt yttrande angett att Carlstens tillstånd som efterfrågas i förfrågningsunderlaget skulle vara ogiltigt. I punkten 2.3 i förfrågningsunderlaget anges att kopior på de tillstånd som krävs ska bifogas. Det finns inget krav i förfrågningsunderlaget på när tillstånden ska vara utfärdade eller att de inte får vara äldre än ett visst datum. Carlstens har bifogat sitt trafikillstånd som utfärdades när företaget fick sitt tillstånd och som fortfarande gäller och är aktuellt för bolaget. Att tillståndet innehåller en trafikansvarig person som heter Rune Carlsten är ett direkt felaktigt påstående av kommunen. Carlstens har till sitt anbud bifogat en skrivelse från Länsstyrelsen där det framgår att Carlstens innehar efterfrågade tillstånd. Av skrivelsen framgår också att Rune Carlsten inte längre finns med utan har ersatts av nya aktuella nu verksamma personer i bolaget.

Kommunen gör först efter att Carlstens har ansökt om överprövning av upphandlingen en ny prövning av ett redan godkänt anbud och underkänner då inlämnade handlingar. Samma handlingar godkändes vid den tidi-

gare upphandlingen den 22 november 2011 av kommunen utan några kommentarer.

Aneby kommun

Det har inte förelegat grund för att utesluta Aneby Buss vid kvalificeringen av inkomna anbud. Kommunen har således inte brutit mot LOU på sätt som Carlstens påstår, grund för ingripande enligt LOU föreligger inte. Skulle förvaltningsrätten finna att kommunen har brutit mot LOU på sätt som Carlstens gör gällande saknas grund för ingripande enligt LOU eftersom Carlstens inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav och kan därför inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Det är i det aktuella fallet fråga om en avslutad upphandling varför skadan måste vara konkret för att ett ingripande enligt LOU kan bli aktuellt. Carlstens måste alltså ha lidit skada på grund av att kommunen har beaktat Aneby Buss anbud trots att det innehåller påstådd brist. Kommunens påstående om att Carlstens inte uppfyller samtliga skall-krav måste prövas inför ställningstagandet om Carlstens har lidit en konkret och verklig skada, jmf Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012 mål nr 924-12. Finner förvaltningsrätten att Carlstens anbud inte uppfyller uppställda skall-krav på sätt som följer nedan ska förvaltningsrätten avslå Carlstens ansökan om överprövning på grund av att Carlstens inte uppfyllt skaderekvisitet som följer av LOU 16 kap. 4 §. Det saknas vidare principiell betydelse för denna bedömning om det är fråga om ett och samma skall-krav även om det blir särskilt tydligt när det är fråga om ett och samma skall-krav.

Alternativa anbud

Aneby Buss har inte lämnat alternativa anbud. Med alternativa anbud avses att en anbudsgivare lämnar ett anbud innehållande olika alternativa utföranden. Aneby Buss har endast lämnat ett anbud, utan alternativa utföranden.

den. Grund för ingripande enligt LOU på grund av Carlstens påstående om alternativa anbud föreligger inte.

Skall-krav

Carlstens anför vidare att Aneby Buss inte har uppfyllt alla ställda skallkrav. Detta är felaktigt. Aneby Buss har accepterat samtliga krav i upphandlingen genom att kryssa i den rutan i anbudsformuläret samt genom att underteckna anbudet. Genom detta har Aneby Buss accepterat och bekräftat att de transporter som Aneby Buss offererar kommer att erbjuda sittplatser till samtliga elever. Kravet att samtliga elever ska ha sittplats siktar, precis som Carlstens antyder bl.a. till elevernas säkerhet. Kravet siktar till de verkliga förhållandena men siktar inte till att bussarna ska ha viss storlek. För det fall en anbudsgivare har en fordonspark som exempelvis endast består av fordon som erbjuder 22 platser men viss tur i upphandlingen har 44 stycken skolskjutsberättigade elever ska sittplatskravet inte hindra att sådan anbudsgivare använder två fordon för att klara av behovet. Det finns således inget krav på att anbudsgivaren ska klara respektive tur genom ett fordon på sätt som Carlstens förefaller göra gällande. Kravet är att erbjuda samtliga elever egen sittplats. Kommunen har genom att inte ha särskilt krav avseende fordonens storlek velat öppna för största möjliga konkurrens och ge marknadens aktörer ett större spelrum att kalkylera fram bästa möjliga anbud utifrån sina egna förutsättningar. Samtliga anbud, däribland Aneby Buss har uppfyllt de skallkrav som uppställs i upphandlingen och har kvalificerats till utvärderingen. Detta förfarande är helt i enlighet med LOU och grund för ingripande saknas. Kommunen har viss förståelse för att Carlstens har uppfattat förfrågningsunderlaget på sätt som görs gällande eftersom förfrågningsunderlaget i denna del skulle kunna missuppfattas. Av RÅ 2002 ref 50 kan även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de grundläggande principerna inte har åsidosatts. Den eventuella brist som Carlstens indirekt har

pekat på har dock inte påverkat utfallet av upphandlingen och något åsidosättande av de grundläggande principerna har inte heller skett.

Det som har åsyftats i punkten 3.2.8 i förfrågningsunderlaget är att samtliga elever ska ha sittplats, dvs. kommunen har velat undvika att elever ska tvingas stå i bussarna pga. platsbrist. Detta är viktigt ur ett säkerhetsperspektiv. Kommunen har aldrig med skrivningen försökt att skapa ett skallkrav innebärande att endast ett fordon får nyttjas per tur och förfrågningsunderlaget anger inte heller att ett sådant krav finns. Kommunen är därför av uppfattningen att det hade stridit mot förfrågningsunderlaget och LOU om Aneby Buss anbud hade förkastats på sätt som Carlstens gör gällande att kommunen rätteligen skulle ha gjort. Det står i direkt strid med principen om transparens att tillämpa dolda skallkrav, dvs. krav som inte uttryckligen framgår av förfrågningsunderlaget.

Kommunen tillbakavisar påståendet om att Aneby Buss fått tillgång till uppgifter som inte övriga anbudsgivare fått, alla anbudsgivare har behandlats lika. De eventuella otydligheter som belastar förfrågningsunderlaget har inte påverkat resultatet upphandlingen. Alla anbudsgivare har att välja strategi före det att ett anbud inges och i upphandlingen är det tydligt att de olika anbudsgivarna valt olika strategier för att lämna det mest fördelaktiga anbudet, vilket är fullt tillåtet så länge anbudet uppfyller aktuella skallkrav. Förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt och grund för ingripande enligt LOU saknas.

Brister i Carlstens anbud

Av punkt 2.3 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivande företag ska inneha samtliga erforderliga tillstånd och godkännande från myndigheter för utförande av transportuppdraget. Anbudet ska innehålla kopior på de tillstånd som krävs. Carlstens har redovisat en kopia av trafiktillstånd från den 14 juli 2008 utfärdat av Länsstyrelsen i Jönköping. Som trafikant-

svarig anges Rune Carlsten. Intyget är inte giltigt vilket innebär att Carlstens anbud inte innehåller kopior av de tillstånd som krävs. Det är nu Transportstyrelsen, inte länsstyrelsen, som utfärdar trafik tillstånd. Rune Carlsten som är angiven som trafikansvarig arbetar inte heller längre på Carlstens. Carlstens anbud uppfyller inte skall-kravet i punkt 2.3 i förfrågningsunderlaget. Anbudet skulle därför rätteligen ha förkastats då anbudet inte motsvarar de kriterier som uppställs i förfrågningsunderlaget. Då upphandlingen är avslutad kräver skaderekvisitet enligt gällande praxis att det ska vara fråga om en konkret och reell skada. Någon sådan skada har inte Carlstens lidit eftersom de inte uppfyller samtliga skall-krav. Skulle förvaltningsrätten finna att varken Carlstens eller Aneby Buss uppfyller skallkraven har likabehandlingsprincipen ändå inte överträtts eftersom kommunen har godtagit båda anbuden. Aneby Buss tilldelades kontraktet eftersom de offererade ett lägre pris än Carlstens. Det råder således inte något orsakssammanhang mellan den eventuella överträdelsen av LOU och det faktum att Carlstens inte har tilldelats kontraktet. Om förvaltningsrätten – trots Kammarrättens i Stockholms avgörande – skulle anse sig förhindrad att beakta påtalade brister i Carlstens anbud och således bifalla Carlstens ansökan om överprövning, skulle detta leda till ett resultat som strider mot syftet med upphandlingsreglerna och står i tydlig kontrast med varje rimlig definition av rättvisa. Om valet står emellan två företag som inte uppfyller skallkraven skulle ett bifall till Carlstens ansökan om överprövning endast innebära att det företag som offererat det högsta priset tilldelas kontraktet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 16 kap. 6 och 4 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leveran-

tör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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.

Utredningen

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

3.2.8 Sittplatser

Fordon som används för skolskjutstrafik ska ha sittplatser till samtliga elever.

Av bilaga till förfrågningsunderlaget "Slutgiltigt underlag skolskjuts 2012 skola till skola" anges bl.a. följande.

I del 1, obligatoriska skolan anges bl.a. det totala antal elever som omfattas av varje tursträckning.

I del 2, övriga transporter.

Anbudsgivarna ska fylla i nedan angivna rutor.

Körsträcka/dag i genomsnitt	Körsträcka/skolor (178 dagar)	Erbjudet kilometerpris	Kostnad/år	Erbjudet fordon innehåller antal platser
-----------------------------	-------------------------------	------------------------	------------	--

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.

Inledningsvis konstateras att förevarande mål har uppkommit genom en ansökan av Carlstens, vars anbud har utvärderats av Aneby kommun. Prövningen i målet omfattar därmed inte i vad mån Carlstens anbud uppfyller samtliga skall-krav. Det som har anförts i detta avseende kan därför inte föranleda någon prövning från förvaltningsrättens sida inom ramen för nu aktuellt mål (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 april 2012 i mål nr 1301-12).

Carlstens har bl.a. anført att Aneby Buss inte uppfyller samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget och att Aneby Buss därför ska uteslutas ur upphandlingen. Av de upphandlingsrättsliga principerna följer att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen utan istället förkastas.

Av punkten 3.2.8. i förfrågningsunderlaget framgår att Aneby kommun ställt upp ett krav på att fordon som används för skolskjutstrafik ska ha sittplatser till samtliga elever. I bilaga till förfrågningsunderlaget anges det totala antalet elever som omfattas av varje tursträckning och anbudsgivarna har att ange antalet platser som erbjudet fordon innehåller.

Carlstens har framfört att det vinnande anbudet inte uppfyller skall-kravet i förfrågningsunderlaget om att samtliga elever ska ha sittplats. Detta eftersom antalet elever per tur inte stämmer överens med det fordon som erbjuds och antalet platser i detta. Kommunen har anført att Aneby Buss har accepterat samtliga krav i upphandlingen genom att kryssa i den rutan i anbudsformuläret samt genom att underteckna anbudet. Kommunen menar att genom detta har Aneby Buss accepterat och bekräftat att de transporter som Aneby Buss offererar kommer att erbjuda sittplatser till samtliga ele-

ver i enlighet med det uppställda kravet om att erbjuda samtliga elever egen sittplats.

Förvaltningsrätten noterar att Aneby Buss i sitt anbud vid flera tursträckningar har erbjudit fordon som, mot bakgrund av vad som framgår i bilagan till förfrågningsunderlaget om uppgivet antal elever som omfattas av tursträckningen, inte uppfyller skall-kravet om att samtliga elever ska ha sittplats. Med beaktande härav kan konstateras att Aneby kommun inte har utvärderat Aneby Buss i enlighet med skall-kravet i förfrågningsunderlaget och därigenom brutit mot likabehandlingsprincipen. Vad kommunen har anfört i detta avseende föranleder inte någon annan bedömning. Nämnda förfaringssätt har haft betydelse för utvärderingen av de anbud som har lämnats i upphandlingen. Carlstens, som kom på andra plats i tilldelningsbeslutet, har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det finns vissa brister i kommunens utvärdering av anbudet från Aneby Buss, vilket har lett till att Carlstens har lidit eller riskerat att lida skada samt att det därmed finns grund för att förordna om ingripande enligt LOU. Överprövningen avser inte någon felaktighet i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Med beaktande av det som Carlstens har yrkat i målet beslutar förvaltningsrätten att rättelse ska ske genom en ny utvärdering utifrån de skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen får avslutas först sedan sådan har gjorts.

Upplysningsvis anges att förvaltningsrätten i dom denna dag (mål nr 493-13) även prövat en ansökan om överprövning från Thomas Kimmehed AB avseende samma upphandling där förvaltningsrätten avslagit ansökan om överprövning.

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



Kristina Linderöth

