



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-12-03
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3495-15

SÖKANDE

ÖstSmå Taxi, 690123-9472
c/o Janne Ahokas
Storgatan 43 B
591 38 Motala

MOTPART

Kalmar kommun
Upphandlingsenheten
Serviceförvaltningen
Box 611
391 26 Kalmar

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015-12-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 124750

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av mattransporter med ärendebeteckning 2015-28. Upphandlingen genomfördes genom ett öppet förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut den 15 oktober 2015 beslutade kommunen att anta anbudet från Netto Taxi AB.

I skrivelse från kommunen daterad samma dag angav kommunen att anbudet från ÖstSmå Taxi förkastats. Som skäl därför angavs bl.a. följande. Anbudet är lämnat av den enskilda firman ÖstSmå Taxi. Av anbudet framgår dock att det inte är ÖstSmå Taxi som ska utföra uppdraget. Istället ska företrädare för ÖstSmå Taxi och en annan person bilda ett nytt bolag som ska utföra uppdraget för det fall tilldelning sker. Det rör sig överhuvudtaget inte om ett anbud i juridisk betydelse. ÖstSmå Taxi kan inte binda en icke-existerande juridisk person, vilket innebär att något avtal inte uppkommer genom en accept från kommunen. Kommunen kan dessutom inte, inför tilldelning, kontrollera om det kommande bolaget uppfyller de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Anbudet ska därför förkastas. Enligt förfrågningsunderlaget ska nystartade företag lämna CV för personer i företagsledning eller nyckelpersonal. I CV:et ska de viktigaste uppdragen under de senaste tre åren framgå. Personerna ska ha minst tre års erfarenhet av efterfrågade tjänster. De tjänster som efterfrågas i upphandlingen är godstransporter av typen mattransporter. Referensuppdragen för de två nyckelpersonerna som ÖstSmå Taxi angett i sitt anbud avser endast persontransporter. Inga referenser avser mattransporter eller ens andra typer av godstransporter. Kravet är således ej uppfyllt och anbudet ska förkastas även av detta skäl. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren inneha trafiktillstånd. ÖstSmå Taxi åberopar trafiktillstånd som innehas av Hari Herrala. ÖstSmå Taxi har dock inte visat att ÖstSmå Taxi förfogar över Harri Herralas kapacitet, jfr 11 kap. 12 § LOU. Med hänsyn härtill kan Harri Herralas trafiktillstånd inte tillgodoräknas ÖstSmå Taxi. Anbudet ska förkastas även av detta skäl.

ÖstSmå Taxi ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom en ny utvärdering och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

Parterna har anfört bl.a. följande.

ÖstSmå Taxi

Kommunen har förkastat ÖstSmå Taxis anbud på felaktiga grunder. ÖstSmå Taxi är en enskild firma som ägs av Janne Ahokas vars plan är att ombilda bolaget till ett aktiebolag. Det ska inte bildas något nytt bolag utan bolaget ska ombildas och då kommer en annan personen in i bolaget. Därför har även dennes referenser och uppgifter skickats in. Kommunen kan, inför tilldelning, kontrollera att bolaget uppfyller de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Det är således ÖstSmå Taxi som lägger anbud och planen är att ombilda bolaget.

Kommunen har vidare förkastat anbudet då ÖstSmå Taxis lämnade referenser endast avser persontransporter och inte mattransporter eller andra typer av godstransporter. Janne Ahokas har lämnat in CV på flera års erfarenhet inom transport samt de viktigaste uppdragen under de senaste tre åren, där han har haft eget företag inom taxi där det även ingår trafik som bud. Den andra nyckelpersonen som kommer in i bolaget efter ombildningen har lämnat in flera års erfarenhet inom transport. Denne har t.ex. haft eget företag inom taxi i flera år där det även ingår trafik som bud. Man måste bedöma att sådana transporter anses som uppdrag som är liknande de som upphandlingen gäller. ÖstSmå Taxi anser att det är väldigt liten skillnad på att driva taxi jämfört med budverksamhet på grund av att det inom taxi alltid är en del

budtransporter. Det är upp till kommunen om de vill kontakta de företag som anges i de CV:n som skickats in och kontrollera om det körs bud i dessa företag.

Angående att ÖstSmå Taxi inte skulle inneha behövliga tillstånd har ÖstSmå Taxi uppfattat detta krav som att de ska ha tillståndet senast när de ska utföra tjänsten. ÖstSmå Taxi har skrivit att detta ska lösas innan trafikstart. Det är oproportionerligt att kräva in intyg för trafik som vid anbudstiden inte utförs i och med att bolaget är nystartat och att tillstånden innefattar kostnader för anbudsgivaren. Man kan däremot begära att företaget ska ha trafik tillstånd innan trafikstart. ÖstSmå Taxi har meddelat att sådant tillstånd kommer att finnas innan trafikstart. Detta kan jämföras med att kommunen inte begär att leverantören äger de fordon de offererar redan vid anbudstillfället. Man kan inte ha trafik tillstånd och man ej har några fordon enligt Transportstyrelsen.

Kommunen har brutit mot 1 kap. 9 § LOU och försvårat för nystartade bolag att vara med i upphandlingen. ÖstSmå Taxi har lidit skada av detta eftersom bolaget borde ha tilldelats kontraktet på grund av lägst anbudspris.

Kommunen

Kommunen kan inte inför tilldelning kontrollera om det kommande bolaget uppfyller de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Exempelvis kan kommunen inte kontrollera att kraven på ekonomisk kapacitet på sidan 5 i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Vilket eget kapital och övriga ekonomiska förutsättningar det kommande aktiebolaget kommer att ha har ÖstSmå Taxi inte redogjort för, än mindre visat, i sitt anbud. ÖstSmå Taxi anför nu att det inte ska bildas något nytt bolag utan att den enskilda firman ÖstSmå Taxi ska "ombildas" till ett aktiebolag. Kommunen har svårt att förstå ÖstSmå Taxis påstående i denna del. Att "ombilda" en enskild firma till ett aktiebolag innebär per definition att ett nytt aktiebolag bildas.

ÖstSmå Taxi synes nu göra gällande att ÖstSmå Taxi är anbudsgivare för egen räkning men att ÖstSmå Taxis verksamhet, inklusive kontraktet med kommunen, ska överföras till ett nybildat aktiebolag för det fall ÖstSmå Taxi tilldelas kontraktet. Att så skulle vara fallet kan inte utläsas av anbudet. Oaktat det noterar kommunen att det som utgångspunkt står i strid med LOU att tilldela kontrakt till en juridisk person och därefter föra över kontraktet på annan juridisk person. Ett sådant partsbyte utgör en väsentlig och därmed otillåten förändring av kontraktet. Kommunen vill i sammanhanget framhålla Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4847-11.

Det är inte tillräckligt att leverantören, eller angivna nyckelpersoner, har tidigare erfarenhet av persontransporter eller av annan typ av godstransporter. Under alla förhållanden är det den upphandlande myndigheten som avgör om presenterade bevis avseende teknisk kapacitet och yrkesmässig kapacitet är tillräckliga för att kunna utföra uppdraget. ÖstSmå Taxi påstår nu att taxiverksamhet alltid innehåller inslag av godstransporter. Detta påstående bestrids. Av de referensuppdrag som ÖstSmå Taxi angett i sitt anbud för angivna nyckelpersoner; Janne Ahokas och Harri Herrala, kan inte annat utläsas än att dessa endast avser persontransporter. ÖstSmå Taxi påstår nu att såväl Janne Ahokas som Harri Herrala har erfarenhet av godstransporter. Detta påstående bestrids. Huruvida det är de angivna referensuppdragen som påstås ha omfattat godstransporter eller andra uppdrag framgår inte av ÖstSmå Taxis ansökan om överprövning. ÖstSmå Taxi har inte påstått att vare sig Janne Ahokas eller Harri Herrala har erfarenhet av mattransporter eller att de angivna referensuppdragen omfattar sådana transporter. I den mån Harri Herrala skulle ha utfört transporter som fordras för att uppfylla förfrågningsunderlagets krav kan dessa hur som helst inte tillgodoräknas ÖstSmå Taxi. ÖstSmå Taxi har inte visat att bolaget förfogar över Harri Herralas kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU samt vad som anges under rubriken "Åberopande av annans kapacitet på sidan 6 i förfrågningsunderlaget".

ÖstSmå Taxi åberopar trafiktillstånd som ÖstSmå Taxi påstår innehas av Harri Herrala. ÖstSmå Taxi har dock inte visat att Harri Herrala har trafiktillstånd. Inte heller har ÖstSmå Taxi visat att bolaget förfogar över Harri Herralas kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU. Med hänsyn härtill kan Harri Herralas eventuella trafiktillstånd inte tillgodoräknas ÖstSmå Taxi. Att bolaget är beroende av Harri Herralas trafiktillstånd är ostridigt i målet.

Att trafiktillstånd skall innehas redan vid anbudsgivningen måste ha framstått som uppenbart för varje normalt informerad och rimligt omsorgsfull anbudsgivare. Verksamheten får överhuvudtaget inte utföras utan trafiktillstånd. För det fall kommunen skulle tilldela en anbudsgivare utan trafiktillstånd kontrakt och denne sedermera inte erhåller trafiktillstånd kan uppdraget inte utföras. Huruvida trafiktillstånd erhålls eller ej är inte en fråga som anbudsgivaren förfogar över. Transportstyrelsen beslutar i frågor om trafiktillstånd. Det förhållandet att ÖstSmå Taxi angett att det kommande aktiebolaget kommer att ha trafiktillstånd har ingen självständig betydelse.

Syftet med kravet på trafiktillstånd, att anbudsgivarna redan vid anbudstillfället ska ha trafiktillstånd är att kommunen, i största möjliga mån, ska kunna säkerställa att antagen leverantör kommer att kunna utföra uppdraget. Det är inte tillräckligt att en leverantör har för avsikt att ansöka om trafiktillstånd för att detta syfte skall kunna säkerställas. Kommunen kan omöjligen bedöma om Transportstyrelsen kommer att bevilja trafiktillstånd eller ej. Kravet är således en lämplig och effektiv åtgärd för att nå det eftersträvade syftet och nödvändigt för att nå detta syfte då det inte ens är möjligt att säkerställa syftet på annat sätt. Den negativa effekt åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker – att även leverantörer utan trafiktillstånd ska kunna lämna anbud – är självfallet inte oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

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.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår följande. En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

På sidan 5 i förfrågningsunderlaget anges under rubriken "Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet" följande. Leverantören skall ha tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att utföra uppdraget. Som bevis härför skall leverantören styrka sin tekniska kapacitet genom en förteckning över de viktigaste tjänster som utförts under de senaste tre (3) åren. Förteckningen skall bifogas anbudet. För nystartade företag/verksamhet skall CV för

personer i företagsledning eller nyckelpersonal lämnas, samt att han/hon skall ha minst tre (3) års erfarenhet av efterfrågade tjänster. I CV skall de viktigaste uppdragen under de senaste tre (3) åren framgå.

På sidan 6 i förfrågningsunderlaget anges under rubriken "Åberopande av annans kapacitet" följande. Leverantörer som inte själv uppfyller krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet får åberopa annans kapacitet. Leverantören skall då till anbudet bifoga motsvarande bevis avseende den vars kapacitet åberopas samt ett åtagande från den vars kapacitet åberopas som visar att leverantören kommer att förfoga över de åberopade resurserna när kontraktet skall fullgöras.

På sidan 6 i förfrågningsunderlaget anges även under rubriken "Uppfyllande av skall-krav" bl.a. följande. Anbudsunderlaget innehåller ett antal skallkrav. Skall-kraven som är obligatoriska och ingår i kvalificeringsfasen skall vara besvarade och uppfyllda för att anbudet skall kunna gå vidare till utvärderingsfasen. I anbudet skall bekräftas att redovisade skallkrav är uppfyllda.

På sidan 8 i förfrågningsunderlaget anges under rubriken "Trafiktillstånd" följande. Leverantören skall inneha tillstånd för att utföra tjänster enligt denna anbudsfrågan.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Frågan i målet är inledningsvis om kommunen haft fog för att förkasta ÖstSmå Taxis anbud på de grunder som angavs i tilldelningsbeslutet. Den första av dessa grunder är att kommunen ansett att ÖstSmå Taxis anbud får anses ha lämnats av en annan juridisk person och att det således inte rör sig om ett anbud i juridisk betydelse.

Förvaltningsrätten konstaterar att ÖstSmå Taxi i sitt anbud gjort gällande att bolaget kommer att ombildas till ett aktiebolag om/när ett avtal ingås. Detta får enligt förvaltningsrättens mening tolkas så att ÖstSmå Taxis anbud ändå avser den nuvarande enskilda firman.

I Kammarrätten i Göteborgs dom den 8 november 2011 i mål 4847-11 ansåg kammarrätten att den omständigheten att det skett en fusion mellan det bolag som lämnat ett anbud och ett annat bolag efter anbudstidens utgång, men innan tilldelningsbeslutet meddelades, inneburit att den i det målet aktuella kommunen endast bedömt om det första bolaget uppfyllt ställda kvalificeringskrav. Det andra bolaget skulle med detta tillvägagångssätt kunnat erhålla tilldelning i aktuell upphandling, utan att det bolaget först skulle behöva prövas mot de kvalificeringskrav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Ett sådant förfarande stred enligt kammarrättens mening mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar att i kammarrättsfallet ställdes en kommun inför tilldelningsbeslutet inför ett definitivt faktum att det bolag som lämnat anbud inte längre är anbudsgivare. Förvaltningsrätten anser att aktuell situation skiljer sig från den situationen då någon fusion eller ombildning inte inträffat före tilldelningsbeslutet. Kommunen har således inte stått inför något definitivt faktum att den enskilda firman ÖstSmå Taxi inte längre skulle vara anbudsgivare. Att ÖstSmå Taxi beskrivit att bolaget kommer att ombildas till aktiebolag föranleder enligt förvaltningsrättens mening inte nödvändigtvis i sig skäl att förkasta anbudet om inte ÖstSmå Taxis anbud även av andra skäl inte ska tas upp till utvärdering. Förvaltningsrätten övergår därför till att pröva om kommunen ändå haft fog för att utesluta ÖstSmå Taxis anbud mot bakgrund av de andra angivna grunderna för att förkasta anbudet.

Kommunen har vidare ansett att ÖstSmå Taxis anbud inte uppfyller skallkravet att personer i företagsledning eller nyckelpersonal skall ha minst tre års erfarenhet av efterfrågade tjänster på den grunden att de referensuppdrag som ÖstSmå Taxi angett för personer i företagsledning/nyckelpersoner endast avser persontransporter och ej mattransporter eller ens andra typer av godstransporter.

ÖstSmå Taxi har gjort gällande att taxiverksamhet alltid innehåller inslag av godstransporter och att sådana transporter måste anses som uppdrag som är liknande de som upphandlingen gäller. Av de referensuppgifter som ÖstSmå Taxi åberopat framgår att Janne Ahokas och Harri Herrala tidigare utfört trafik som inomkommunal färdtjänst, särskild kollektivtrafik, skolskjuts, länsfärdtjänst och riksfärdtjänst.

Benämningen ”efterfrågade tjänster” i det aktuella skallkravet får enligt förvaltningsrättens mening anses avse sådana mattransporter som beskrivs i upphandlingens kravspecifikation. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framgår uttryckligen i de angivna referenserna att Janne Ahokas och Harri Herrala tidigare arbetat med mattransporter eller någon annan form av godstransporter. De tidigare referensuppdrag som angetts i ÖstSmå Taxis anbud kan enligt förvaltningsrättens mening inte heller anses vara tillräckligt lika det uppdrag som nu upphandlas för att de ska kunna anses utgöra efterfrågade tjänster. Anbudet från ÖstSmå Taxi kan därför inte anses uppfylla aktuellt skallkrav.

Kommunen har även förkastat ÖstSmå Taxis anbud på den grunden att ÖstSmå Taxi inte innehar trafiktillstånd och därmed inte uppfyller skallkravet angående behövliga tillstånd. ÖstSmå Taxi har i denna del gjort gällande dels att ÖstSmå Taxi uppfyller skallkravet, dels att skallkravet är oproportionerligt.

ÖstSmå Taxi har i sitt anbud angett att tillstånd för livsmedelstransport inte finns i nuläget men att ÖstSmå Taxi kommer att ansöka om sådant tillstånd direkt vid vinst av avtal samt att trafik tillstånd kommer att finnas efter att bolaget ombildats till aktiebolag då Harri Herrala kommer in som delägare och han har godkänt prov för trafik tillstånd, vilket finns registrerat hos Transportstyrelsen.

Förvaltningsrätten anser att det aktuella skall-kravet inte kan läsas på annat sätt än att anbudsgivaren redan vid anbudsgivningen ska inneha trafik tillstånd. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att ÖstSmå Taxi inte bifogat bevis för att Harri Herrala har trafik tillstånd och inte heller ett åtagande från Harri Herrala som visar att denne kommer att förfoga över aktuellt tillstånd när kontraktet ska fullgöras. Förutsättningarna för att ÖstSmå Taxi med åberopande av annans kapacitet ska kunna uppfylla skall-kravet är därför enligt förvaltningsrättens mening inte uppfyllda. Det är vidare ostridigt att ÖstSmå Taxi vid tiden för tilldelningsbeslutet inte uppfyllde skall-kravet om trafik tillstånd.

Det aktuella skall-kravet får även anses vara en lämplig, effektiv och nödvändig åtgärd för att nå kravets syfte, att kommunen ska kunna säkerställa att antagen leverantör kommer att kunna utföra uppdraget. Att leverantörer som saknar trafik tillstånd vid anbudsgivandet och som inte heller kan åberopa annans kapacitet inte kan uppfylla skall-kravet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses medföra att skall-kravet är oproportionerligt och det står därmed inte i strid med bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU att tillämpa skall-kravet.

Då ÖstSmå Taxis anbud således inte uppfyller samtliga skall-krav har kommunen inte agerat i strid mot 1 kap. 9 § LOU genom att förkasta anbudet från ÖstSmå Taxi. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Per Hansson

Föredragande: Victor Ericsson