



SÖKANDE

Transdev Sverige AB, 556042-4391

Ombud: Chefsjurist Maria Albanson
Transdev Sverige AB

MOTPARTER

1. Aktiebolaget Östgötatrafiken, 556038-8950

Ombud för 1: Bolagsjurist Jonas Jonsson
Aktiebolaget Östgötatrafiken

2. Grimslövsbuss Aktiebolag, 556143-1999

Ombud för 2: Andreas Karlsson
Grimslövsbuss Aktiebolag

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

KONKURRENSVERKET	
2020-04-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ”*Express- och regionbusstrafik i Östergötland*” (dnr 2018/0547) beträffande anbudsområde REG 1 får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelsen ska bestå i en ny utvärdering vid vilken Grimslövsbuss Aktiebolag inte ska vara kvalificerad för slutlig anbudsutvärdering.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Aktiebolaget Östgötatrafiken (Östgötatrafiken) genomför upphandlingen ”*Express- och regionbusstrafik i Östergötland*” (dnr 2018/0547). Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt LUF med tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån lägsta pris. Vi-

dare är upphandlingen indelad i två olika separata anbudsområden; i) anbudspaket REG 1 och ii) anbudspaket REG 2. Anbudsgivare kan välja att lämna anbud på ett eller båda anbudspaketen. Respektive anbudspaket utvärderas och tilldelas var för sig. Genom tilldelningsbeslut den 30 januari 2020 antogs Grimslövsbuss Aktiebolag (Grimslövsbuss) som leverantör beträffande anbudsområde REG 1.

Transdev Sverige AB (Transdev) ansöker om överprövning av upphandlingen vad gäller anbudsområde REG 1 och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om att upphandlingen i denna del inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att ny utvärdering görs varvid anbudet från Grimslövsbuss inte beaktas. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta om att upphandlingen ska göras om.

Östgötatrafiken bestrider bifall till ansökan.

Grimslövsbuss framställer att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR

Transdev

Under avsnitt 2.2.12, *referensuppdrag*, i ansökningsinbjudan framgår bl.a. att anbudssökanden ska ange ett för upphandlingen relevant referensuppdrag avseende ett pågående eller ett genomfört uppdrag som visar anbudssökandens tidigare erfarenhet av annat liknande uppdrag innefattande allmän kollektivtrafik med buss. Med liknande uppdrag avses tidtabellslagd linjetrafik med buss som till art och omfattning liknar det upphandlande uppdraget.

Under frågor och svar i upphandlingen förtydligade Östgötatrafiken referensuppdragets omfattning på så sätt att oavsett om anbudssökanden avser

att lägga anbud på ett eller två anbudspaket ska åberopat referensuppdrag omfatta minst 35 fordon för att vara godkänt. Denna precisering har formulerats som ett obligatoriskt krav och är tydligt utformat. Om Östgötatrafiken inte haft för avsikt att precisera omfattningen utan enbart ge vägledning om uppdragets storlek borde förtydligandet formulerats på ett annorlunda sätt. Vidare har Östgötatrafiken förtydligat att det är anbudssökandens referenser som efterfrågas. Att tillgodogöra sig en underleverantörs referenser är inte tillåtet (jfr publik fråga 10). Östgötatrafiken lämnade också motsvarande förtydligande såvitt avser samarbete med andra bolag i en anbudssökandes koncern då Östgötatrafiken härvid angav att anbudssökanden kan använda koncernsystkons referensuppdrag under förutsättning att anbudssökanden och koncernsystkonet lämnar en gemensam anbudsansökan och hänvisade till avsnitten 2.2.5–6 i ansökningsinbjudan (jfr publik fråga 12).

Grimslövsbuss har åberopat ett referensuppdrag som avser regionbusstrafik i Kronoberg. Uppdragets omfattning uppgår till 57 bussar med ett avtalsvärde som överstiger 800 miljoner kr. Frågan är huruvida Grimslövsbuss har utfört referensuppdraget ensamt eller tillsammans med koncernsystkon.

Ett yrkestrafiktillstånd reglerar rätten att bedriva yrkesmässig trafik och anger det totala antalet fordon som utövaren har rätt att bedriva trafik med inom ramen för tillståndet. En utövare kan inte lagligen själv utföra trafik med fler fordon än vad som framgår av yrkestrafiktillståndet. Med stöd av sitt trafikillstånd kan Grimslövsbuss bedriva trafik med maximalt 40 fordon. De 27 fordon som Grimslövsbuss äger ryms således inom ramen för trafikillståndet. Däremot kan inte Grimslövsbuss lagligen utföra eller har kunnat utföra referensuppdraget ensamt eftersom åberopat referensuppdraget omfattar 57 bussar. Istället måste referensuppdraget utförts av Grimslövsbuss tillsammans med koncernsystkon eftersom något annat alternativ inte är lagligen möjligt. I detta sammanhang ska även framhåvas att det av

Grimslövsbuss anbudsansökan framgår att nuvarande driftområde och nuvarande verksamhet omfattar såväl tidtabellslagd linjetrafik som skoltrafik, varav linjetrafik utgör 60 procent och skoltrafik utgör 40 procent av uppdraget. Skoltrafik utgör inte tidtabellslagd linjetrafik som efterfrågas i nu aktuell upphandling.

Det vitsordas förvisso att Grimslövsbuss genom tilläggsavtal den 18 april 2013 övertog trafikeringsavtalen som Länstrafiken Kronoberg ingått med Moheda Buss AB respektive Sven Carlsson Trafik AB. I tilläggsavtalet angavs dock att Moheda Buss och Sven Carlsson Trafik agerar som underleverantörer åt Grimslövsbuss. I nu aktuell upphandlingen är det inte tillåtet att tillgodogöra sig underleverantörers referensuppdrag. Grimslövsbuss har således inte haft rätt att åberopa de delar av referensuppdraget som utförs av underleverantörerna, utan en gemensam ansökan måste i sådant fall lämnas. Det tidigare tilläggsavtalet har också ersatts med ett nytt tilläggsavtal. Det nya tilläggsavtalet innebar att trafikeringsavtalet förändrades på så sätt Moheda Buss och Sven Carlssons Trafik återigen blev självständiga avtalsparter gentemot Länstrafiken Kronoberg. Även uppdragsbeskrivningen i avtalet justerade på så sätt att antalet fordon minskades från 54 bussar till 27 bussar för Grimslövsbuss del. Det är på detta sätt avtalsrelationen mellan Länstrafiken Kronoberg och Grimslövsbuss alltjämt ser ut idag. Ur tilläggsavtalet är det inte möjligt att utläsa att Grimslövsbuss förfogar över 54 fordon. Att Grimslövsbuss har åtagit sig att sköta administrationen kring intäktsredovisningen saknar relevans. Grimslövsbuss har således ensamt haft rätt att åberopa endast 27 fordon. Grimslövsbuss uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet under avsnitt 2.2.12 i ansökningsinbjudan på minst 35 fordon. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1011-14 saknar betydelse för prövningen i detta mål.

Grimslövsbuss AB har varken åberopat koncernsyrskonens kapacitet genom en gemensam anbudsansökan (samverkande part) eller i egenskap av underleverantörer. Östgötatrafiken har under frågor och svar angett att det inte är tillåtet att använda koncernsyrskons referensuppdrag om inte en gemensam anbudsansökan lämnas. Slutsatsen blir därmed att Grimslövsbuss AB inte har haft rätt att åberopa det aktuella referensuppdraget. Eftersom Grimslövsbuss inte har uppfyllt obligatoriska krav borde anbudsansökan rätteligen förkastats. Östgötatrafiken har således brutit mot likabehandlingsprincipen genom att kvalificera Grimslövsbuss för att lämna anbud i upphandlingen och Transdev har lidit skada till följd av överträdelsen.

Det av Transdev åberopade referensuppdraget avsåg tidtabellslagd linjetrafik i Linköpings kommun. Referensuppdraget hade en omfattning om 97 fordon, det vill säga nästan tre gånger så stort som det nu aktuella trafikuppdraget. Det har i upphandlingen inte kravställts att referensuppdraget ska omfatta dubbeldäckare. Grimslövsbuss invändningar i denna del saknar således relevans. Transdev uppfyller alltså kraven på referensuppdrag.

Leverantörskvalificering och anbudsutvärdering styrs av olika bestämmelser och får inte sammanblandas. Kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra utvärderingskriterier. Av tilldelningsbeslutet med tillhörande utvärderingsprotokoll i upphandlingen framgår att Grimslövsbuss kallades till möte på grund av att anbudet framstod som onormalt lågt. Vid mötet redovisade Grimslövsbuss sin anbudskalkyl. Av upphandlingsprotokollet framgår dock också att Grimslövsbuss presenterade bärigheten i anbudet avseende sin ekonomiska ställning i förhållande till de investeringar som upphandlat uppdrag kräver. Grimslövsbuss ekonomiska kapacitet ska prövas vid kvalificeringsfasen (jfr avsnitt 2.2.2 i ansökningsinbjudan). Bedömningen av Grimslövsbuss ekonomiska ställning är inte ett utvärderingskriterium.

Det framstår som att utvärderingen i detta hänseende har påverkats av ovidkommande hänsyn. Östgötatrafiken har inte kontrollerat att Grimslövsbuss har ekonomisk kapacitet för uppdraget förrän vid anbudsutvärderingen. Denna prövning skulle rätteligen ha gjorts i kvalificeringsfasen.

Östgötatrafiken

Vid tidpunkten för frågor och svar i upphandlingen var det inte känt exakt hur många fordon som skulle upphandlas för respektive anbudspaket, varför 35 fordon angavs som en ungefärlig uppgift. Förtydligandet beträffande referensuppdragets omfattning ska alltså endast ses som en vägledning om uppdragets storlek och utgör inte ett fixerat obligatoriskt krav. Oavsett om ett uppdrag omfattar 25 eller 45 fordon innefattar uppdraget nämligen i princip komplexitet vad gäller organisation m.m. Att ange en fixerad fordonsnumerär skulle dessutom eventuellt strida mot proportionalitetsprincipen. Det finns en otydlighet mellan kravets ordalydelse och den avsikt som förmedlades genom kraven. Även om en upphandlande enhet inte bortser från ett obligatoriskt krav kan dock en leverantör med annan tolkning, inom vissa ramar, bevisa att ett obligatoriskt krav är uppfyllt. Grimslövsbuss uppfyller under alla omständigheter kravet avseende referensuppdrag.

Grimslövsbuss ingår i Karlssonbussskoncernen tillsammans med Sven Carlssons Trafik och Moheda Buss. Dessa bolag har samma personer på ledande befattningar. Det saknas därför grund för att ifrågasätta kompetensen.

Grimslövsbuss har visat att det förvaltar trafikuppdrag för Länstrafiken i Kronoberg avseende 57 fordon som används i tidtabellslagd linjetrafik. Det av Grimslövsbuss åberopade referensuppdraget upphandlades ursprungligen i tre olika trafikavtal, varav ett avtal tilldelades Grimslövsbuss med 27 bussar och de andra två avtalen till koncernsyskon Sven Carlssons Trafik respektive Moheda Buss avseende ytterligare 30 bussar. Av tilläggsavtal till trafikavtalen framgår dock att Grimslövsbuss, två månader innan trafikstart,

övertog samtliga trafikavtal och gavs uppdraget att bedriva trafiken för hela uppdraget, det vill säga 57 bussar. Grimslövsbuss får därmed anses ha den kompetens som efterfrågas för att kunna bedriva den trafik som är föremål för nu aktuell upphandling. Av omloppsrapporter och meddelande från trafikdirektören för Länstrafiken i Kronoberg framgår vidare att Grimslövsbuss behandlas som huvudman avseende hela uppdraget om 57 bussar. Vid kontroll av det referensuppdrag som Grimslövsbuss åberopat har inget kommit fram som visar att det inte sköter sitt uppdrag.

I samband med tillkomsten av det andra tilläggsavtalet framhölls Grimslövsbuss huvudmannaskap över hela trafikuppdraget där det även fastslås att Grimslövsbuss är ansvarsskyldig gentemot Länstrafiken Kronoberg som om det vore trafikutövarens egen trafik. Eftersom skillnaden mellan att vara ensam ansvarig för trafiken i ett eget avtal eller flera avtal får anses vara försumlig så uppfyller Grimslövsbuss kraven på referensuppdrag. Det faktum att koncernsyskon agerat såsom underleverantör betyder inte att koncernsyskon varit underleverantörer i den bemärkelsen som Transdev gör gällande. Det är Grimslövsbuss som utgjort den huvudsakliga huvudmannen för hela trafikuppdraget om 57 bussar och därmed självständigt haft ansvar för flera funktioner gentemot Länstrafiken i Kronoberg. Det tillbakavisas således att Moheda Busstrafik och Sven Carlsson Trafik därmed skulle ha utgjort underleverantörer i traditionell mening. Då referensuppdraget är avsett att visa en anbudssökandes mognad vad avser organisation, affärsmodell och erfarenhet av storskaligt bedrivande av trafik, får den rättsliga hemvisningen av avtal och fordon anses underordnad den praktiska erfarenheten av att bedriva viss busstrafik. I aktuellt fall finns även avgörande likheter med omständigheterna i Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1011-14, vilket ger ytterligare stöd för att godkänna Grimslövsbuss referensuppdrag. Eftersom vissa funktioner i ett flertal bolag hanteras av samma funktion inom ett av bolagen, eller innehas av en och samma person inom ett av bolagen, kan ett

sådant koncernhorisontellt ansvar åberopas som grund för ett helt referensuppdrag. Domen är relevant för att visa legaliteten i hur Grimslövsbuss löst utförandet av referensuppdraget och att Grimslövsbuss faktiska ansvarar för referensuppdraget.

Vad Grimslövsbuss har angett under punkten 2.2.10.1 d i anbudsansökan ger svar på hur många bussar som omfattas av det trafiktillstånd som uppvisas och som ägs av Grimslövsbuss vid ansökningstillfället. Detta har inget att göra med genomförda referensuppdrag. Det referensuppdrag som Grimslövsbuss hänvisar till omfattar länstrafik för Länstrafiken Kronoberg och omfattar 57 bussar. Utöver detta tillkommer sedan skoltrafikuppdrag med ytterligare 31 fordon. Slutligen har Grimslövsbuss inte åberopat att det avser att använda sig av underleverantörer för att fullgöra av det nu aktuella uppdraget. Då Grimslövsbuss avser att bedriva trafiken i egen regi har det varken haft anledning eller varit tvunget att inkomma med kapacitetsintyg eller lämna gemensam ansökan.

Eftersom Grimslövsbuss anbud föreföll som onormalt lågt begärdes en förklaring till priset med stöd av 15 kap. 7 § LUF. Vid ett möte redovisade Grimslövsbuss att anbudspriset var genomtänkt och tillräckligt för att fullgöra uppdraget med godtagbar marginal till följd av såväl kostnadseffektiva metoder som tekniska lösningar. I utredningen om anbudspriset gjordes en granskning beträffande Grimslövs budget samt hur Grimslövsbuss avsåg att i) fördela kostnader ii) använda sig av metoder eller andra lösningar som kunde förklara anbudssumman och iii) finanserna fordonsinköp. Utredningen visade på att Grimslövsbuss anbud var godtagbart. Någon sammanblandning av kvalificering och utvärdering har inte gjorts i upphandlingen.

Det ska även påpekas att Transdev har åberopat ett referensuppdrag som avser allmän kollektivtrafik i tätort och närområde. Som typ av trafik skiljer sig den tätortstrafiken åt såtillvida att den har andra förutsättning för kör och

vilotider samt andra paragrafer i avtalet, andra turupplägg, andra fordonstyper etc. än den express- och regionbusstrafik som upphandlas. En allt för bokstavlig tolkning av kravet på referensuppdrag skulle alltså kunna innebära att ingen anbudsgivare kvalificeras bl.a. då fordonen som ingår i det upphandlande trafiken är specialtillverkade högfordon.

Grimslövsbuss

Det som krävs i upphandlingen är att anbudssökanden ska visa på att den har erfarenhet av linjelagd kollektivtrafik. Grimslövsbuss har åberopat ett referensuppdrag som uppfyller kraven. Det ska påpekas att ordet avtal inte användas i ansökningsinbjudan beträffande kravet på referensuppdrag. Referensuppdraget ska således enbart bedömas utifrån ett erfarenhetsperspektiv. Vad Transdev anför om Grimslövsbuss ensamt har avtal för referensuppdraget saknar därmed relevans. Även det som framförs om hur trafiktillstånd kan tillämpas är felaktigt.

Vid Länstrafiken Kronobergs upphandling av linjelagd busstrafik inkom Grimslövsbuss tillsammans med koncernsyskonen Sven Carlssons Trafik och Moheda Buss med ett anbud som Länstrafiken Kronoberg sedermera antog med 54 fordonsomlopp. Tydligt är att det redan vid inlämnandet av anbudet hanterades som ett sammanhängande uppdrag av både anbudsgivare och upphandlande enhet. Syftet med detta var enbart att skapa en stark anställningstrygghet för befintligt anställda i respektive bolag. Länstrafiken Kronoberg var tydliga med att anbudet skulle hanteras som ett uppdrag så att tidtabeller kan planeras på bästa vis för resenärer och för att uppnå en så kostnadseffektiv trafik som möjligt. Avtal tecknades inledningsvis enligt denna fördelning men då det inte fanns tekniskt stöd för att samplanera och administrera det som ett uppdrag under flera avtal så som avsågs från start skrevs avtalen om till ett. Grimslövsbuss stod då som ensam avtalspart un-

der den mest kritiska delen av avtalet, det vill säga etablerings- och uppstartsfasen. Efter genomgång av hela uppdragsflödet och tekniska anpassningar fann Länstrafiken Kronoberg lösningar där Grimslövsbuss hanterar hela trafikuppdraget men uppdelat i flera avtal enligt ursprungliga önskemålet. Grimslövsbuss innehar idag entreprenörsnummer 07 med 57 fordonsomlopp. Det ska noteras att även trafikdirektören för Länstrafiken Kronoberg delar denna uppfattning.

Grimslövsbuss har hela tiden varit uppdragstagare mot Länstrafiken Kronoberg. Företagsledning, driftledning, serviceorganisation, trafikansvarig och ägare är desamma i trafikeringsuppdraget och trafiken har planerats som ett uppdrag där fordon och chaufförer växlar över avtalsgränserna men inom trafikeringsuppdraget. Därmed står det klart att Grimslövsbuss visat att det driver ett trafikeringsuppdrag med 57 fordon. Ett uppdrag är det faktiska utförandet av trafik snarare än vilken avtalsstruktur andra trafikhuvudmän använder sig av. I detta fall avses förmågan att se till att rätt antal på bussar anländer vid angivna hållplatser enligt tidtabell. I aktuellt fall har ett sådant uppdrag presenterats. Varje vardag ser Grimslövsbuss till att 57 regionbussar är framkörda vid rätt hållplats för invånarna i Kronobergs län, helt i enlighet med det faktiska syftet med ett referenskrav. Referensuppdraget är således helt i enlighet med de krav som ställdes i upphandlingen. I det aktuella uppdraget har Grimslövsbuss det huvudsakliga ansvaret vilket omfattar, men inte är begränsat till följande: i) avtalsmässig kontakt med trafikhuvudmannen, avtalsfrågor, trafikutveckling etc. ii) ekonomisk redovisning iii) trafikplanering efter givet underlag från Regionen iv) rekrytering för uppdraget v) planering och genomförande av fordonsunderhåll vi) personalfrågor vii) fordonsanskaffning viii) ärendehantering (kundklagomål etc.), rapportering till trafikhuvudman och lönehantering. Därutöver har hela trafikeringsuppdraget samma ägare, vd, ekonomichef, trafikchef, avtalschef, löneadministration, utbildningsansvarig och tillståndshavare av yrkestrafiktillstånd. I praktiken innebär detta att de enda skillnaderna mellan bolagen är vem som står som

fordonsägare, i övrigt faller allt under Grimslövsbuss ansvar. Syftet med att ha flera bolag är kunna erbjuda fortsatt trygg anställning för personalen. Sammantaget har Grimslövsbuss åberopat ett referensuppdrag som uppfyller kraven i upphandlingen.

Det bör även framhållas att en sådan snäv tolkning av kravet avseende referensuppdrag som Transdev gör gällande medför att Transdev rätteligen borde ha diskvalificerats och inte bjudits in för att lämna anbud. Transdev har åberopat ett referensuppdrag som avser tätort- och närområdestrafik och som i väsentliga delar avviker från den trafik som är föremål för nu aktuell upphandling. Till skillnad från tätort- och närområdestrafik omfattar regionbusstrafik regler för kör och vilotider, färdskrivarhantering, fordon med andra krav kring bältesanvändning m.m. Transdevs referensuppdraget saknar dessutom helt fordonstypen dubbeldäckare. Det referensuppdrag Transdev hänvisar till ger inte heller någon vägledning om Transdev har tidigare erfarenhet av att starta upp ny trafik liknande den i upphandlingen. Om en snäv tolkning av kraven på referensuppdrag ska tillämpas kan således inte Transdev komma ifråga för tilldelning av kontrakt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som den grundar sin talan på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Transdev anfört är visat att Östgötatrafiken har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta har medfört att Transdev har lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LUF). De

grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUF).

De kvalificeringskrav och övriga obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten ska normalt vara till fullo uppfyllda för att den upphandlande enheten ska kunna kvalificera en leverantör och uppta dess anbud till slutlig anbudsutvärdering i upphandlingen (jfr t.ex. HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten finner anledning att först pröva Transdevs invändning mot att Östgötatrafiken har sammanblandat leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen i upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser att inget annat har kommit fram i målet än att Östgötatrafiken under kvalificeringsfasen i upphandlingen har prövat huruvida Grimslövsbuss uppfyller ställda krav avseende ekonomisk kapacitet i upphandlingen. Östgötatrafiken har sedermera, efter prövningen av kvalificeringskraven, ansett att Grimslövsbuss anbud föreföll som onormalt lågt och därför begärt en förklaring till priset i enlighet med 15 kap. 7 § LUF. Syftet med bestämmelserna om onormalt lågt i LUF är bl.a. att den upphandlande enheten har en skyldighet att se till att upphandlingen är effektiv, bl.a. i den meningen att den ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med kontraktet (se prop. 2015/16:195 s. 794). Vid bedömningen av anbudets ekonomiska bärighet har Östgötatrafiken beaktat Grimslövsbuss förklaring av anbudspriset och bedömt den som godtagbar. Den omständigheten att Östgötatrafiken vid bedömningen av om anbudet är allvarligt menat därutöver beaktar anbudssökandens ekonomiska ställning innebär inte enligt förvaltningsrätten att en otillåten sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har skett. Vad Transdev har anfört i detta hänseende utgör därmed inte grund för ingripande mot upphandlingen.

Transdev har även gjort gällande att Grimslövsbuss rätteligen inte borde ha kvalificerats för vidare deltagande i upphandlingen på grund av att kraven avseende referensuppdrag och gemensam anbudsansökan inte är uppfyllda.

Vad gäller kravet avseende referensuppdrag under avsnitt 2.2.12 i ansökningsinbjudan kan det konstateras att det utgör ett kvalificeringskrav riktat mot leverantörerna. Syftet med kravet får anses vara att den upphandlande enheten ska kunna säkerställa att anbudssökanden har erfarenhet av liknande uppdrag och därmed en teknisk och yrkesmässig kapacitet som är tillräcklig för att fullgöra uppdraget som är föremål för den nu aktuella upphandlingen.

Under avsnitt 2.2.12 (*Referensuppdrag*) i ansökningsinbjudan framgår närmare, såvitt här är relevant, följande.

För att en anbudssökanden ska anses kvalificerad för uppdraget ska anbudssökanden inkomma med ett, för upphandlingen, relevant referensuppdrag avseende ett pågående eller genomfört uppdrag som visar anbudssökandens tidigare erfarenhet av annat liknande uppdrag innefattande allmän kollektivtrafik med buss. Uppdraget ska vara utfört de senaste tre åren. Om uppdraget pågår ska det ha pågått minst två år, räknat från dess trafikstart, räknat från dess trafikstart, vid datumet för anbudsansökan. Med liknande uppdrag avses tidtabellslagd linjetrafik med buss som till art och omfattning liknar det upphandlade uppdraget. Anbudssökande som har eller tidigare har haft uppdrag åt Östgötatrafiken får använda sig av Östgötatrafiken som referens.

Beträffande samverkande part (gemensam ansökan) framgår av ansökningsinbjudan (avsnitten 2.2.5 och 2.2.6) att med gemensam anbudsansökan eller ansökan om att få lämna gemensamt anbud avses det förhållandet att flera juridiska eller fysiska personer tillsammans avger ett anbud eller anbudsansökan. Om anbudsansökan lämnas av en grupp av leverantörer ska uppgift lämnas avseende i) respektive trafikföretags organisationsnummer ii) hur stor del av uppdraget som omfattas specificerat per trafikföretag iii) intyg

från samverkande part där denne intygar att åberopad kapacitet finns tillgänglig för anbudsgivarens räkning iv) av samverkande part undertecknad sanningsförsäkran.

Förvaltningsrätten konstaterar att Östgötatrafiken under frågor och svar i upphandlingen har klargjort att det av anbudssökanden åberopade referensuppdraget ska omfatta minst 35 fordon. Frågor och svar utgör en del av upphandlingsdokumenten och enligt förvaltningsrätten har det aktuella förtydligandet formulerats på ett klart och tydligt sätt. Genom förtydligandet har således kravet på referensuppdrag slutligen utformats på ett sådant sätt att det har varit obligatoriskt att anbudssökandens åberopade referensuppdrag omfattar minst 35 fordon.

Inom ramen för frågor och svar har Östgötatrafiken också sedermera förtydligat att anbudssökanden inte får tillgodogöra sig underleverantörs referenser, såvida inte en gemensam anbudsansökan lämnas. Det är anbudssökandens referenser som efterfrågas i upphandlingen (jfr publik fråga 10 och 12). Det är ett bolags referenser och inte enskild persons referenser som efterfrågas (jfr publik fråga 11). Mot denna bakgrund konstaterar förvaltningsrätten att om en underleverantörs kapacitet i form av erfarenhet åberopas i upphandlingen måste således en gemensam anbudsansökan lämnas i enlighet med vad som följer av avsnitten 2.2.5 och 2.2.6 i ansökningsinbjudan.

I aktuellt fall har Grimslövsbuss åberopat ett referensuppdrag som utförs åt Länstrafiken Kronoberg för att påvisa kravuppfyllelse under avsnitt 2.12.1 i ansökningsinbjudan. Grimslövsbuss har i anbudsansökan angett att referensuppdraget omfattar 57 regionbussar och att delar av uppdraget utförs av koncernsyskon men att Grimslövsbuss likväl har det huvudsakliga ansvaret för utförandet. Under perioden den 16 juni 2013–13 december 2014 var Grimslövsbuss självständig avtalspart gentemot Länstrafiken Kronoberg, varvid bolag i samma koncern agerade som underleverantörer vid utförande

av trafikuppdraget. Det aktuella referensuppdraget har sedermera återigen uppdelats på tre separata trafikeringsavtal där Grimslövsbuss respektive två bolag inom samma koncern har var sitt avtal med Länstrafiken Kronoberg gällande tidtabellslagd linjetrafik. Av handlingarna i målet kan utläsas att Grimslövsbuss trafikavtal omfattar 27 bussar och att koncernsystkons respektive trafikavtal omfattar resterande 30 bussar. Enligt förvaltningsrätten har inget annat kommit fram i målet än att koncernsystkonen är ytterst kontraktsmässigt ansvariga i förhållandet till Länstrafiken Kronoberg för genomförandet för sin respektive del och att koncernsystkons resurser använts för utförandet. Delar av det åberopade referensuppdraget får alltså anses utföras i koncernsystkons regi med dess resurser. Även med beaktande av vad Grimslövsbuss och Östgötatrafiken har framfört om åberopat referensuppdrag och hur trafikansvariga bolag valt att fördela ansvar och resurser sinsemellan finner förvaltningsrätten således att uppdraget ifråga i sin helhet får anses utföras av Grimslövsbuss tillsammans med ifrågavarande koncernsystkon. I enlighet med vad som föreskrivs i ansökningsinbjudan och vad som framgår av frågor och svar i upphandlingen har Grimslövsbuss i denna situation därmed haft att lämna en gemensam anbudsansökan tillsammans med ifrågavarande koncernsystkon för att kunna tillgodoräkna sig uppdraget som helhet. Eftersom Grimslövsbuss inte har lämnat en gemensam anbudsansökan i enlighet med avsnitten 2.2.5 och 2.2.6 i ansökningsinbjudan har bolaget således brutit i uppfyllelse i förhållande till obligatoriska krav i upphandlingen. Med hänsyn till att det har varit obligatoriskt att åberopat referensuppdrag ska omfatta minst 35 fordon finner förvaltningsrätten att Grimslövsbuss inte heller ensamt uppfyller kravet på referensuppdrag. Mot denna bakgrund har Östgötatrafiken agerat i strid mot likabehandlingsprincipen genom att likväl kvalificera Grimslövsbuss för vidare deltagande i form av anbudslämnande och tilldelning av kontrakt i upphandlingen. Eftersom Transdev har rangordnats på andra plats i upphandlingen har Transdev i vart fall riskerat lida skada till följd av att så skett.

När det så gäller Grimslövsbuss invändningar mot Transdevs anbudsansökan konstaterar förvaltningsrätten att nu aktuell ansökan om överprövning endast tar sikte på brister i Grimslövsbuss anbudsansökan och Östgötatrafikens prövning av den. Huruvida även Transdevs anbudsansökan innehåller brister är en fråga som inte omfattas av den prövning som begärts och därmed målets processram (jfr HFD 2013 ref. 24). Enligt förvaltningsrätten finns det i målet inte heller skäl som motiverar avsteg från den generella principen om reformatio in pejus, det vill säga att den enskilde inte ska riskera att hamna i ett sämre läge om ett myndighetsbeslut eller dom överprövas. Grimslövsbuss invändningar mot Transdevs anbudsansökan föranleder därför inte vidare prövning i målet.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LUF. Östgötatrafikens överträdelse är inte hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd. Rättelsen ska bestå i att ny utvärdering företas avseende anbudsområde REG 1 vid vilken Grimslövsbuss inte ska vara kvalificerad för slutlig anbudsutvärdering. Ansökan ska därför bifallas på detta sätt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Tomas Kjellgren
Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.