



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-06-14
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 26403-10
 Enhet 13

SÖKANDE

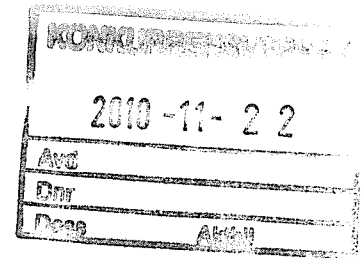
Bergkvarabuss AB, 556294-9973

Ombud:

Advokat Per Lidman och advokat Magnus Myrbäck
 Setterwalls Advokatbyrå Malmö AB
 Box 4501
 203 20 Malmö

MOTPART

Huddinge kommun
 141 85 Huddinge



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om åtgärder enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 24 mars 2010 avseende del D i upphandlingen upphör därmed att gälla.

Dok.Id 30403

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Huddinge kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal avseende skolskjuts, utflyktsbuss och turbundna resor för kommuninvånare med funktionshinder, dnr 2009-69. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingen är uppdelad i fem olika delar.

Dessa är:

- Del A. Resor med taxibilar
- Del B. Resor med stortaxi/minibuss
- Del C. Resor med rullstolsbussar
- Del D. Resor med stora bussar/utflyktsbussar
- Del E. Resor med fordon för liggande transport

Av tilldelningsbeslut daterat den 15 mars 2010 framgår att kommunen, vad avser del D i upphandlingen, antagit ett annat anbud än det från Bergkvarabuss AB (Bergkvarabuss).

Förvaltningsrätten har genom beslut den 24 mars 2010 förordnat att del D i upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bergkvarabuss ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen avseende del D ska rättas dels på så vis att anbud från Westin Buss Stockholm AB (Westin Buss) och Strömma Buss AB (Strömma Buss) ska diskvalificeras, dels på så vis att det förordnas om att nytt tilldelningsbeslut fattas, varvid Bergkvarabuss ska antas som leverantör. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Huddinge kommun bestrider bifall till ansökan.

Till stöd för sin talan anför **Bergkvarabuss** i huvudsak följande.

Anbudet från Westin Buss uppfyller inte ställda skall-krav

I anbudsformuläret finns ett antal skall-krav angivna. För de skall-krav som avser den aktuella delen av upphandlingen (del D) ska anbudsgivaren redovisa på vilket sätt dessa krav uppfylls. Westin har i flera fall inte redovisat på vilket sätt som dessa krav uppfylls.

Fordonen som Westin Buss offererat uppfyller heller inte ställda skall-krav avseende miljö. I anbudsformuläret anges att fordonen ska klara miljöklass 2005. Detta innebär för bussar att dessa ska uppfylla Euro IV. Detta är ett mycket högt krav kommunen ställt på fordonen vilket därmed är kostnadsdrivande i upphandlingen. Westin Buss har dock inte offererat denna miljöklass på fordonen då de i anbudsformuläret endast redogjort för de fordon de offererar i upphandlingen. Westin Buss anger här att fordonen kommer att vara godkända enligt miljöregler för trafik i Stockholm, Malmö och Göteborg. Detta innebär dock inte att de kommer att uppfylla miljöklass 2005 utan det räcker att fordonen uppfyller miljöklass 2000 (Euro III). Därefter har Westin Buss redogjort för den vagnpark de förfogar över för del D. Denna omfattar ett antal fordon där flera inte är relevanta för del D. Den omfattar dessutom ett stort antal fordon som skulle kunna utföra den aktuella trafiken men som inte uppfyller den ställda miljöklassen (Mk 2005). Westin Buss uppfyller därmed inte de ställda kraven avseende offererade fordon då de har för avsikt att utföra trafiken med fordon som inte uppfyller miljöklass 2005. Kommunen har inte begärt in något förtydligande/komplettering före det att tilldelningsbeslutet fattades. Då sådant förtydligande/komplettering inte begärts in avseende ej uppfyllda skall-krav ska anbudet förkastas.

Anbudet från Strömme Buss uppfyller inte ställda skall-krav

Strömme Buss anbud har undertecknats av en icke behörig person. Redan på denna grund ska Strömme Buss diskvalificeras från upphandlingen i enlighet med förstahandsyrkandet. I anbudsformuläret finns ett antal skall-krav angivna. Strömme Buss har i flera fall inte redovisat på vilka sätt dessa krav uppfylls. Strömme Buss uppfyller inte heller det miljökrav som ställs på fordonen och som har redogjorts för ovan avseende brister i Westin Buss anbud. Strömme Buss har inte offererat efterfrågad miljöklass på fordonen då de i anbudsformuläret endast angivit att fordonen kommer att vara godkända för körning i miljözon. Detta innebär dock inte att fordonen kommer att uppfylla miljöklass 2005. Därefter har Strömme Buss redogjort för den vagnpark de förfogar över för del D. Denna omfattar ett antal fordon där flera inte är relevanta för del D. Den omfattar dessutom ett stort antal fordon som skulle kunna utföra den aktuella trafiken men som inte uppfyller den ställda miljöklassen (Mk 2005). Strömme Buss uppfyller därmed inte de ställda kraven avseende offererade fordon då de har för avsikt att utföra trafiken med fordon som inte uppfyller miljöklass 2005. I likhet med vad som anförts ovan avseende anbud från Westin Buss har kommunen inte heller vad avser anbudet från Strömme Buss begärt in något förtydligande/komplettering före det att tilldelningsbeslutet fattades. Strömme Buss anbud uppfyller därmed inte det aktuella skall-kravet och anbudet ska därför förkastas.

Brister i förfrågningsunderlaget

Utvärderingsmodellen i upphandlingen brister i transparens och förutsebarhet. I förfrågningsunderlaget punkt 3.4 redogör kommunen för utvärderingsmodellen. Först kan ifrågasättas den tyngd kvaliteten har i förhållande till priset. Då kvaliteten kan ge 60 av totalt 100 poäng innebär detta att kommunen i princip förbehåller sig fri prövningsrätt, vilket inte är tillåtet. Nu har dock kommunen åtminstone avseende del D inte låtit kvaliteten få detta genomslag. Problemet är i stället att man frångått skrivningarna i ut-

värderingsmodellen då det finns tydligt angivet i exempelvis avsnittet Referenser att ”Den anbudsgivare, som har den högsta kvaliteten på sina referenser erhåller högsta poäng”. Detta innebär att Huddinge kommun måste göra en värdering av de olika referenstagningar som man erhåller och ge någon av anbudsgivarna den högsta poängen. Så har inte skett då flera anbudsgivare erhållit samma poäng.

Angående utvärderingen av kvalitetsplan finns angivet att ”Den anbudsgivare, som har den högsta kvalitetsnivån på sina tjänster för detta uppdrag erhåller högsta poäng”. Bergkvarabuss har tagit fasta på att beskriva bolagets kvalitet utifrån det specifika uppdraget, dvs. skolskjuts. Westin Buss har beskrivit hela sitt kvalitetssystem och redovisat generella rutiner enligt ISO-standard. Bergkvarabuss hade också kunnat redovisa bolagets totala kvalitetssystem. Detta hade dock blivit oerhört omfattande och inte särskilt relevant för det specifika uppdraget. Bolaget valde därför att beskriva kvalitet och erbjudande utifrån det specifika uppdraget då detta tidigare och i andra upphandlingar givit högsta betyg. Bolaget anser att förfrågningsunderlaget brister i förutsägbarhet eftersom kvaliteten inte utvärderats utifrån det specifika uppdraget.

I förfrågningsunderlaget anges hur priset ska utvärderas för del D. Där anges att den anbudsgivare som har lägst pris totalt sett på utflyktsbussarna erhåller högsta poäng. De angivna priserna för utflyktsbussarna är fördelade på ett pris per kilometer och ett pris per hel eller halv dag. Kommunen har endast summerat priset för hel och halv dag och inte alls utvärderat de angivna kilometerpriserna. Således har kommunen inte kunnat få fram vilket pris som i realiteten är det lägsta. Förfrågningsunderlaget brister här och kommunen skulle ha angett ett antal exempelresor så att det lägsta priset hade kunnat räknas fram. Vidare finns ingen viktning angiven mellan utflyktsresorna och slingorna. Det står att den anbudsgivare som har lägst pris för respektive del erhåller högsta poäng. Av utvärderingen framgår att

man viktat utflyktsresorna och slingorna till lika delar. Denna viktning är orimlig då utflyktsresornas andel i förhållande till de upphandlande slingorna inte alls uppgår till lika stora delar. Kommunen skulle här tydligt ha angivit hur viktningen mellan dessa båda prisuppgifter skulle ha skett. När det gäller priserna för de slinglagda turerna har anbudsgivarna angivit dessa som totalpriser per vecka enligt frekvens. Det finns inte i förfrågningsunderlaget eller i det till detta underlag bilagda avtalsförslaget uppgift om hur reglering av priserna ska ske i det fall turer enligt den angivna frekvensen inte längre behövs eller det fall turer tillkommer. Sammantaget brister därmed förfrågningsunderlaget i transparens och förutsägbarhet.

Kommunen anför som grund för sitt bestridande i huvudsak följande.

Anbudet från Westin Buss

Anbudet uppfyller samtliga skall-krav. Westin Buss har svarat ja på alla skall-kraven i anbudsformuläret och undertecknat detta dokument, som ingår i deras anbud, och redovisat hur de uppfyller dessa skall-krav i sina bilagor, som ingår i anbudet. När det gäller miljökraven för denna typ av fordon så har de svarat ja på ”fordon med dieselmotor skall tillhöra miljöklass 2005 PM”. När det gäller utvärderingen av miljökrav har de angett ”Fordonen vi kommer att använda för er trafik är alla godkända enligt de miljöregler som gäller för trafik i Stockholm, Malmö och Göteborg”. Detta efterfrågades i utvärderingsmodellen gällande miljökrav i förfrågningsunderlaget. Kommunen anser därmed att denna leverantör uppfyller alla skall-kraven.

Anbudet från Strömma Buss

Strömma Buss anbudsformulär är undertecknat av företagets trafik- och försäljningschef som behörig företrädare och kommunen anser att denna person har ställningsfullmakt att underteckna detta dokument och därmed anbudet. Strömma Buss har svarat ja på alla skall-kraven i anbudsformulä-

ret och undertecknat detta dokument, som ingår i deras anbud, och redovisat hur de uppfyller dessa skall-krav i sina bilagor, som ingår i anbudet. När det gäller miljökraven har de svarat ja på att ”fordon med dieselmotor skall tillhöra miljöklass 2005 PM”. När det gäller utvärderingen av miljökrav ha de angett ”Samtliga stora bussar är godkända för körning i miljözon”. Detta efterfrågades i utvärderingsmodellen gällande miljökrav i förfrågningsunderlaget. Kommunen anser därmed att Strömma Buss uppfyller alla skall-kraven.

Förfrågningsunderlaget

Följande text finns i förfrågningsunderlaget gällande utvärderingsmodell för referenser:

”Vid anbudsutvärderingen kommer anbudsgivarens referenser att utvärderas utifrån sin kvalitet. Kommunen förbehåller sig rätten att ta egna interna och externa referenser, som komplement till de av anbudsgivaren lämnade referenserna.”

Utvärderingsgruppen har ringt till de lämnade referenserna och ställt fyra frågor som är angivna i förfrågningsunderlaget. Referenten har fått betyg-sätta anbudsgivaren utifrån kriterierna mycket bra – bra – mindre bra – dåligt. Ingen av de tillfrågade referenterna har utvecklat sina svar mer än till ytterst korta svar och har gett omdömet mycket bra på alla fyra frågorna. Sålunda har de tre anbudsgivarna på del D fått lika omdömen av sina referenter och därmed har de fått lika poäng för referenser.

Under punkten Utvärderingsmodell i förfrågningsunderlaget gällande Kvalitetsplan är angivet följande:

”Vid anbudsutvärderingen kommer bedömning att göras på hur anbudsgivaren kan säkerställa nivån på sina kvalitetsrutiner för att uppnå

högsta möjliga kvalitet. Den anbudsgivare, som har den högsta kvalitetsnivån på sina tjänster för detta uppdrag erhåller högsta poäng.”

Enligt Bergkvarabuss har både Strömma Buss och Westin Buss presenterat sin kvalitetsplan utifrån perspektivet hela företaget, men Bergkvarabuss enbart för detta uppdrag. Kommunen har gjort en samlad bedömning av svaren och då funnit att poäng ska sättas enligt redovisningen i tilldelningsbeslutet och anbudsutvärderingen.

När det sedan gäller prisjämförelsemodellen, med utvärdering av priset för halvdag respektive heldag för olika typer av bussar, har denna använts tidigare vid upphandling av dessa tjänster och Bergkvarabuss har inte anfört något mot denna modell vid tidigare upphandlingar. Den angivna frekvensen för slingor 82–86 per vecka ligger tämligen fast i sin struktur och kommunen ser inte att det skulle vara någon risk för att dessa slingor kommer att tas bort. Om behov skulle finnas av fler resor utgår kommunen från att den leverantör som har avtalet knappast skulle ifrågasätta eller neka till att utföra ett utökad antal turer prissatta enligt de redan avtalade slingorna. Vid utvärderingen framgår tydligt att Bergkvarabuss priser är mycket högre än Westin Buss och Strömma Buss, vilket har medfört att Bergkvarabuss erhållit en lägre poäng för pris.

Kommunen anser att förfrågningsunderlaget inte brister i transparens och förutsägbarhet och bestrider således Bergkvarabuss yrkande helt.

Bergkvarabuss har i yttrande anfört i huvudsak följande.

Ytterligare reservationer från Strömma Buss har gjorts i anbudet. I anbudsformuläret s. 3 – under rubriken KRAVSPECIFIKATIONEN anges: ”Nedanstående skall-krav är ovillkorliga och måste uppfyllas för att anbudet skall kunna utvärderas.” Det är möjligen så att ett antal av de listade

skall-kraven inte är omedelbart aktuella för aktuellt område D. Strömma Buss har dock gjort ett antal reservationer för skall-krav som rimligen är aktuella. Som exempel på skall-krav i anbudsformuläret för vilka Strömma Buss lämnat reservationen "Gäller ej detta anbud" kan nämnas punkten 10 "Avbokning skall kunna ske dygnet runt". Strömma Buss lämnade anbud är uppenbarligen inte i enlighet med uppställda skall-krav och ska uteslutas ur upphandlingen även på denna grund. Anmärkningsvärt är att kommunen i bilaga 2 till tilldelningsbeslutet noterat "JA" på Strömma Buss trots lämnad reservation.

Anbuden från Westin Buss och Strömma Buss uppfyller inte miljökrav

För den rimligt aktsamme anbudsgivaren kan det inte råda något tvivel om att kommunens avsikt varit att ställa upp obligatoriska krav för anbuden. Samtliga anbudsgivare har besvarat de aktuella skall-kraven med ett "JA", vilket talar för att de uppfattar kraven som ovillkorliga. Miljöklass 2005, som för bussar motsvarar Euro IV, är ett högst rimligt men högt ställt krav. Att begränsa leverantörernas anbud till fordon som uppfyller dessa rimligt höga krav är givetvis kostnadsdrivande. Av det upphandlingsrättsliga regelverket framgår klart att den upphandlande myndigheten är fri att av miljöskäl välja ett dyrare alternativ utan att det strider mot kravet på affärs-mässighet eller otillbörligt begränsar konkurrensen. Anbudsgivarna har då att rätta sig efter detta.

Westin Buss har i anbudsformuläret, Bilaga C till överklagandet, s. 12, under rubriken "Miljökrav", Del D, angett "Fordonen vi kommer att använda för er trafik är alla godkända enligt de miljöregler som gäller för trafik i Stockholm, Malmö och Göteborg". Av de 35 fordon Westin Buss ställer till förfogande avseende del D uppfyller endast 6 fordon, dvs. 17,1 %, skall-kravet miljöklass 2005. Det förhållandet att Westin Buss erbjuder fordon som inte uppfyllde skall-kravet miljöklass 2005 kan inte förstås

som annat än en reservation. Erbjudna fordons miljöklassificering var lätt för kommunen att kontrollera.

På motsvarande sätt uppfyller inte heller de fordon Strömma Buss ställt till förfogande det obligatoriska kravet på miljöklass 2005. Beträffande Strömma Buss bilaga 7 kan först sägas att den över huvud taget inte på något tydligt sätt anger vilka fordon som är avsedda för Del D. Av 47 fordon i nämnda bilaga 7 är 7 st. släp eller personbilar, som uppenbarligen inte kan vara relevanta för Del D. Av övriga 40 fordon uppfyller endast 11 st., dvs. 27,5 %, det obligatoriska kravet på miljöklass 2005. Offererade fordons miljöklassificering var lätt för kommunen att kontrollera. I tillägg till ovan ska noteras att Strömma Buss i bilaga 6 till sitt anbudsformulär på s. 3 lämnat reservationen: ”- våra bussar uppfyller som minst Euro III, flera Euro IV och Euro V”. Det är således klarlagt att Strömma Buss avsåg att i vart fall till del utföra uppdraget med fordon som inte uppfyllde i upphandlingen ställda skall-krav.

Brister i förfrågningsunderlaget

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att anbuden från Westin Buss och Strömma Buss klarat ställda skall-krav gör Bergkvarabuss gällande att upphandlingen ska göras om med hänvisning till att förfrågningsunderlaget varit otydligt. Bergkvarabuss har på goda grunder uppfattat att det ställda miljökravet varit ett obligatoriskt skall-krav och av den anledningen erbjudit fordon som uppfyller miljöklass 2005. Som en naturlig konsekvens härav har bolagets offererade prisnivåer blivit högre än de skulle varit om Bergkvarabuss kunnat nyttja en betydligt äldre och miljömässigt sämre vagnpark för utförandet av uppdraget. På grund av att Bergkvarabuss tolkat det som i förfrågningsunderlaget anges vara skall-krav som just sådana, har Bergkvarabuss betagits möjligheten att utforma sitt anbud optimalt och konkurrera på lika villkor. Även på ett flertal övriga områden är förfrågningsunderlaget otydligt eller motstridigt.

Sammanfattningsvis går det inte att av förfrågningsunderlaget läsa ut hur utvärderingen kommer att gå till och än mindre att den skulle kunna ske på sätt kommunen tillämpat. Med andra ord saknar förfrågningsunderlaget den förutsebarhet och transparens som krävs vid varje upphandling.

Utvärderingskriterier saknar koppling till upphandlingsföremålet

Ett flertal utvärderingskriterier synes sakna koppling till upphandlingsföremålet. Beträffande kriteriet kvalitetsplan, vilket även framgår av Bilaga 2 punkten 102: ”Anbudsgivarens kvalitetsplan, kvalitetspolicy alternativt kvalitetscertifiering skall redovisas” kan ifrågasättas om kommunen på ett korrekt sätt tillämpat LOU. Av 12 kap. 1 § LOU framgår att det är anbudet som ska värderas, inte anbudsgivaren. Bergkvarabuss har i sitt anbud på brukligt sätt och i enlighet med LOU fokuserat på den aktuella upphandlingen och redovisat sin kvalitetsplan för uppdraget. Då framför allt Westin Buss men även Strömma Buss redovisat kvalitetsplaner för företagen i stort blir bilden missvisande och bedömningen svårförutsägbar.

Utvärderingsmodellen är olämplig

Utvärderingsmodellens affärsmässighet och lämplighet i förhållande till angivet syfte med upphandlingen kan i flera avseenden ifrågasättas. Kommunen har i prisutvärderingen summerat priset för hel och halv dag. Begärda och i anbuden lämnade kilometerpriser har inte beaktats. Således har kommunen inte på ett förutsägbart och transparent sätt räknat fram vilket pris som i realiteten är det lägsta. Kommunen kunde för större tydlighet ha angett ett antal exempelresor på vilka offererade priser kunnat appliceras, vilket skulle inneburit att det faktiskt lägsta priset hade kunnat räknas fram. Beträffande kommunens påstående att Bergkvarabuss inte tidigare invänt mot modellen kan dels anföras att det borde sakna rättslig relevans, dels att vid den utvärdering som gjordes i samband med motsvarande upphandling år 2005, beaktades såväl kilometerpriser som hel- och halvdagspriser. Ut-

värderingsmodellen är sammanfattningsvis inte ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Utvärderingen är felaktig

Utvärderingen av anbuden präglas av felaktigheter, godtycke och olika behandling av anbudsgivarna. Bergkvarabuss vill, i tillägg till vad som ovan anförts, särskilt lyfta fram att kommunen i utvärderingsmodellen under avsnittet Referenser har angett: ”*Den anbudsgivare, som har den högsta kvaliteten på sina referenser erhåller högsta poäng*”. Emellertid har samtliga anbudsgivare erhållit samma poäng, vilket innebär att kommunen inte följt den utvärderingsmodell den satt upp. De referenser i form av de frågor som kommunen ställt till referenspersoner är att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer och får därmed inte användas i utvärderingsfasen.

Risk för skada

Anbuden från Westin Buss och Strömma Buss antogs trots att de inte uppfyllde ställda kvalificeringskriterier och skallkrav. På ovan anförda skäl borde de rätteligen ha diskvalificerats, vilket skulle innebära att Bergkvarabuss i stället skulle antagits som leverantör. Vid en korrekt utvärdering borde Bergkvarabuss antagits som leverantör. Vidare förvägrades Bergkvarabuss till följd av ovannämnda omständigheter möjligheter att under transparenta, proportionella och lika förutsättningar konkurrera om det aktuella kontraktet. Bolaget har därmed riskerat att lida skada i den mening som avses i LOU.

Kommunen har i yttrande anført bl.a. följande. Kommunen kvarstår vid uppfattningen att person som ifråga som undertecknat Strömma Buss anbud är att anse som behörig företrädare för bolaget vad gäller att lämna anbud i denna upphandling. Vad avser uppställda miljökrav efterfrågas i förfrågningsunderlaget en lista på den vagnpark som leverantören förfogar över för del D. Det faktum att anbudsgivarna i sin lista angett fordon som

inte uppfyller angivna krav ska inte tolkas på så sätt att kommunen sedermera kommer att tillåta leverantören att utföra tjänsten med dessa fordon. Kommunen anser således inte att angivandet av fordon som inte uppfyller kraven är att tolka som en reservation. Skall-kravet avser att verifiera att leverantörerna innehar efterfrågade fordon som ska användas vid utförandet av tjänsterna. Det är vidare kommunens uppfattning att det vore oskäligt att utesluta en leverantör bara för att fordon angivits som inte uppfyller angivna krav – däremot vore det skillnad om inget av leverantörens fordon uppfyllde ställa krav.

Kommunen anser att utvärderingskriteriet kvalitetsplan är tillräckligt tydligt och således uppfyller gällande krav på transparens och likabehandling. Kommunen har i förfrågningsunderlaget för utvärderingskriterierna kvalitetsplan och planeringssystem tydligt angivit vilka delar inom respektive utvärderingskriterium som ger poäng samt hur mycket varje del är värd. Vad gäller poängsättningen har kommunen gjort en samlad bedömning av anbudsgivarens svar för respektive del inom varje utvärderingskriterium. Med anledning av att det i förfrågningsunderlaget inte angavs någon viktning mellan utflyktsresorna och slingorna har kommunen vid utvärderingen tilldelat dessa lika stor vikt. Kommunen anser vidare att utvärderingskriterierna är tillräckligt tydliga och har koppling till upphandlingsföremålet. Utvärderingsmodellen är fullt adekvat, transparent och likabehandlande och står således i överensstämmelse med LOU. De tillämpade frågorna för utvärderingskriteriet referenser är av sådan karaktär att de ger den upphandlande myndigheten en bedömning avseende sannolikheten för hur anbudsgivaren, på ett mycket bra, bra, mindre bra eller dåligt sätt kommer att genomföra uppdraget i kommunen. Frågorna är relevanta avseende utförandet av de aktuella tjänsterna och således kopplade till föremålet för kontraktet. Frågorna avser att ta fasta på en bedömning avseende sannolikheten för hur anbudsgivaren kommer att hantera uppdraget i dessa delar vilket är viktigt för kommunen och som därför valt att tillämpa dessa vid

bedömningen av anbudet. En sådan bedömning kan aldrig ligga inom ramen för en kvalificering.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 12 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 12 kap. 2 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller i
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

I 16 kap. 2 § LOU anges att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

En ansökan om överprövning enligt LOU avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, samt om detta medfört att leverantör lidit eller kan komma att lida skada.

För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingen genomförts i strid med LOU och detta medfört att leverantör lidit eller kan komma att lida skada ska domstolen förordna om rättelse alternativt att upphandlingen ska göras om. När det gäller valet mellan rättelse eller att upphandlingen ska göras om har Regeringsrätten i RÅ 2005 ref. 47 uttalat att prövande domstol har att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. I de fall bristen är att hänföra till det s.k. konkurrensuppsökande skedet föreligger dock inte möjlighet till rättelse utan upphandlingen ska i dessa fall göras om.

Av Regeringsrättens avgörande i RÅ 2009 ref. 69 framgår att som huvudprincip i mål om offentlig upphandling bör krävas att den part som gör

gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Förvaltningsrätten är således bunden av de omständigheter sökanden har lagt till grund för sin talan. Förvaltningsrätten är dock inte bunden av de yrkanden som framförts eller den ordning i vilken de uppställts.

Bergkvarabuss har i första hand yrkat att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Eftersom förvaltningsrätten, enligt nyss redovisad praxis, vid brister i en upphandling s.k. konkurrensuppsökande skede inte har möjlighet att förordna om rättelse utan endast om att upphandlingen ska göras om, finner förvaltningsrätten att denna fråga bör prövas först i målet.

Brister i det konkurrensuppsökande skedet

Med brister i det konkurrensuppsökande skedet avses huvudsakligen brister vid utformning av förfrågningsunderlag, felaktig annonsering av upphandling etc. Det rör sig således om felaktigheter som inte endast består i ett felaktigt genomförande av en i sig korrekt utformad upphandling.

Bergkvarabuss har i sin ansökan om överprövning anmärkt på ett flertal brister vilka enligt förvaltningsrättens mening är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet.

Bergkvarabuss har anfört att för det fall det aktuella miljökravet ska tolkas på annat sätt än att fordon som kommer att användas ska uppfylla miljöklass 2005 så är kravet otydligt. Förvaltningsrätten finner vid en genomgång av anbudsformulärets utformning vad gäller miljökrav att detta inte, utifrån vad Bergkvarabuss anfört, kan anses otydligt på ett sådant sätt att anbudsformuläret i denna del skulle stå i strid med LOU.

Vidare har Bergkvarabuss anfört att utvärderingsmodellen varit otydlig vad avser utvärderingskriteriet kvalitet. I anslutning härtill har Bergkvarabuss även anfört att kriteriet kvalitet saknar koppling till upphandlingsföremålet och att det därmed inte utgör ett utvärderingskriterium i LOU:s mening. Förvaltningsrätten anser att kvalitet är ett kriterium som kan förekomma såväl i kvalificeringsfasen som i utvärderingsfasen. Kvalitet nämns i den exemplifierande uppräkningslistan av utvärderingskriterier i 12 kap. 1 § andra stycket LOU. Avgörande är huruvida kvalitetskriteriet i fråga är kopplat till föremålet för kontraktet (jfr EU-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis m.fl.). Förvaltningsrätten finner att de kvalitetskriterier som använts i förevarande upphandling är utformade på ett sådant sätt att de är kopplade till föremålet för kontraktet, inte huvudsakligen till anbudsgivaren såsom är fallet när kvalitetskriterier används i kvalificeringsfasen.

Bergkvarabuss har vidare anfört att utvärderingen av referenser strider mot LOU då referenserna i detta fall är att hänföra till kvalificeringsfasen. Förvaltningsrätten gör här samma bedömning som avseende utvärderingskriteriet kvalitet och finner att de referenser som använts i förevarande upphandling är utformade på ett sådant sätt att de är kopplade till föremålet för kontraktet och därmed kan utgöra utvärderingskriterium enligt LOU.

Bergkvarabuss har vidare ansett att prisutvärderingen varit i strid med transparensprincipen då kilometerpriser inte utvärderats. Förvaltningsrätten finner dock att det av förfrågningsunderlaget får anses framgå att kilometerpriser inte kommer att utvärderas, eftersom underlaget inte innehåller några kilometerangivelser som gör priserna i detta hänseende jämförbara. Bergkvarabuss har också anfört att det saknas viktning mellan utflyktsresorna och slingorna och att detta medför att prisutvärdering är oförutsägbar. Förvaltningsrätten konstaterar här att kravet på viktning av utvärderingskriterier enligt 12 kap. 2 § LOU i huvudsak avser grundkriterier. I denna upphandling har pris viktats till 40 procent. Förvaltningsrätten anser

att det i avsaknad av uttrycklig viktning av underkriterier ligger nära till hands att anta att dessa kommer att tillmätas lika stor vikt. Förvaltningsrätten finner därför att utformningen av utvärderingskriteriet pris inte kan anses stå i strid med LOU.

Bergkvarabuss har slutligen anfört att utvärderingsmodellens affärsmässighet och lämplighet i förhållande till syftet med upphandlingen kan ifrågasättas. Bergkvarabuss anser att bristerna i utvärderingsmodellens utformning medför att denna inte är ägnad att leda till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förvaltningsrätten finner här att även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade ur affärsmässig synvinkel får godtas, under förutsättning att upphandlingen inte genomförts i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50). Förvaltningsrätten finner därmed att eventuella affärsmässiga brister vad avser förfrågningsunderlagets utformning i förevarande upphandling inte utgör grund för ingripande enligt LOU

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten, utifrån de omständigheter Bergkvarabuss lagt till grund för sin talan, att några brister i upphandlingens konkurrensuppsökande skede inte föreligger. Någon grund för att förordna att upphandlingen ska göras om finns därför inte, varför ansökan om överprövning ska avslås i denna del.

Brister vid kvalificering och utvärdering

Bergkvarabuss har anfört att anbudet från Strömma Buss inte är undertecknat av en behörig företrädare. Förvaltningsrätten gör här följande bedömning. Av avsnitt 2.1 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att anbudet ska vara undertecknat av behörig företrädare. Anbudet från Strömma Buss är undertecknat av en Staffan Josephson som enligt uppgift i anbudet är trafik-/försäljningschef i bolaget. Staffan Josephson är inte firmatecknare och

såvitt framgår har inte heller till Strömme Buss anbud bifogats någon skriftlig fullmakt till styrkande av behörigheten. Det finns emellertid inget hinder mot att godta ett anbud som undertecknats av behörig företrädare med annan fullmakt än skriftlig sådan. Med hänsyn till att Staffan Josephson i anbudet uppgett sig vara behörig företrädare och till att det inte av anbudet i övrigt framkommit omständigheter som visar något annat finner rätten att det saknats skäl att ifrågasätta hans behörighet. Det har inte heller i efterhand framkommit att Staffan Josephson vid undertecknandet skulle ha saknat i vart fall muntlig fullmakt. Kommunen kan därmed inte heller i denna del anses ha handlat i strid mot LOU.

Bergkvarabuss har anfört att Westin Buss och Strömme Buss i sina respektive anbud på ett flertal ställen inte har angett hur de uppfyller ställda skallkrav samt även att Strömme Buss i vissa fall reserverat sig mot ställda skallkrav. Förvaltningsrätten gör här följande bedömning. Av anbudsförmulärets kravspecifikation framgår vilka skallkrav kommunen ställer på upphandlingsföremålet. Det anges där att anbudsgivaren ska dels svara på om de uppfyller kraven, dels redogöra för hur de uppfyller respektive krav. Förvaltningsrätten anser att det av sammanhanget får anses framgå att samtliga uppställda skallkrav inte behöver förklaras utan att det i vissa fall får anses tillräckligt att ha svarat att man uppfyller kravet i fråga. Förvaltningsrätten anser vidare att Strömme Buss inte har reserverat sig mot ställda skallkrav. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Bergkvarabuss har vidare anfört att anbuderna från Westin Buss och Strömme Buss inte uppfyller skallkraven om att fordon ska klara miljöklass 2005 samt att fordon med dieselmotor ska tillhöra miljöklass 2005 PM. Förvaltningsrätten finner vid en genomgång av anbuderna från Westin Buss och Strömme Buss att båda dessa anbudsgivare svarat ja på frågan om deras fordon uppfyller de aktuella kraven. Utgångspunkten vid anbudskvali-

ficering är att upphandlande myndighet, utifrån vad anbudsgivare uppger i sitt anbud, ska bedöma om anbudsgivaren uppfyller ställda krav. Upphandlande myndighet ska inte göra egna efterforskningar av om det som anbudsgivaren angett i sitt anbud stämmer, annat än om det finns tydliga indikationer på att ett eller flera krav inte är uppfyllt. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten, särskilt med beaktande av att både Westin Buss och Strömma Buss tydligt svarat ja på frågan om de uppfyller aktuella krav, att det som Bergkvarabuss anfört inte visar att kommunen haft skäl att ifrågasätta de uppgifter som Westin Buss och Strömma Buss lämnat i sina respektive anbud. Med hänsyn till det anförda finner rätten att skäl för ingripande enligt LOU på denna grund saknas.

Bergkvarabuss har slutligen anfört att utvärderingen som sådan varit felaktig då flera anbudsgivare fått samma poäng vid kvalitetsutvärderingen trots att det där, vad avser delkriterierna referenser, kvalitetsplan och miljökrav, framgår att den anbudsgivare som har den högsta kvaliteten på respektive delkriterium erhåller högsta poäng. Av bilaga 4 till kommunens tilldelningsbeslut framgår att samtliga tre anbudsgivare erhållit högsta poäng avseende referenser och miljökrav. Förfrågningsunderlaget måste, enligt rättens bedömning förstås så att utvärderingen ska göras utifrån de faktiska krav som i olika hänseenden anses uppfyllda och inte utifrån hur dessa krav står sig i förhållande till konkurrerande anbudsgivares anbud. Förvaltningsrätten finner därför att det inte finns något hinder mot att flera än en anbudsgivare vid utvärderingen tilldelas högsta poäng i olika avseenden under förutsättning att de bedömts likvärdiga på respektive område.

Sammantaget finner rätten att det saknas grund för ingripande enligt LOU.

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

Madeleine Benndorf

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Johan Rick.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 offentligpart 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 var till 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 nå 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.