



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

Enhet 1
Nickolina Hamrin Lönkvist

DOM

2013-06-20
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
493-13
Fiskal 1:4

KONKURRENSVERKET	
2013-06-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Thomas Kimmehed AB, 556341-4563
Box 77
567 22 Vaggeryd

MOTPART

Aneby kommun
Box 53
578 22 Aneby

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

DOMENS INNEHÅLL

Den här domen är indelad i följande avsnitt

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

BAKGRUND

Aneby kommun genomför en upphandling avseende skolskjuts. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU. I tilldelningsbeslut som meddelades den 21 januari 2013 beslutade Aneby kommun (kommunen) att anta Aneby Buss och Taxi AB (Aneby Buss) som leveran-

Dok.Id 102304

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

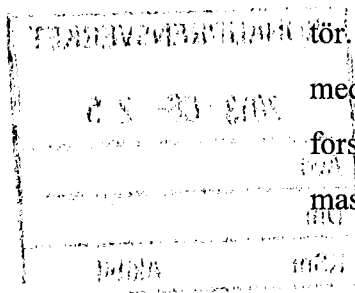
Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

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

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00



för. Som grund för beslutet anfördes att Aneby Buss hade lämnat anbudet med det lägsta priset. På andra plats kom Trafikbolaget Carlstens i Bodafors AB (Carlstens) och på tredje plats kom Thomas Kimmehed AB (Thomas Kimmehed).

YRKANDEN M.M.

Thomas Kimmehed begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Aneby Buss förkastas och därmed inte tillåts delta i utvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

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

VAD PARTERNA ANFÖR

Thomas Kimmehed

Bristande uppfyllelse av skall-krav

Av punkten 3.2.8 i förfrågningsunderlaget framgår att kommunen ställt upp ett krav på att samtliga fordon som används för skolskjutstrafik ska ha sittplatser till samtliga elever. Av bilaga till förfrågningsunderlaget framgår att viss tur har 44 skolskjutsberättigade varför fordon med minst sådant antal sittplatser måste erbjudas. Förfrågningsunderlaget är tydligt på denna punkt och medger inte annan tolkning än att det fordon som ska användas för denna tur måste ha minst 44 sittplatser. Aneby Buss har inte offererat något fordon med minst 44 sittplatser. Kommunen har i anledning härav invänt att fler än ett fordon ska kunna användas – detta påstående har inget stöd i förfrågningsunderlaget och Thomas Kimmehed motsätter sig denna bedömning. Kravet på att fordon ska ha tillräckligt antal sittplatser för

samtliga elever kan inte uppfattas på annat sätt än att varje enskilt fordon ska uppfylla detta krav. Det finns inget stöd för att det ska vara möjligt att använda flera fordon för att dessa tillsammans ska uppfylla kravet på antalet sittplatser. Eftersom Aneby Buss inte har offererat något fordon med minst 44 sittplatser uppfyller Aneby Buss anbud inte de i upphandlingen uppställda skall-kraven och skulle således ha förkastats av kommunen. Det bör vidare påtalas att kostnaden för att erbjuda ett fordon med minst 44 sittplatser istället för flera mindre fordon är betydligt högre och är den direkta orsaken till varför Thomas Kimmeheds anbudspris är högre än Aneby Buss. Kommunen har genom att utvärdera Aneby Buss anbud trots att det uppenbarligen inte uppfyller ställda skall-krav brutit mot LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

Carlstens har lämnat det näst bästa anbudspriset efter Aneby Buss. Såsom kommunen själva anför i anledning av Carlstens begäran om överprövning av samma upphandling uppfyller inte Carlstens samtliga skall-krav då Carlstens saknar tillämpligt trafiktillstånd. Hade kommunen vid kvalificeringen följt de i upphandlingen uppställda kraven och agerat i enlighet med LOU skulle såväl Aneby Buss som Carlstens anbud ha förkastats och Thomas Kimmehed hade då haft det bästa anbudet. Thomas Kimmehed har därför lidit skada genom kommunens agerande. Eftersom bristen inte har uppkommit i det konkurrensuppsökande skedet ska rättelse ske på så sätt att Aneby Buss och Carlstens anbud förkastas.

Brister i förfrågningsunderlaget

Skulle förvaltningsrätten finna att kommunen haft möjlighet att låta anbudsgivare erbjuda flera fordon för att dessa tillsammans skulle uppfylla skall-kravet på minsta antal sittplatser per fordon är detta något som inte går att utläsa ur förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att varje fordon vid skolskjuts ska ha minst lika många sittplatser som antalet elever. För att anbudsgivare ska kunna lämna ett konkurrens-

kraftigt, fullständigt och relevant anbud måste förfrågningsunderlaget vara utformat på ett sätt som ger samtliga anbudsgivare samma möjlighet. I detta ingår naturligtvis även att kunna bedöma vad som ska ingå under respektive skall-krav. En sådan insyn är absolut nödvändig för att LOU:s krav på likabehandling och transparens ska vara uppfyllda.

Kostnaden för ett fordon som uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven är högre än kostnaden för exempelvis två mindre fordon och detta är den direkta orsaken till varför Thomas Kimmeheds anbudspris är högre än Aneby Buss. Om det av förfrågningsunderlaget hade framgått att varje fordon inte behövde uppfylla krav om minsta antal sittplatser hade Thomas Kimmehed kunnat lämna ett lägre anbudspris och hade med största sannolikhet haft det lägsta anbudspriset och således även vunnit upphandlingen.

Trafiksäkerhetsplan och miljöplan

Thomas Kimmehed är miljödiplomerade enligt den s.k. Göteborgsmodellen. Även Aneby Buss är diplomerade enligt denna modell. Thomas Kimmehed har sedan tidigare tagit extern hjälp vid framtagande av miljöplan och vid diplomerings enligt aktuell modell. Eftersom både Aneby Buss och Thomas Kimmehed är diplomerade enligt samma modell är det inte speciellt konstigt att båda bolagen har likadana miljöplaner. Thomas Kimmehed har en miljöplan som uppfyller skall-krav i aktuell upphandling. Den trafiksäkerhetsplan som Thomas Kimmehed lämnat i sitt anbud är den trafiksäkerhetsplan som Thomas Kimmehed tillämpar. Denna uppfyller de skall-krav som kommunen uppställt.

Aneby kommun

Det har vid kvalificeringen av inkomna anbud inte förelegat grund för att utesluta Aneby Buss ur upphandlingen. Kommunen har således inte brutit

mot LOU på sätt som Thomas Kimmehed påstår varför grund för ingripande enligt LOU inte föreligger. Skulle förvaltningsrätten finna att kommunen har brutit mot LOU så sätt som Thomas Kimmehed gör gällande saknas grund för ingripande enligt LOU eftersom Thomas Kimmehed inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav och kan därför vare sig ha lidit eller riskerat att lida skada. Det är i aktuellt fall fråga om en avslutad upphandling varför skadan måste vara konkret för att ett ingripande enligt LOU kan bli aktuellt. Thomas Kimmehed måste således ha lidit skada på grund av att kommunen har beaktat Aneby Buss anbud trots att det innehåller påstådd brist. Kommunens påstående om att Thomas Kimmehed inte uppfyller samtliga skall-krav måste prövas inför ställningstagandet om Thomas Kimmehed har lidit en konkret och verklig skada, jmf Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012 i mål nr. 942-12. Finner förvaltningsrätten att Thomas Kimmeheds anbud inte uppfyller ställda skall-krav på sätt som följer nedan ska förvaltningsrätten avslå Thomas Kimmeheds ansökan om överprövning på grund av att Thomas Kimmehed inte uppfyllt skaderekvisitet som följer av LOU 16 kap. 4 §. Det saknas principiell betydelse vid denna bedömning om det är fråga om ett och samma skall-krav även om det blir särskilt tydligt när det är fråga om ett och samma skall-krav, se sidan 16 i kammarrättens dom enligt ovan. Thomas Kimmehed har lämnat det tredje lägsta priset i upphandlingen. Thomas Kimmehed kan därför inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada, skaderekvisitet är således inte uppfyllt. Thomas Kimmehed har inte heller påstått att de har lidit eller kunnat komma att lida skada. Det är möjligt att det innebär en högre kostnad att offerera ett fordon på en tur istället för flera. Det är vidare möjligt att det är orsaken till att Thomas Kimmeheds anbud är betydligt dyrare. Den eventuella otydligheten som belastar förfrågningsunderlaget har dock inte påverkat resultatet i upphandlingen. Alla anbudsgivare har att välja strategi före det att ett anbud inges och i nuvarande upphandling är det tydligt att anbudsgivarna valt olika strategier för att lämna det mest fördelaktiga anbudet.

Kvalificeringen av Aneby Buss anbud

Aneby Buss har accepterat samtliga krav i upphandlingen genom att kryssa i den rutan i anbudsformuläret samt undertecknat anbudet. Aneby Buss har på så sätt accepterat och bekräftat att de transporter som Aneby Buss offererar kommer att erbjuda sittplatser till samtliga elever. Kravet att samtliga elever ska ha sittplats beror bl.a. på elevernas säkerhet. Kravet siktar till de verkliga förhållandena men siktar inte till att bussarna ska ha viss storlek. För det fall en anbudsgivare har en fordonspark som exempelvis endast består av fordon som erbjuder 22 platser men viss tur i upphandlingen har 44 stycken skolskjutsberättigade elever ska sittplatskravet inte hindra att sådan anbudsgivare använder två fordon för att klara av behovet. Det finns således inget krav på att anbudsgivaren ska klara respektive tur genom ett fordon på sätt som Thomas Kimmehed förefaller göra gällande. Kravet är att erbjuda samtliga elever egen sittplats, dvs. kommunen har velat undvika att elever ska tvingas att stå i bussarna på grund av platsbrist. Kommunen har genom att inte ha särskilt krav avseende fordonens storlek velat öppna för största möjliga konkurrens och ge marknadens aktörer ett större spelrum att kalkylera fram bästa möjliga anbud utifrån sina egna förutsättningar. Kommunen har aldrig med skrivningen försökt att skapa ett skall-krav innebärande att endast ett fordon får nyttjas per tur och förfrågningsunderlaget anger inte heller att ett sådant krav finns. Kommunen hade således agerat i strid med förfrågningsunderlaget och LOU om Aneby Buss anbud hade förkastats. Samtliga anbud, däribland Aneby Buss har uppfyllt de skall-krav som uppställs i denna del av upphandlingen och har kvalificerats till utvärderingen. Detta förfarande är helt i enlighet med LOU och grund för ingripande saknas. Aneby Buss har inte haft någon fördel jämfört med övriga anbudsgivare inte heller har Aneby Buss lagt ett onormalt lågt pris i enlighet med 12 kap. 3 § LOU. Någon överträdelse av likabehandlingsprincipen har alltså inte skett. Kommunen har viss förståelse för att Thomas Kimmehed har uppfattat förfrågningsunderlaget på sätt som görs gällande eftersom förfrågningsunderlaget i denna del skulle kunna missupp-

fattas. Av RÅ 2002 ref 50 kan även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de grundläggande principerna inte har åsidosatts. Den eventuella brist som Thomas Kimmehed indirekt har pekat på har dock inte påverkat utfallet av upphandlingen och något åsidosättande av de grundläggande principerna har inte heller skett.

Brister i Thomas Kimmeheds anbud

Av punkten 2.5 och 2.6 i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska ha rutiner för trafiksäkerhet och en miljöplan. Av Thomas Kimmeheds anbud framgår att de har lämnat in Aneby Buss miljö- och trafiksäkerhetsplan. Att det är Aneby Buss miljö- och trafiksäkerhetsplan framgår av Aneby Buss hemsida. Av Thomas Kimmeheds hemsida framgår att bolagets information angående miljö- och trafiksäkerhetsplan är annorlunda och mer begränsad än Aneby Buss miljö- och trafiksäkerhetsplan. Genom att Thomas Kimmehed inte själva har någon miljö- och trafiksäkerhetsplan uppfyller inte Thomas Kimmeheds anbud skallkraven i punkt 2.5 och 2.6 i förfrågningsunderlaget. Thomas Kimmeheds anbud skulle därför rätteligen ha förkastats då anbudet inte motsvarar de kriterier som uppställs i förfrågningsunderlaget. Thomas Kimmehed kan med beaktande av det ovan anförda inte anses lida eller riskera att lida skada i den mening som avses i 16 kap. LOU.

Sammanfattningsvis är kommunen av uppfattningen att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt och att grund för ingripande enligt LOU saknas avseende den påstådda bristen i förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 16 kap. 6 och 4 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leverantör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Utredningen

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

3.2.8 Sittplatser

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

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

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

I del 2, övriga transporter.

Anbudsgivarna ska fylla i nedan angivna rutor.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll – utifrån de omständigheter som sökanden har anfört – av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU.

Av utredningen i målet framgår att Thomas Kimmehed har lämnat det tredje lägsta priset i upphandlingen efter Carlstens och den vinnande leverantören Aneby Buss. Frågan i målet är inledningsvis om Thomas Kimmehed, såsom placerad på tredje plats, kan anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada på sätt som krävs för ingripande enligt LOU.

Thomas Kimmehed har gjort gällande att vare sig Aneby Buss eller Carlstens uppfyller samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget.

När det gäller Carlstens har Thomas Kimmehed anfört att Carlstens saknar giltigt trafikillstånd. Thomas Kimmehed åberopar till stöd för sitt påstående vad kommunen anfört i förvaltningsrätten med anledning av Carlstens begäran om överprövning av samma upphandling (mål nr. 428-13).

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69).

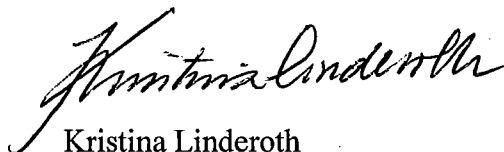
Förvaltningsrätten finner inte att Thomas Kimmehed har visat att Carlstens inte uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav om giltigt trafikillstånd. Thomas Kimmehed har inte inkommit med någon bevisning som stödjer påståendet eller på annat sätt visat att Carlstens trafikillstånd skulle vara

ogiltigt. Inte heller har Thomas Kimmehed på ett tydligt sätt angett på vilket sätt Carlstens trafiktillstånd skulle vara ogiltigt.

Då Thomas Kimmehed inte har visat att Carlstens trafiktillstånd är ogiltigt kan inte heller Thomas Kimmehed såsom nummer tre i tilldelningsbeslutet anses ha lidit skada på sätt som krävs för att förvaltningsrätten ska förordna om ingripande enligt LOU. Thomas Kimmeheds ansökan om överprövning ska därför avslås.

Upplysningsvis anges att förutom Thomas Kimmehed har även Trafikbolaget Carlstens i Bodafors AB begärt överprövning av den aktuella upphandlingen (förvaltningsrättens mål nr 428-13). Som grund för sin ansökan har Carlstens angett att kommunens utvärdering av Aneby Buss och Taxi AB inte har skett på ett korrekt sätt då Aneby Buss och Taxi AB inte uppfyller samtliga skall-krav. Förvaltningsrätten har i dom denna dag beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett genom en ny utvärdering utifrån de skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget.

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



Kristina Linderöth