



SÖKANDE

Nobina Sverige AB, 556057-0128

Ombud: Advokaterna Kristian Pedersen och Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen KB

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 2 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 2.

Nobina Sverige AB (Nobina) ansöker om överprövning av upphandlingen vad gäller anbudsområde REG 2 och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om att upphandlingen i denna del inte får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny anbudsutvärdering genomförs, utan beaktande av anbudet från Grimslövsbuss.

Östgötatrafiken bestrider bifall till ansökan.

Grimslövsbuss framställer att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR

Nobina

Under avsnitt 2.2.5, *samverkande part*, i upphandlingsdokumenten beskrivs möjligheten att lämna anbud som en grupp av leverantörer. Av nämnda avsnitt framgår i huvudsak att anbudssökande som avser att lämna anbud som en grupp av leverantörer ska dels ange detta, dels lämna viss begärd information om gruppen. Östgötatrafiken kräver också att få teckna avtal med en juridisk person, även om anbudet lämnas gemensamt av en grupp av leverantörer.

Av avsnitt 2.2.12, *referensuppdrag*, framgår de obligatoriska krav på referensuppdraget som ska uppvisas. Referensuppdraget ska avse tidtabellslagd

linjetrafik och ska vara utfört under de senaste tre åren, alternativt ska ett pågående uppdrag ha pågått under minst två år. Uppdraget ska likna det nu aktuella till art och omfattning.

Under frågor och svar preciserade Östgötatrafiken kravet på referensuppdrag på så sätt att oavsett om anbudssökanden avser att lägga anbud på ett eller två anbudspaket ska anbudssökanden lämna ett referensuppdrag som ska omfatta minst 35 fordon för att referensuppdraget ska vara godkänt. Genom frågor och svar förtydligade Östgötatrafiken dessutom att för att en anbudssökande ska kunna tillgodogöra sig ett referensuppdrag som utförts tillsammans med koncernsyskon, måste anbudssökanden lämna anbud som en grupp av leverantörer i enlighet med avsnitten 2.2.5 och 2.2.6 i upphandlingsdokumentet (jfr publik fråga 10 och 12). Östgötatrafikens svar avser användning av koncernsyskons referensuppdrag i allmänhet, det vill säga inte enbart sådana referensuppdrag som den anbudssökande inte själv har deltagit i.

Det ska framhållas att justeringar av krav genom frågor och svar är vanligt förekommande för en upphandlande enhet att informera samtliga anbudsgivare om den senaste versionen eller den rätta tolkningen av ett visst krav. Svaren i frågor och svar är bindande för såväl Östgötatrafiken som anbudsgivarna. Det ska framhållas att det inte finns något oprecist i Östgötatrafikens förtydliganden. Svaren har inte heller på något sätt begränsat anbudssökandes möjlighet att använda sig av andra företags referensuppdrag. De anbudssökande som velat åberopa referensuppdrag utförda av andra företag eller koncernsyskon har kunnat göra detta, under förutsättning att anbuden lämnades i enlighet med kraven som gäller för grupper av leverantörer i enlighet med 4 kap. 5 § LUF. Kraven i en upphandling kan inte anses vara otydliga enbart för att den upphandlande enheten i efterhand påstår att avsikten varit en annan. Särskilt inte när kraven är så pass tydligt beskrivna som i nu aktuellt fall.

Av Grimslövsbuss anbudsansökan framgår bl.a. att åberopat referensuppdrag avser 57 regionbussar med ett avtalsvärde över 800 miljoner kr och att delar av uppdraget utförs av koncernsyskon där Grimslövsbuss är huvudsakligt ansvarig för utförandet.

I yrkestrafiklagen (2012:210) anges endast att det är tillåtet för den som bedriver tillståndspliktig yrkestrafik att anlita någon annan för att utföra den. Det är tillåtet att samarbeta, det vill säga att utföra ett visst uppdrag gemensamt eller genom att använda annat företags kapacitet. Det eller de företag som faktiskt utför uppdraget, det vill säga kör bussarna, måste dock ha yrkestrafiktillstånd för tillräckligt många fordon för att klara av hela den trafik som uppdraget innebär. Att låna eller på annat sätt nyttja någon annans trafikstillstånd är inte lagligen möjligt. Grimslövsbuss har endast yrkestrafikstillstånd för 40 bussar och kan därför inte lagligen utföra eller ha utfört referensuppdraget självt då det enligt Grimslövsbuss egna uppgifter omfattar 57 bussar. Istället måste uppdraget ha utförts tillsammans med koncernsyskonen, det vill säga att koncernsyskonen måste ha deltagit i utförandet av uppdraget. Därutöver framgår det uttryckligen av anbudsansökan, avsnitt 2.2.10.1, att referensuppdraget för Kronobergs län utgörs av 60 procent linjetrafik och 40 procent skoltrafik. Även detta talar för att Grimslövsbuss åberopade referensuppdrag inte uppfyller kravet om minst 35 bussar i tidtabellslagd linjetrafik.

Av anbudsansökan framgår uttryckligen att referensuppdraget har utförts tillsammans med koncernsyskon, det vill säga den typen av referensuppdrag som endast godkänns om anbudet lämnas av en grupp leverantörer. Det aktuella referensuppdraget är fördelat på tre trafikavtal, ett per respektive koncernbolag inom Karlssonbusskoncernen. Grimslövsbuss del avsåg 27 bussar av totalt 57 bussar, vilket ryms inom yrkestrafiktillstånd. Även av detta skäl är det tydligt att den totala kapacitet som krävs för referensuppdraget endast uppnås tillsammans med koncernsyskonen. Att Grimslövsbuss – gentemot

Länstrafiken Kronoberg – övertagit sina koncernsyskons avtal, och att Länstrafiken Kronoberg beskriver Grimslövsbuss som ”huvudentreprenör” saknar betydelse för frågan om uppdraget utförs med koncernsyskonens gemensamma kapacitet. I tilläggsavtalet anges inte att Grimslövsbuss ensamt ska utföra uppdragen enligt de tre separata avtalen. Tvärtom anges istället att koncernsyskonen ska utföra sina respektive delar såsom underentreprenör till Grimslövsbuss, det vill säga det totala uppdraget har utförts av koncernsyskonen gemensamt. I meddelandet från trafikdirektören för Länstrafiken Kronoberg anges dessutom att Grimslövsbuss ansvarar för ett uppdrag fördelat på tre avtal. På Länstrafiken Kronobergs webbplats, i listan över de entreprenörer som utför trafiken, listas Grimslövsbuss på samma rad som sina koncernsyskon med ett tillägg av att de tre entreprenörer ”ingår i samma avtal”. Samtliga omständigheterna visar därför att Grimslövsbuss referensuppdrag har utförts tillsammans med Grimslövsbuss koncernsyskon. Såvitt gäller omloppsrapporterna kan det konstatera att det faktum att parterna beskriver entreprenören som Grimslövsbuss (utan angivande av koncernsyskonen) endast är ett bevis för hur avtalsrelationen uppfattas parterna emellan. Omloppsrapporterna säger ingenting om huruvida kapacitet från koncernsyskon har eller inte har använts. Det är uppenbart att uppdraget har utförts av koncernsyskonen gemensamt, med användning koncernsyskonens resurser. Grimslövsbuss anbudsansökan uppfyller därför inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, eftersom anbudet inte lämnades av en grupp av leverantörer. Eftersom Grimslövsbuss anbudsansökan brister i uppfyllelse av obligatoriskt krav borde den rätteligen ha förkastats.

Referensuppdraget ska omfatta minst 35 fordon. Enligt Östgötatrafikens egen utredning avsåg Grimslövsbuss del av det åberopade referensuppdraget endast 27 fordon. Även om det vore upphandlingsrättsligt möjligt att bortse från att uppdraget utförts tillsammans med koncernsyskon – vilket innebär ett obligatoriskt krav på att lämna anbud som en grupp av leverantörer – uppfyller Grimslövsbuss inte ensamt kravet på att referensuppdraget ska

omfatta minst 35 fordon. Referensuppdraget kan således inte accepteras. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1011-14 saknar relevans för prövningen i detta mål.

Det som Grimslövsbuss anför om Nobinas anbud kan inte prövas inom ramen för detta mål. Oavsett detta bestrids dock att Nobinas anbud skulle ha någon brist i förhållande till ett obligatoriskt krav. Nobinas återopade referensuppdrag har inte utförts tillsammans med annat företag, utan ensamt. Moderbolaget deltog inte i uppdragets utförande utan lämnade endast en moderbolagsgaranti i ekonomiskt hänseende för att garantera Nobinas fullgörande av uppdraget. Situationerna är således inte jämförbara.

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 samma komplexitet vad gäller organisation m.m. Att ange en fixerad fordonnumerär 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.

Yrkestrafiktillstånd är främst ett bevis för att ett företag uppfyller kraven på faktisk organisation och fast etablering, yrkeskunnande, ekonomiska för-

hållanden och gott anseende för att få bedriva yrkesmässig trafik med gods-transporter på väg eller bedriva persontransporter på väg med buss. Av 2 kap 1 § yrkestrafiklagen framgår att den som bedriver linjetrafik får anlita någon annan för att utföra trafiken. Således kan och bedriver Grimslövsbuss idag trafik såväl rent teoretiskt som praktisk linjetrafik med mer än 40 fordon genom att använda annat bolags trafik tillstånd i den trafik för vilken Grimslövsbuss agerar huvudman för samtliga andra funktioner. Grimslövsbuss bedriver idag trafik med 57 bussar, men inte tillsammans med koncernsyskon och inte heller som samverkande part som Nobina gör gällande. Trafiken bedrivs genom att använda koncernsyskonens trafik tillstånd. Samtliga övriga funktioner som behövs för att fullfölja ett trafikuppdrag sköts av Grimslövsbuss. Oaktat detta har Grimslövsbuss, bara genom sitt innehav av yrkestrafiktillstånd för 40 bussar, kunnat visa att man uppfyller de formella krav på organisation, yrkeskunnande och ekonomiska förhållanden som ställs av Transportstyrelsen samt således också det upphandlade uppdragets storlek.

Grimslövsbuss ingår i Karlssonbusskoncernen tillsammans med Sven Carlssons Trafik AB och Moheda Buss AB. 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. Grimslövsbuss bedriver självständigt, med möjlighet att disponera koncernsyskonens trafiktillstånd, hela trafiken inom ramen för referensuppdraget.

Nobina påstår att det inte är lagligen möjligt att nyttja annans trafiktillstånd. Ett sådant horisontellt utnyttjande av koncerngemensamt fordonskapital är dock både lagligt och möjligt. Därutöver har Moheda Buss även tillstånd för uthyrning av bussfordonen. En uthyrning av dess 25 fordon skulle även det förklara att Grimslövsbuss bedriver trafiken med mer än, det krav om 35 bussfordon som Nobina anser ska gälla. Det finns flera förklaringar till hur Grimslövsbuss kan bedriva trafik med fler fordon än de som finns registrerade på trafiktillståndet. Grimslövsbuss kan därför betraktas som huvudman och trafikutövare för hela uppdraget då det, genom utnyttjande av sådant horisontellt koncerngemensamt fordonskapital som trafiktillstånden för Moheda Buss och Sven Carlssons Trafik, där för övrigt samma person är trafikansvarig, kan Grimslövsbuss sägas ha tillstånd för 57 bussfordon som används för uppdraget.

Det faktum att koncernsyskonen har agerat såsom underleverantörer betyder dock inte att de varit underleverantörer till Grimslövsbuss i den bemärkelsen som Nobina avser. Vidare fråntar det inte att Grimslövsbuss gentemot Länstrafiken i Kronoberg utgjort den huvudsakliga trafikentreprenören för hela trafikuppdraget om 57 bussfordon och därmed självständigt haft ansvar för flera funktioner. Moheda Buss och Sven Carlssons Trafik har därmed inte utgjort underleverantörer i traditionell mening. Moheda Buss och Sven Carlssons Trafik kvarstår som egna juridiska personer främst av den orsaken att man från koncernledningen velat erbjuda fortsatt anställningstrygghet för

busschaufförerna under den juridiska person vilken de en gång blev anställda. Grimslövsbuss har ansvaret för det uppdraget och kunnat erbjuda de koncerngemensamma funktioner nödvändiga för uppdraget.

Eftersom referensuppdraget är avsett att visa en anbudssökandes mognad vad avser organisation, affärsmodell samt erfarenhet av storskaligt bedrivande av trafik, får den rättsliga hemvisten av avtal och fordon anses underordnad den praktiska erfarenheten av att bedriva viss busstrafik. Oaktat om trafiken ömsom bedrivits under eget avtal eller under flera avtal tillhöriga koncernssyskon, och oaktat fordonens rättsliga hemvist, har bolaget visat att man har den kompetens och erfarenhet som är tillräcklig för att uppfylla det krav som referensuppdraget är avsett att visa. 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 är att betrakta som utförare för trafiken. Det åberopade referensuppdraget omfattar 57 bussar. Hur många av dessa bussar som Grimslövsbuss äger, hyr eller innehar trafiktillstånd för saknar alltså relevans för prövningen i målet. Sammantaget har Grimslövsbuss alltså inte behövt lämna någon gemensam ansökan eftersom det ensamt uppfyller kravet på referensuppdrag.

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 Nobina anför om Grimslövsbuss ensamt har avtal för referensuppdraget saknar därmed relevans. Även det som framförs om hur trafikillstånd 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 under 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, economichef, 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.

Nobina har åberopat ett referensuppdrag som avser en kombination av stads- trafik och regionbussar och som avviker i väsentliga delar från den nu upphandlade tjänsten. Det av Nobina åberopade referensuppdraget bygger dessutom på en moderbolagsgaranti. Moderbolaget har därmed ett betydande ansvar för fullgörandet av avtalet, vilket innebär att Nobina inte kan åberopa avtalet på egen hand utan stöd av moderbolaget. Detta stödjer att Nobina gjort samma tolkning av kravet, det vill säga att det är själva trafikuppdraget

och inte avtalet som efterfrågas. Vid en snäv tolkning av kravet skulle alltså Nobina diskvalificeras från vidare deltagande i upphandlingen.

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 Nobina 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 Nobina 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).

Nobina har 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 referens-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM

uppdraget 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. Såvitt kommit fram i målet är uppdraget uppdelat 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 trafikeringsavtal omfattar 27 bussar och att koncernsyskons respektive trafikeringsavtal omfattar resterande 30 bussar. Enligt förvaltningsrätten har inget annat kommit fram i målet än att koncernsyskonen 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 brustit i uppfyllelse i förhållande till obligatoriska krav i upphandlingen. Med hänsyn till att det har varit obligatoriskt att åberopat referensuppdraget 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 Nobina har rangordnats på andra plats i upphandlingen har Nobina i vart fall riskerat lida skada till följd av så skett.

När det gäller Grimslövsbuss invändningar mot Nobinas anbudsansökan konstaterar förvaltningsrätten att nu aktuell ansökan om överprövning endast tar sikte på brister i Grimslövsbuss anbudsansökan och Östgötatrafikens prövning av den. Huruvida även Nobinas anbudsansökan har haft motsvarande 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 Nobinas 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 2 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.

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

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.

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.