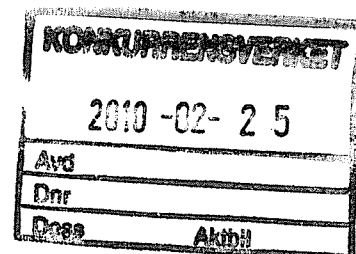




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2010-02-24
Meddelad i
Linköping

Mål nr
898-10
Rotel 2



SÖKANDE

Vikbolands Taxi 160 000 AB, 556467-0288
Importgatan 20
602 28 Norrköping

Ombud: Advokat Sofia Mårtensson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Fjärde Storstadsregionens Kommunalförbund, 222000-2527
Upphandlingscenter
c/o Norrköpings kommun
601 81 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 296

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 11 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Fjärde Storstadsregionens Kommunalförbund (kommunalförbundet) genomför en upphandling av nio specialfordon och fyra storbilar för samhällsbetalda resor. Upphandlingen avser mer specifikt att för Norrköpings kommuns räkning utföra transporter såsom färdtjänst, sjukresor, skolskjutor och kompletteringstrafik på landsbygden. Anbudsförfrågan är daterad den 14 oktober 2009. Upphandlingen sker genom ett öppet förfarande.

Vid anbudstidens utgång hade sex anbud kommit in. Kommunalförbundet fattade tilldelningsbeslut den 4 januari 2010. Kommunalförbundet beslutade att anta Telepass AB och Tunabergs Taxi AB som leverantörer.

Vikbolands Taxi 160 000 AB (bolaget) ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, innebärande att Telepass AB:s (Telepass), Tunabergs Taxi AB:s (Tunaberg) och Östra Husby Taxi AB:s (Östra Husby) anbud ska förkastas och att en ny utvärdering av anbuden ska genomföras varvid bolaget ska tilldelas kontrakten. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

Länsrättens beslutade genom interimistiskt beslut den 8 januari 2010 att upphandlingen inte fick avslutas innan länsrätten slutligt avgjort målet eller förordnat annat.

Kommunalförbundet yrkar i första hand att bolagets talan ska lämnas utan bifall. I andra hand yrkars att anbudet från bolaget ska förkastas eftersom bolaget inte uppfyller kvalificeringskravet på ekonomisk stabilitet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utredning

Av upphandlingsföreskriften 9.3 *Grunder för utvärdering*, framgår att kommunen kommer att anta anbudet med lägst pris. Enligt 9.1, *Kvalificering*, ska inkomna anbud först genomgå en kvalificeringsfas. Denna innebär att en kontroll av att samtliga efterfrågade handlingar är insända samt kontroll att anbudsgivarna uppfyller de obligatoriska krav som ställs upp i handlingarna. Av 9.2 *Utvärdering* framgår att utvärdering ska göras av de anbud som har klarat kvalificeringsfasen. I anbudsföreläggandet kapitel tre ställs fem kvalificeringskrav upp.

Av anbudsföreläggandet kapitel 3.2 framgår bl.a. följande. Anbudsgivare ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt yrkeskunnande. Därför ska anbudsgivaren som bevis lämna minst två referenser på kontraktsenligt pågående eller genomförda uppdrag av motsvarande karaktär som det förevarande. Den upphandlande myndigheten kommer vid bedömningen att lägga särskild vikt vid att anbudsgivaren utfört referensuppdragen med yrkeskunnande, effektivitet och tillförlitlighet. Av referensförteckningen framgår att anbudsgivaren ska göra en kort beskrivning om uppdragets omfattning samt uppge uppdragsgivarens namn, en kontaktperson samt e-postadress och telefonnummer till referensen.

Av kapitel 3.4 framgår att anbudsgivaren ska styrka att han bedriver eller under avtalsperioden kommer att bedriva ett aktivt miljöarbete. Till anbudet ska bifogas handlingar som styrker vilka åtgärder som vidtagits eller kommer att vidtas inom ramen för ett aktivt miljöarbete.

Av kapitel 3.3 framgår att anbudsgivarna och eventuella underleverantörer ska ha en stabil ekonomisk bas. Detta ska av kommunalförbundet kontrol-

leras genom företaget BusinessCheck. Anbudsgivarna ska som minimum uppnå en rating på fem för att kvalificera sig. Om det vid kontrollen visar sig att en anbudsgivares rating är lägre än fem bereds anbudsgivaren att komma in med en för beställaren godtagbar förklaring.

Av Busslinks miljöplan framgår bl.a. följande. Busslink upprättar årligen en miljöredovisning och CO² per passagerarkilometer är ett nyckeltal som redovisas i deras balanserade styrkort. Redovisningen görs per trafikområde. Vidare finns det en lista över betydande miljöaspekter. Listan ska vara ett hjälpmedel för att i det lokala miljöarbetet få bättre förståelse hur var och en påverkar miljön.

Parternas argumentation

Bolaget anför i huvudsak följande.

Av utvärderingsprotokollet framgår att bolaget kommer som nummer två i utvärderingen av kontraktet för storbilar och som nummer tre i utvärderingen av kontraktet för specialfordon. Som nummer två i utvärderingen av specialfordon kommer Östra Husby.

Varken de bolag som har antagits som leverantörer eller Östra Husby uppfyller skallkraven i förfrågningsunderlaget. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om framförallt likabehandling, förutsebarhet och transparens. Till följd av de felaktigheter som har begåtts kommer bolaget att lida skada. Upphandlingen måste därför göras om.

Av anbudsformuläret framgår att kommunen har ställt krav på att anbudsgivarna ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt yrkeskunskande genom att lämna minst två referenser. Vidare framgår att anbudsgivarna ska lämna en ”kort beskrivning om uppdragets omfattning”. Enligt

anbudsformuläret ska anbudsgivarna även bifoga ”en handling som styrker vilka åtgärder som vidtagits eller kommer att vidtas inom ramen för ett aktivt miljöarbete”.

Tunaberg uppfyller inte de uppställda kraven om aktivt miljöarbete varför deras anbud inte skulle ha utvärderas och än mindre ha antagits. – För att uppfylla kravet på att styrka aktivt miljöarbete, har *Tunaberg* gett in *Busslinks* miljöplan. Av anbudsformuläret framgår att *Tunaberg* är dotterbolag till *Busslink*. Det anges vidare att de därför har full tillgång till *Busslinks* samlade resurser för teknik, utbildning, arbetsmiljö etc. Av 11 kap 12 § LOU framgår att leverantörer vid behov får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska därvid, genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa, att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser under kontraktstiden. Av förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 245) samt av t.ex. EG-domstolens dom i mål C-176/98 (*Holst Italia SpA*) framgår att om leverantören med stöd av avtal eller på annat sätt visar att denne förfogar över annan parts resurser och därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen, kan den upphandlande myndigheten eller enheten inte förkasta anbudet p.g.a. bristande kapacitet hos anbudsgivaren. Bolaget hänvisar även till *Karnovs* kommentar till lagrummet, av vilken framgår att ”Paragrafen handlar om en leverantörs tillgång till andra leverantörers kapacitet i angivna hänseenden.”. Såvitt kan förstås av första meningens är det leverantörens sak att bedöma om det finns behov av att åberopa andra leverantörers förmåga. Om så sker inträder enligt andra meningens en skyldighet att visa att han kommer att förfoga över nödvändiga resurser. – Något sådant avtal eller handling till styrkande av att *Busslink* ställer sina resurser till *Tunabergs* förfogande under kontraktstiden har inte lämnats i upphandlingen. Att *Tunaberg* själv anger att man förfogar över resurserna utgör inte något sådant bevis. Därmed kan *Tunaberg* inte tillgodöra sig *Busslinks* miljöplan.

Telepass uppfyller inte samtliga skullkrav och deras anbud skulle därför inte ha utvärderats och än mindre ha antagits. – Avseende en av referenserna anges vad uppdraget avser samt ungefärlig omfattning i form av omsättning per år samt den tid uppdraget pågått. Motsvarande uppgifter saknas dock vad avser övriga två referenser. Av dessa framgår inte omfattningen i form av vare sig omsättning, antal resor eller liknande. Efterfrågade e-postadresser till åberopade kontaktpersoner har utelämnats. – Av handlingarna framgår att *Telepass* för närvarande är ett vilande bolag och att det kommer att bygga upp ett verksamhetssystem som kommer att certifieras om *Telepass* tilldelas kontraktet. Bolaget menar att handlingarna inte styrker att några åtgärder vidtagits eller kommer att vidtas för ett aktivt miljöarbete.

Östra Husby uppfyller inte samtliga skullkrav och deras anbud skulle därför inte ha utvärderats. – De åberopade referenserna uppfyller inte kravet på angivande av uppdragets omfattning och även här saknas efterfrågade e-postadresser till kontaktpersoner. *Östra Husby* anger endast ”Samhällsbetalda resor i Norrköpings och Söderköpings kommun etc.”. Härav framgår överhuvud taget inte uppdragets omfattning. – Den handling som har bifogats av *Östra Husby* för att styrka aktivt miljöarbete avser överhuvud taget inte detta. Istället har en verksamhetsmanual bifogats. Av denna framgår endast, i här aktuellt avseende, att ”Vår miljöpåverkan är starkt kopplad till aktiviteter som fordonskörning och fordonsvård. Vi anser det därför av vikt att, så långt som möjligt, påverka och styra inköpen av produkter kring dessa aktiviteter.” Vidare framgår att ”vi ser vår personal som en viktig resurs i vårt miljö – och kvalitetsarbete”. Angivna texter är fullkomligt intetsägande och styrker på intet sätt att *Östra Husby* bedriver eller avser att bedriva något aktivt miljöarbete, vilket krävs av kommunalförbundets förfrågningsunderlag.

De nämnda anbudsgivarna uppfyller inte de uppställda kraven för referenser och miljöarbete. Upphandlingen måste därför rättas och bolaget, som är nummer två respektive nummer tre enligt nuvarande utvärdering, ska tilldelas kontrakten avseende både specialfordon och storbil.

Om Telepass och Östra Husby kan anses uppfylla kravet att styrka aktivt miljöarbete, är det uppställda kravet inte transparent. Hur det aktiva miljöarbetet ska styrkas, vad som ska styrkas och vad "aktivt miljöarbete" faktiskt innebär för kommunen framgår inte. Kravet öppnar således för skönsmässiga bedömningar.

Bolaget åberopar anbudsförfrågan, upphandlingsföreskriften, anbudsformuläret, tilldelningsbeslutet jämte utvärderingsprotokoll, anbudsformulär och miljöarbetsunderlag för Telepass, Östra Husby, Tunaberg och Vikbo-lands Taxi.

Kommunalförbundet anför i huvudsak följande.

Inledningsvis poängteras att nu ifrågasatt miljöarbetskrav i 3.4 anbudsformuläret är medvetet lågt ställt, bl.a. för att helt nya bolag och småföretagare med ringa utvecklat miljöarbete ska ha möjlighet att komma i åtnjutande av uppdraget.

Tunaberg uppfyller ställda krav på miljöarbete. Mot bakgrund av den ovan beskrivna strategin, stadgas det i 3.4 anbudsformuläret att anbudsgivaren ska styrka att han bedriver eller under avtalsperioden kommer att bedriva ett aktivt miljöarbete samt styrka vilka åtgärder som vidtagits eller kommer att vidtas inom ramen för miljöarbetet. Det kan noteras att det inte ställs något krav på att eventuella upprättade handlingsplaner för miljöarbetet måste vara framtagna eller producerade av anbudsgivande företag. Det finns således inte några formella hinder att följa eller kopiera andra före-

tags miljöplaner. – Kommunalförbundet tillbakavisar bolagets påståenden om att Tunaberg inte uppfyller ifrågavarande krav. Tunaberg har genom sitt välformulerade anbud, i särskild bilaga benämnd ”Miljöarbete”, styrkt hur Tunaberg faktiskt arbetar och kommer att arbeta under avtalet. Av anbudet framgår tydligt att ”i Busslinks organisation utgör Tunabergs Taxi ett trafikområde...”. I Busslinkkoncernens terminologi benämns således dotterbolaget Tunaberg som ett trafikområde. Av Tunabergs bilaga om miljöarbete framgår hur trafikområdet Tunaberg, liksom alla trafikområden i koncernen, självständigt arbetar och kommer att arbeta inom ramen för ett aktivt miljöarbete. Miljöarbetet beskrivs mer detaljerat under rubriken Handlingsplaner/Genomförande i bilagan. Där anges att ”De övergripande målen bryts ned och kvantifieras i årliga lokala miljömål för varje trafikområde i de lokala miljöprogrammen utgående från föregående års verksamhet och utfall”. Tunaberg har styrkt hur de, som ett självständigt trafikområde, arbetar och kommer att arbeta inom ramen för ett aktivt miljöarbete, utan att åberopa något annat företags kapacitet i denna del. Bolagets påstående om att Tunaberg åberopat Busslinks resurser, men inte visat att de kan förfoga över dessa, är mot bakgrund av vad som anförts inte av intresse i målet.

Telepass uppfyller också ställda krav på miljöarbete. Av anbudet framgår tydligt och klart hur efterfrågat miljöarbete kommer att bedrivas. Där anges bl.a. att ”...ett verksamhetssystem som uppfyller kraven enligt aktuella kvalitetsstandarder kommer att byggas upp. Ledningssystemet kommer att vara certifierbart mot miljöledningssystemet ISO 14001, kvalitetssystemet ISO 9001 samt mot systematiskt arbetsmiljöarbete AFS 2001:1/OHSAS. Certifieringsrevisionen (tredjepartsrevision) kommer att genomföras inom 6 månader efter avtalsstart. Kopia på certifikat kommer att tillsändas beställaren senast 2010-12-31. – Bolagets påståenden om brist på uppgift angående kvantifierbara storheter såsom omsättning, resor eller liknande tillbakavisas. Kommunalförbundet har inte efterfrågat några sådana uppgif-

ter eller storheter i referensförteckningen, utan endast en kort beskrivning av omfattningen, med avseende på uppdragens karaktär jämfört med nu aktuellt uppdrag. – Kommunalförbundet vitsordar i och för sig att Telepass inte har angett e-postadress till två av tre åberopade referenser, men utebliven uppgift härom påverkar inte anbudens innehåll och kan därmed inte rimligen medföra att anbudet ska förkastas. De uppgifter Telepass angivit i övrigt är korrekta och medför att kommunalförbundet likväl kunnat etablera kontakt med uppgivna referenser, varvid kunnat konstateras att Telepass uppfyller uppställt krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt yrkeskunskande. Att förkasta Telepass anbud p.g.a. ej lämnande e-postadresser vore en alltför långtgående och ingripande åtgärd, som sannolikt skulle innebära ett brott mot den grundläggande EG-rättsliga principen om proportionalitet. Denna inställning synes delas av Hentze och Sylvén. I deras lagkommentar till 1 kap 17 § punkt 6, LOU, anges ”Om en leverantör inte har lämnat uppgifter men dessa är allmänt kända kan enligt vår uppfattning ingen uteslutning ske med hänvisning till uteblivet uppgiftslämnande...” (jämför 10 kap 2 § punkt 6 LOU, SFS 2007:1091).

Östra Husby uppfyller också ställda krav på miljöarbete. Bolagets iver att hitta uteslutningsgrunder av konkurrerande anbudsgivare synes begränsad till en metodik att endast åberopa vissa delar av anbudet. Till skillnad från bolagets metodik har kommunalförbundet vid sin anbudsvärdering noggrant tagit del av hela anbudets innehåll. Av den till Östra Husbys anbud bilagda verksamhetsmanualen framgår följande vad gäller miljöarbete. ”Vårt verksamhetssystem är baserat på relevanta delar av ISO 9001, ISO 14001 samt AFS 2001:11. Som stöd för vår styrning har vi, utöver den verksamhetsstyrning som finns angiven i övriga delar av denna manual även rutiner, checklistor, journaler och protokoll som återfinns under ”startsidan” på vår server. Dessa utgör tillsammans med vår ”Att göra lista” vårt verktyg för att styra verksamheten mot de mål vi satt upp för verksamheten”. Av verksamhetsmanualen framgår vidare att Östra Husby inte

gör några avgränsningar avseende ISO 14001. Detta är ett på marknaden väletablerat miljöledningssystem. – Bolaget hävdar att även Östa Husbys anbud ska förkastas p.g.a. ej angivna e-postadresser, uppgifter om omsättning och antal resor. Kommunalförbundet hänvisar till vad som åberopats vad gäller Telepass samt lägger till följande. Östra Husby har i sitt anbud åberopat Norrköpings och Söderköpings kommuner som referenser. Norrköpings kommun har långvariga och mycket bra erfarenheter av Östa Husby. Företaget har nämligen sedan omkring år 1975 utfört samhällsbetalda resor åt kommunen till full belåtenhet. Detta samarbete har även under många år innefattat uppdrag till Söderköpings kommun, uppdrag som handlagts och upphandlats via upphandlingsenheten på Norrköpings kommun.

Kommunalförbundet tillbakavisar påståendena om att brott har begåtts mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, likabehandling, förutsebarhet och transparens jämlikt 1 kap 9 § LOU och att detta inneburit skada för bolaget. Förfrågningsunderlaget är i allt väsentligt korrekt utformat och innehåller tydliga och proportionella krav, som utgår från Norrköpings kommuns faktiska behov. En objektiv och korrekt bedömning har skett av inkomna anbud. Kommunalförbundet åberopar anbuderna från Tunaberg, Telepass och Östra Husby samt det kompletta förfrågningsunderlaget.

Bolaget erinrar följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunalförbundet valt att ställa som krav att anbudsgivarna ska styrka att de bedriver eller att de kommer att bedriva ett aktivt miljöarbete. Då kravet uttrycks på detta sätt d.v.s. att anbudsgivarna ska styrka angivna förhållanden, måste det i upphandlingen visas att kravet uppfylls. Det är kommunalförbundet självt som har valt att ställa kravet, och de måste upprätthålla kravet vid prövning och utvärde-

ring av anbuderna. Att, såsom kommunalförbundet anför, kopiera och ge in ett annat företags miljöplan i upphandlingen innebär givetvis inte att man uppfyller det aktuella kravet. – Vad avser Tunaberg vidhåller bolaget att de inte kan återropa moderbolagets Busslinks ”Miljöarbete” utan att tillhandahålla ett åtagande från Busslink om att Tunaberg kommer att förfoga över Busslinks resurser under kontraktstiden. Busslinks kapacitet kan inte tillskrivas Tunaberg utan ett sådant åtagande, vilket framgår av 11 kap 12 § LOU. Bolaget vidhåller vidare att Telepass och Östra Husbys skrivelser inte styrker att efterfrågat krav uppfylls. – Kommunalförbundets krav på ”en kort beskrivning om uppdragets omfattning” avseende minst två referenser kan inte förstås på annat sätt än att ett krav på att omfattningen måste kvantifieras i någon form t.ex. genom att ange omsättning, antal resor eller liknande. Kommunalförbundet anför att de inte efterfrågat några sådana uppgifter eller storheter. Bolaget bestrider detta då det av kravets ordalydelse framgår att omfattningen ska beskrivas. Detta krav kan inte uppfyllas om omfattningen inte ”mäts” på något sätt/i någon form.

– Bolaget får i denna del, samt avseende kravet på angivande av e-postadresser, hänvisa till Kammarrätten i Stockholms dom den 17 juni 2008 i mål nr 3378-08. I målet framgår att anbudsgivarna skulle ha fullgjort minst två åtaganden som till sin karaktär och omfattning motsvarade det som efterfrågades i upphandlingen. Anbudsgivarna skulle styrka kravet genom att skriftligen bifoga anbudet uppgifter från två referensuppdrag innehållande en kort beskrivning av uppdragets karaktär och omfattning, tidsperiod, beställare/uppdragsgivare samt kontaktperson med kontaktuppgifter. Kammarrätten instämde i länsrättens bedömning att en av anbudsgivarna inte uppfyllde kraven på angivande av omfattning, tidsperiod och kontaktuppgifter. Vidare finner Kammarrätten att anbudsgivare nummer två inte heller uppfyller kravet då denna anbudsgivare inte angivit referensuppdragets omfattning samt att det saknades uppgifter om kontaktuppgifter. – Förhållandena i det återropade målet är i det närmaste identiska med de här aktuella. Inte heller i här föreliggande upphandling uppfyller

Telepass och Östra Husby aktuella krav, varför anbudet skulle ha förkastats. – Kommunalförbundets kunskap om Östra Husby, vilken de har skaffat på annat sätt än genom att ta del av Östra Husbys anbud, kan inte läggas till grund för prövningen och utvärderingen av anbudet. Av LOU följer att alla anbudsgivare ska behandlas lika. Detta innebär bl.a. att en upphandlande myndighet inte kan "fylla" i befintliga leverantörers anbud med den kunskap den upphandlande myndigheten har om leverantören, eftersom anbudsgivarna då skulle behandlas olika. – I förfrågningsunderlaget har kommunalförbundet angivit vilka krav som man anser vara så pass viktiga att de måste uppfyllas. Dessa kan man inte bortse ifrån. Bolaget hänvisar till Kammarrätten i Stockholms dom den 7 december 2004 i mål nr 3973-04, av vilken det framgår att ställda krav aldrig kan vara oväsentliga och att det inte går att bortse från krav då detta innebär brott mot likabehandlingsprincipen. Då övriga anbudsgivare inte har lämnat sina anbud i enlighet med de krav och förutsättningar som angivits av kommunalförbundet i upphandlingen får dessa anbud inte utvärderas.

Kommunalförbundet anför i förnyat yttrande följande.

Om kommunalförbundet hade haft för avsikt att förmå anbudsgivarna att kvantifiera efterfrågad omfattning på referensuppdrag så hade referensförteckningen varit utformad med någon eller några alternativa kvantifierbara storheter, såsom omfattning uttryckt i kilometer/år, kronor/månad, dagar/år eller fordon/månad etc. Kommunalförbundet ser det angeläget att upprepa varför referensförteckningen kommit till överhuvud taget. Syftet med förteckningen är i första hand att den ska underlätta administrationen för anbudsgivarna att lämna anbud, och i andra hand utgöra ett underlag som möjliggör för kommunalförbundet att etablera kontakt med angivna referenter. Vidare är syftet att kommunalförbundet genom kontakt med referenterna bereds tillfälle att erhålla viss uppgift som delvis kommer att ligga till grund för avgörandet om respektive anbudsgivare uppfyller de kvalifi-

ceringskrav som ställs upp i förfrågningsunderlaget. Referensförteckningen är således inte tillkommen för att den ska utgöra formella hinder för de anbudsgivare som av någon orsak råkar förbise en för upphandlingsföremålet och kvalificeringsfasen helt ovidkommande omständighet. – Bolagets påståenden om att omständigheterna i domen i mål nr 3378-08 ”är i det närmaste identiska med här aktuella förhållanden” tillbakavisas bestämt. Kommunalförbundet har tagit del av anbudet som var aktuella i den av Kammarrätten prövade upphandlingen. För det första skiljer sig anbudsfrågan på ett stort antal punkter jämfört med det aktuella förfrågningsunderlaget, bl.a. vad gäller krav på tidigare erfarenheter och antalet olika referensuppgifter anbudsgivarna ombetts lämna. I anbudsfrågan som var aktuell i det målet, anges ”Anbudsgivaren ska ha fullgjort minst två åtaganden som till sin karaktär och omfattning motsvarar det som efterfrågas i detta förfrågningsunderlag. Åtagandena ska ha påbörjats eller slutförts efter den 1 juni 2004. Anbudsgivaren ska styrka att kravet uppfylls genom att skriftligen bifoga anbudet uppgifter på minst två referensuppdrag innehållande kort beskrivning av uppdragets karaktär och omfattning, tidsperiod, beställare/uppdragsgivare samt kontaktperson med kontaktuppgifter.” – För det andra är bristerna i anbudet från bolagen i domen i mål nr 3378-08, jämfört med nu aktuella påstådda anbudsbrister, inte jämförbara i något avseende. Anbudet i nämnda dom saknade ett stort antal efterfrågade uppgifter, såsom kontaktperson hos beställare, telefonnummer, avgränsad uppdragsperiod etc. I målet berörde inte Kammarrätten den typ av rättsfrågor som nu är föremål för länsrättens prövning, d.v.s. om det föreligger en obligatorisk skyldighet, enligt LOU, nationell praxis eller EG-rätten, att anbud ska förkastas om det i anbud exempelvis saknas uppgift om e-postadresser, för upphandlingsföremålet och kvalificeringsfasen helt ovidkommande omständigheter, även om alla övriga efterfrågade kontaktuppgifter lämnas av anbudsgivaren. Vid prövningen ska beaktas att det är kontaktuppgifter som är korrekta och medfört att kommunalförbundet likväl kunnat etablera kontakt med uppgivna referenter, vilket lett till att det

kunnat konstateras att anbudsgivarna uppfyller uppställda kvalificeringskrav. – Det enda lagrum i LOU om obligatorisk uteslutningsskyldighet är 10 kap 1 § (artikel 45 i direktivet 2004/18/EG). Övriga bestämmelser som behandlar uteslutning är fakultativa. Enligt kommunalförbundet torde det stå i strid med upphandlingsreglernas syfte, särskilt upphandlingsdirektivet och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, om det föreligger en obligatorisk uteslutningsskyldighet p.g.a. nu aktuella omständigheter. – Under den tid som nu aktuell upphandling har varit föremål för länsrättens prövning har det framkommit nya omständigheter som visar att bolagets ekonomiska kapacitet förändrats i väsentlig negativ riktning. Bolaget uppfyller numera inte uppställt kvalificeringskrav på ekonomisk stabilitet, 5 poäng, utan uppnår endast 4 poäng, vilket föranleder att bolagets anbud ska förkastas.

Av underlaget från BusinessCheck, som kommunalförbundet tagit fram den 10 februari 2010, framgår att Vikbolands Taxis rating har ändrats den 8 december 2009 från en åtta, god kreditvärdighet, till en fyra, svag kreditvärdighet. Den 3 mars 2009 sänktes ratingen från en 10, mycket god kreditvärdighet till den 8 som bolaget hade fram till december 2009.

Bolaget erinrar bl.a. följande.

Kommunalförbundet har angivit att referensuppdragets omfattning ska anges. Kommunalförbundet får därmed inte bortse från kravet. Kravet kan inte förstås på annat sätt än som ett krav på en kvantifierbar beskrivning av de aktuella uppdragen. En anbudsgivare som helt utelämnar uppgift om referensuppdragets omfattning kan därmed inte utvärderas. – Referensförteckningen är givetvis inte, som kommunalförbundet anger, tillkommen för att utgöra formella hinder för de anbudsgivare som av någon orsak råkar förbise vissa krav. Någon möjlighet att bortse från uppställda krav föreligger dock inte enligt LOU. För att upprätthålla de gemenskapsrättsliga prin-

ciperna om transparens och likabehandling kan en upphandlande myndighet inte i efterhand välja vilka krav myndigheten menar ska upprätthållas och vilka man kan bortse ifrån. Anbud som inte uppfyller samtliga krav måste uteslutas från upphandlingen. Vi får på nytt hänvisa till Kammarrätten i Stockholms dom den 7 december 2004 i mål nr 3973-04, av vilken det framgår att ställda krav aldrig kan vara oväsentliga och att det inte går att bortse från krav då detta innebär ett brott mot likabehandlingsprincipen. – Bolaget vidhåller att Kammarrätten i Stockholms dom den 17 juni 2008 i mål nr 3378-09 är av största betydelse för här aktuellt mål. Upphandlingen och de aktuella kraven skiljer sig givetvis åt i detalj. Krav och anbud är dock snarlika och Kammarrättens resonemang och slutsats, att anbudena inte uppfyllde kraven och därmed skulle förkastas, gäller även för detta mål. – Kommunalförbundet anför att det bara finns en obligatorisk uteslutningsgrund i LOU. Det är visserligen korrekt, men de har själva, genom angivande av de aktuella kraven i upphandlingen, uppställt ytterligare krav, vilka de inte kan välja att bortse ifrån. De av kommunalförbundet uppställda kraven blir därmed ”obligatoriska” i den meningen att de inte därefter kan bortse från dem eller välja vilka krav de menar ska uppfyllas och vilka som inte behöver uppfyllas. – Kommunalförbundet har vid prövningen och utvärderingen kontrollerat bolagets rating via BusinessCheck och har härvid funnit att bolaget uppfyllde kravet om rating på minst 5. Något skäl, eller möjlighet, att diskvalificera bolaget p.g.a. bristande ekonomisk stabilitet föreligger således inte. Dels framgår inte av kravet att anbudsgivarna måste vidmakthålla en rating om minst fem under avtalstiden eller någon annan period. En rating är inte statisk. Kravet kan därmed inte förstås på något annat sätt än att kravet ska vara uppfyllt vid anbudslämnandet och vid anbudsprövningen. Bolaget uppfyllde vid aktuell tidpunkt det angivna kravet. Dels anges i kravet att för det fall kontrollen utvisar en lägre rating ska anbudsgivaren ges möjlighet att inkomma med en godtagbar förklaring. Någon sådan möjlighet att inkomma med förklaring eller andra bevis

om ekonomisk stabilitet har bolaget inte fått. Någon möjlighet att förkasta bolagets anbud föreligger således inte.

Lagtext m.m.

Av 1 kap 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas följande. 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.

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

Av 10 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.

I RÅ 2002 ref. 50 fastslog Regeringsrätten att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

All upphandling enligt LOU ska göras affärsmässigt och med utnyttjande av all tillgänglig konkurrens. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas objektivt. För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det ska ske på lika villkor, krävs ett tydligt och förutsebart förfrågningsunderlag. I utvärderingsfasen av en upphandling förekommer alltid, vilket är ofrånkomligt, ett visst mått av bedömningar och värdering-

ar. De krav som ställs på utvärderingen är att denna sker inom ramen för förfrågningsunderlaget och utvärderingskriterierna samt att principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens inte träds för när. För att upphandlingsförfarande ska anses strida mot dessa principer ställs relativt höga krav, vilket framgår av ovan angivna rättsfall.

Vikbolands Taxi har i första hand yrkat att de leverantörer som antagits inte uppfyller alla krav om referenser samt kravet om styrkande av aktivt miljöarbete, som är uppsatta av kommunalförbundet, och att deras anbud därför inte skulle ha utvärderats. I andra hand har bolaget yrkat att om utvärderingen kan anses ha gått riktigt till, uppfyller inte anbudsformuläret kravet på transparens.

Referenser

Syftet med en referensförteckning är att beställaren ska kunna kontrollera att anbudsgivaren har genomfört liknande uppdrag på ett tillfredställande sätt. I referensförteckningen ska anbudsgivaren fylla i uppdragsgivare, kontaktperson, e-postadress och telefonnummer. Kontaktuppgifterna ska fyllas i för att det ska finnas möjlighet att kontakta referensen. I de aktuella anbuden saknas e-postadresser till referenserna. Däremot finns kontaktpersoner och telefonnummer uppgivna. – Mot bakgrund av vad som har framkommit finner rätten att kravet på kontaktvägar får anses vara uppfyllt.

I referensförteckningen finns även krav på att anbudsgivarna ska ge en kort beskrivning av uppdragens omfattning. Kommunalförbundet har inte satt upp något krav på hur omfattningen ska beskrivas. Vikbolands Taxi har anfört att det av ordalydelsen kan anses ligga ett krav på en viss kvantifiering samt att Telepass och Östra Husby inte har beskrivit omfattningen av referensuppdragen. Det får mot ovanstående anses framgå att förfrågningsunderlaget har haft otydligheter i vissa avseenden. Bristerna framstår dock

inte som allvarligare än att de i enlighet med vad som anges i RÅ 2002 ref. 50 kan godtas vid överprövning.

Aktivt miljöarbete

Tunaberg

Vikbolands Taxi har vidare påpekat att de tre övriga bolagen inte uppfyller kravet att styrka att de bedriver eller ska bedriva aktivt miljöarbete. Tunaberg har gett in sitt moderbolag Busslinks miljöplan samt i sitt anbud framfört att Tunaberg har tillgång till Busslinks resurser. Kommunalförbundet har anfört att Tunaberg har styrkt att de arbetar och kommer att arbeta inom ramen för ett aktivt miljöarbete och att de inte behöver åberopa Busslinks resurser.

Enligt anbudsformuläret ska anbudsgivarna styrka att de bedriver eller kommer att bedriva ett aktivt miljöarbete. Som bevis ska de bifoga en handling som styrker vilka åtgärder som vidtagits eller kommer att vidtas inom ramen för ett aktivt miljöarbete. Av Busslinks miljöplan framgår att "de övergripande målen bryts ned och kvantifieras i årliga miljömål för varje trafikområde i de lokala miljöprogrammen utgående från föregående verksamhet och utfall". Av miljöplanen framgår således att det ska finnas miljömål för varje trafikområde. Vidare framgår det att Busslink årligen upprättar en miljöredovisning samt att CO² per passagerarkilometer är ett nyckeltal som redovisas i deras balanserade styrkort. Redovisningen görs per trafikområde. Slutligen finns det en lista över betydande miljöaspekter. Listan ska vara ett hjälpmedel för att i det lokala miljöarbetet få bättre förståelse hur var och en påverkar miljön.

Förvaltningsrätten finner att det inte framgår vilka åtgärder som Tunaberg ska vidta inom ramen för ett aktivt miljöarbete. Av Busslinks miljöplan

framgår det inte att Tunaberg självständigt uppfyller kraven på aktivt miljöarbete. Om bolaget ska ta del av Busslinks resurser måste det finnas ett åtagande som visar detta. Enbart det faktum att bolagen tillhör samma koncern är i sig inte tillräckligt för att konstatera att Tunaberg kan använda Busslinks resurser. Något åtagande som visar att Tunaberg får ta del av moderbolagets resurser finns inte bifogat till anbudet. Det saknas även underlag som visar att de själva vidtar åtgärder för ett aktivt miljöarbete. Mot bakgrund av vad som framkommit finner förvaltningsrätten att Tunaberg inte har uppfyllt kravet på att ge in handlingar som styrker att de bedriver ett aktivt miljöarbete. Deras anbud skulle därför inte ha utvärderats.

Telepass och Östra Husby

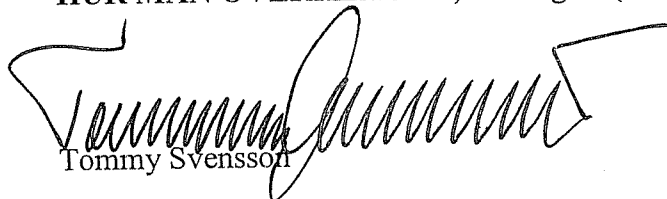
Båda bolagen har hänvisat till att de har/ska använda ett certifierat miljöledningssystem. Detta indikerar att bolagen bedriver/ska bedriva ett aktivt miljöarbete, vilket hade kunnat vara ett tillräckligt underlag om kvalificeringskravet hade varit att ge in en miljöplan. Kommunalförbundet har dock satt upp ett krav på att anbudsgivarna ska styrka vilka åtgärder som vidtagits inom ramen för ett aktivt miljöarbete. Det faktum att bolagen använder ett miljöledningssystem visar dock inte vilka åtgärder som faktiskt vidtas. Mot bakgrund av det sagda finner förvaltningsrätten att inte heller Telepass och Östra Husby kan anses ha uppfyllt miljökravet.

Sammanfattande bedömning

Av upphandlingsföreskiften framgår att utvärdering ska ske av de anbudsgivare som har uppfyllt kvalificeringskraven. Av de som uppfyllt kraven ska den antas som kan erbjuda det lägsta priset. Kommunalförbundet har utvärderat flera anbud som inte kan anses uppfylla dessa krav. Förvaltningsrätten finner att kommunalförbundet genom att utvärdera och anta Tunabergs och Telepass anbud samt utvärdera Östra Husbys anbud har

brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU. Fråga uppkommer därmed om bolaget på grund härav har lidit eller kommer att lida skada. Mot bakgrund av vad som har framkommit i målet finner förvaltningsrätten att Vikbolands Taxi lidit skada eller kan komma att lida skada av att kommunalförbundet utvärderat och antagit anbud som inte uppfyllt samtliga kvalificeringskrav. Vad kommunalförbundet har anfört om brister i anbudet från Vikbolands Taxi leder inte till någon annan bedömning. Upphandlingen ska därför göras om.

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



Tommy Svensson

Föredragande har varit Cecilia Karlsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 offentlig part 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 vartill 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 nås 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.