



SÖKANDE

1. Sydbuss AB, 556342-6732 (mål nr 6750-17)
Almvägen 10
271 71 Nybrostrand

Ombud: Karin Bernmar och Emilie Steen
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

2. Kiviks Buss AB, 556345-9949 (mål nr 6757-17)
Hjälmaröd 981
277 32 Kivik

3. Evrokonsult i Skåne AB, 556883-8865 (mål nr 6760-17)
Prästgatan 15 A
274 32 Skurup

MOTPART

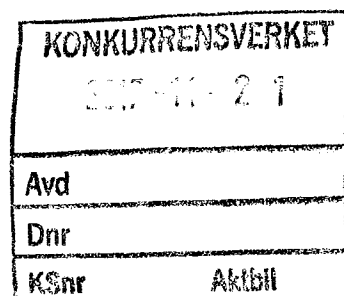
Tomelilla kommun
Gustafs Torg 16
273 80 Tomelilla

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Tomelilla kommuns upphandling Skolskjuts för särskoleelever april 2017, KS 2017/396, ska göras om.



BAKGRUND

Tomelilla kommun genomför upphandling av Skolskjuts för särskoleelever april 2017, KS 2017/396. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

Efter anbudsutvärderingen beslutade Tomelilla kommun den 16 juni 2017 att tilldela Telepass AB upphandlingen. Vid utvärderingen förkastades Evrokonsult i Skåne ABs anbud som orimligt lågt.

YRKANDEN

Sydbuss AB (Sydbuss) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Kiviks buss AB (Kiviks buss) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Evrokonsult i Skåne AB (Evrokonsult) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om, varvid Evrokonsult tilldelas upphandlingen. I andra hand yrkar bolaget att utvärderingen ska göras om i sin helhet.

Kommunen anser att Sydbuss, Kiviks buss och Evrokonsults ansökningar ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Sydbuss AB (mål nr 6750-17)

Sydbuss anför bl.a. följande. Upphandlingen är utformad på så sätt att det offererade priset avgör vem som vinner upphandlingen. Anbudspris lämnas som en klumpsumma per trafikpaket och läsår och ska omfatta samtliga fordon och tjänster som krävs för genomförande av trafikpaketet. I kravet

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

anges att ”Körsträckan som ligger till grund för utvärderingen är endast en uppskattning.”. I underlaget finns dock ingen körsträcka angiven, varken totalt eller per elev. Inte heller anges hur många fordon som behövs för att utföra transporter. Att elevernas postort anges innebär inte att det är möjligt att räkna ut körsträckan mellan bostad och skola eftersom denna kan variera väsentligt beroende på var inom området för postorten eleven bor. Det är otydligt hur långt innan skolstart eleverna får hämtas. Eleverna ska hämtas direkt efter skolslut, men för flera elever är sluttider inte angivna. Detta gör det omöjligt att beräkna antalet fordon som behövs och antal kilometer för uppdraget. Det anges också att andra skolskjutsar kan komma att ingå, men varken volymer eller antal kilometer anges.

Vid volymförändringar finns det enligt förfrågningsunderlaget viss möjlighet till prisjusteringar. Vid tillkommande turer under avtalsperioden, t.ex. till andra skolor, kommer prissättningen att utgå från anbudet. Hur denna prisberäkning kommer att gå till framgår inte. Vid minskande eller ökande antal kilometer räknas priset om först efter en ökning eller minskning motsvarande mer än 10 procent på årsbasis. Det framgår inte hur det ska vara möjligt att avgöra hur en sådan förändring skett, när förfrågningsunderlaget saknar uppgift om beräknad körsträcka. Det är den part som kallar till förhandling som ska visa att förändringarna har medfört kostnadsförändringar. Då det saknas uppgift om såväl körsträcka som vilket antal fordon som ligger till grund för offererat pris skulle det bli mycket svårt för en anbudsgivare att visa på att en förändring skett och hur stor denna är.

Upphandlingar av aktuellt slag – där behovet förväntas variera under avtals-tiden – brukar enligt Sydbuss erfarenhet vanligtvis utformas genom ersättning dels i form av fast ersättning per fordon och år och dels genom ett rörligt kilometerpris per fordonstyp. För det fall modeller med ett fast pris i en klumpsumma används brukar körsträckor samt antal bilar som behövs för att utföra uppdraget tydligt framgå av förfrågningsunderlaget. För tillkom-

mande turer därutöver utgår då ytterligare ersättning enligt viss angiven beräkning.

Underlaget för upphandlingen är således mycket otydligt. Anbudsgivarna har haft att lämna ett klumppris på ett trafikpaket utan att kunna beräkna hur långa körsträckor som omfattas av paketet eller hur många fordon som kommer att behövas för detta. Det är därtill nästan omöjligt att beräkna när en volymförändring som ger rätt till en prisjustering sker. Förfrågningsunderlaget är så otydligt utformat att det inte varit möjligt för anbudsgivarna att skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bristerna är så stora att upphandlingen måste göras om.

Kommunen (mål nr 6750-17)

Kommunen anför bl.a. följande. Upphandlingsunderlaget har varit tillräckligt tydligt och så tydligt som det har varit möjligt att utforma detsamma. Exakta volymer kan inte anges i den här typen av upphandling eftersom antalet barn i särskola med skolskjutsbehov varierar över tid. De flesta förändringar sker inför skolstart men förändringar kan även ske under terminens gång. Även om kommunen hade haft vetskap om vilka elever som behöver skolskjuts till särskola under höstterminen 2017 så hade det ändå endast varit en liten del av avtalstiden. Till upphandlingsunderlaget har kommunen bilagt två sammanställningar över vilka behov som fanns under vårterminen 2017, ett för varje trafikpaket. Där framgick var elever gick i skolan, i vilket samhälle de bodde, vilka dagar de gick i skolan, vilka tider de hade och i vilken årskurs de gick. Det var ett så omfattande material som kommunen kunde bistå med. Det är otänkbart att t.ex. lägga ut bostadsadresser. Kommunen kan inte i upphandlingsunderlaget ange hur länge varje elev kan åka till och från skolan. Det beror dels på att olika elever har olika behov och dels på att elever tillkommer och faller bort under avtalstidens gång. En del elever kan mycket väl samåka med andra elever och för vissa kan en längre åktid till och från skolan godtas, medan andra elever inte alls

klarar av samåkning eller längre restider än nödvändigt. Därför har kommunen också skrivit i upphandlingsunderlaget att ”restiden ska planeras tillsammans med kommunens skolskjutshandläggare”. I upphandlingsunderlaget angavs också att anbudsgivare skulle beakta eventuella behov av ökat eller minskat antal fordon under avtalstiden och att ingen extra ersättning skulle utgå för detta. Med andra ord har det hela tiden varit klart att behovet av skolskjuts, såväl i antalet fordon som i körsträckor, kommer att förändras under avtalstiden. Anbudsgivare skulle ta höjd för detta i sitt anbud.

Kiviks buss AB (mål nr 6757-17)

Kiviks buss anför bl.a. följande. Upphandlingen uppfyller inte de krav som kan ställas på tydlighet eftersom det varit oklart för anbudsgivarna hur många fordon som förväntas användas, hur länge passagerarna får åka till och från skolan och vilka körsträckor det rör sig om. Därtill krävs el- eller gasdrivna bilar men det framgår inte om hybrider är tillåtna.

Kommunen (mål nr 6757-17)

Kommunen anför i allt väsentligt detsamma som i mål 6750-17.

Evrokonsult i Skåne AB (mål nr 6760-17)

Evrokonsult anför bl.a. följande. Kommunen har förkastat bolagets anbud på grund av vad de anser som ett orimligt lågt pris. Bolaget är frågande till hur kommunen rättfärdigar detta beslut och hur kommunen har kommit fram till att anbudspriset skulle vara orimligt lågt. Bolaget har svarat på de kompletteringar kommunen begärt. Kommunen har lagt in egna värderingar i utvärderingen av priserna. På grund av det felaktiga förkastandet av bolagets anbud har bolaget lidit ekonomisk skada.

Kommunen (mål nr 6760-17)

Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen har skriftligen begärt en förklaring till Evrokonsults låga anbud och inte fått ett tillfredställande svar. Ev-

rokonsult har också fått tillfälle att yttra sig över kommunens skäl för att förkasta anbudet. Kommunen bedömer att Evrokonsult med sitt låga anbud inte kommer att kunna uppfylla de krav som ställs vad gäller sociala krav, teknisk förmåga, kapacitet samt hur miljö-, sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter ska uppfyllas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten kan enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Mål nr 6750-17 Sydbuss AB ./ Tomelilla kommun

Sydbuss anser att upphandlingsdokumenten i den aktuella upphandlingen är otydligt utformade avseende bl.a. körsträckor och antal fordon som ska ingå i anbudet. Kommunen anser att upphandlingsunderlaget är tillräckligt tydligt och så tydligt som det varit möjligt att utforma det. Frågan i målet är således om upphandlingsdokumenten är utformade på ett sådant sätt att upphandlingen uppfyller de upphandlingsrättsliga kraven på transparens och likabehandling.

Upphandlingsdokumentet

Av de administrativa föreskrifterna, upphandlingsdokumentets avsnitt 1, framgår bl.a. följande.

Upphandlingen avser skolskjutstransporter till grundsärskola, träningskola samt gymnasiesärskola. Skolskjuts ska även tillhandahållas till elever placerade i centralt beslutade särskilda undervisningsgrupper i Barn- och utbildnings regi. Även skolskjutsar för elever som under en kortare eller längre period inte själv kan transportera sig ingår om dessa inte täcks av försäkring. Skolskjutsen ska ske varje skoldag, minst 178 dagar per år. Eleverna ska hämtas vid bostaden och lämnas på respektive skola enligt bilagorna 1 och 2. Detta ska ske enligt angivna tidpunkter (preliminära) i anslutning till skoltiderna. Skolskjutsarna ska anpassas till skolstart på morgonen och varierande sluttider. Även skolskjuts till LSS-verksamhet i direkt anslutning till skoltiderna ingår, samt om behov finns av skolskjuts för enstaka elever till simundervisning eller bad i varmvattenbassäng. Elev får lämnas på skolan tidigast 15 minuter före skolstart och ska hämtas direkt efter skolslut. Väntetider kan i vissa fall accepteras på grund av samkörning mellan skolorna. Restiden ska planeras tillsammans med kommunens skolskjutshandläggare. Elevunderlaget baseras på nuvarande behov, men förändringar kan komma att ske under terminen och mellan läsåren. Anbudsgivaren har att beakta eventuellt behov av ökat eller minskat antal fordon under avtalstiden då ingen extra ersättning utgår från detta. (Se avsnitt 1.1.2 och 1.7.1.)

Anbuden kommer att utvärderas enligt värderingsprincipen lägsta pris. Upphandlingen är uppdelad på två paket som utvärderas var för sig. (Se avsnitt 1.8.1 och 1.9.1.)

Ett trafikpaket består av transportservice med olika fordonsstorlekar/-typer. Anbudspris lämnas per trafikpaket per läsår och ska omfatta genomförandet av hela trafikpaketet, d.v.s. priset ska avse samtliga fordon och tjänster som krävs för genomförandet. Körsträckan som ligger till grund för utvärderingen är endast en uppskattning. (Se avsnitt 1.9.2.)

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Av avtalsvillkoren för upphandlingen, upphandlingsdokumentets avsnitt 2, framgår bl.a. följande.

Leverantörens ersättning ska enligt detta avtal uppgå till angivna priset i prismatrisen. (Se avsnitt 2.4.1)

Under avtalsperioden kan antalet elever komma att variera, vilket kan påverka Leverantörens trafikupplägg. Antalet skolor kan förändras både till antal och till lokalisering. För tillkommande turer under avtalsperioden kommer prissättning att utgå från anbudet. Prisjustering gällande minskande och ökande kilometer räknas om, först efter en ökning eller minskning motsvarande mer än 10 procent på årsbasis. I det fall ökningen eller minskningen är större än 10 procent är det endast ökningen eller minskningen över 10 procent som prisjusteras. Den part som kallar till förhandling ska visa att förändringarna har medfört kostnadsförändring och hur stor denna är. (Se avsnitt 2.6.1.)

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt rättspraxis ska ett förfrågningsunderlag vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta ska kunna avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer bl.a. av EU-rättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (se RÅ 2002 ref. 50).

EU-domstolen har uttalat att principen om öppenhet innebär att alla villkor och bestämmelser avseende förfarandet för kontraktstilldelning ska uttryckas klart, precist och otvetydigt i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget för att det ska vara möjligt dels för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att kunna förstå den exakta räckvidden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera på ett effektivt sätt om anbuderna från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna för det aktuella kontraktet (se t.ex. EU-domstolens dom den 29 april 2004 i mål C-496/99).

Av upphandlingsdokumenten framgår att anbudspris ska lämnas per trafikpaket per läsår och ska omfatta genomförandet av hela trafikpaketet, d.v.s. priset ska avse samtliga fordon och tjänster som krävs för genomförandet. Anbuderna utvärderas enligt värderingsprincipen lägsta pris. I bilaga 1 och 2 till upphandlingsdokumentet framgår postort, skolor och skoltider för de elever som under vårterminen 2017, dvs. terminen närmast före avtalsstart, haft sådan skolskjuts som avtalet omfattar. Det anges även att körsträckan som ligger till grund för utvärderingen endast är en uppskattning.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det i upphandlingsdokumenten inte finns någon uppgift om vilket antal kilometer upphandlingen omfattar. Inte heller finns någon uppskattning av hur många fordon som behövs eller någon utgångspunkt i övrigt för anbudsgivarna att lägga till grund när de ska bestämma och beräkna sitt anbudspris. De uppgifter som lämnats i bilaga 1 och 2 om elevunderlaget närmast föregående termin är enligt förvaltningsrätten alltför osäkra för att en anbudsgivare med någon rimlig säkerhet ska kunna göra en bedömning av vad upphandlingen omfattar och vad som således ska ingå i anbuderna. Kommunen har anfört att anbudsgivare haft att ta höjd för att behovet av skolskjuts kunnat förändras under avtalstiden, såväl avseende antalet fordon som körsträckornas längd. Även om det inte är orimligt att kräva att anbudsgivarna i sin prissättning tar viss hänsyn till att förutsättningarna för avtalet kan variera och att t.ex. antalet fordon som behövs i upphandlingen kan förändras över tid och att någon ersättning inte utgår om det antal fordon som behövs förändras, måste samtidigt upphandlingen uppfylla de upphandlingsrättsliga kraven på bl.a. förutsebarhet. Enligt förvaltningsrätten är den osäkerhet som föreligger kring villkoren och förutsättningarna för upphandlingen i det aktuella fallet större än vad principerna om öppenhet och likabehandling tillåter.

I upphandlingsdokumenten anges vidare att priset för tjänsten ska förändras vid s.k. tillkommande turer under avtalsperioden, liksom vid ökning eller minskning av antalet kilometer med mer än 10 procent på årsbasis. Beräkningen ska utgå ifrån anbudspriset. Eftersom det inte finns någon uppgift om vilket antal kilometer upphandlingen omfattar går det inte att räkna ut något kilometerpris. Det finns därmed inte heller något underlag för att bedöma när det har skett en sådan ökning eller minskning av antalet kilometer som kan föranleda prisjustering. Det finns inte heller i upphandlingsdokumenten någon annan beräkningsgrund som möjliggör en beräkning av priset för de s.k. tillkommande turerna. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att upphandlingsdokumenten även i denna del är otydliga på ett sådant sätt som medför att villkoren för upphandlingen inte är förutsebara för anbudsgivarna.

Sammanfattningsvis är upphandlingsdokumenten inte tillräckligt klart och precist utformade. Det är inte förutsebart vad upphandlingen och anbuderna omfattar, vilket påverkar anbudsgivarnas möjlighet att lämna väl underbyggda anbud. Den osäkerhet som föreligger kring villkoren och förutsättningarna för upphandlingen är större än vad principerna om öppenhet och likabehandling tillåter. Upphandlingen har således inte genomförts i enlighet med 4 kap. 1 § LOU. Bristerna i upphandlingen kan vidare antas ha påverkat Sydbuss möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, vilket medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen är det inte tillräckligt med rättelse, utan upphandlingen ska göras om.

Mål nr 6757-17 Kiviks buss AB ./ Tomelilla kommun

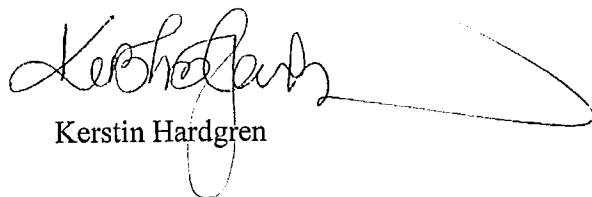
Kiviks buss gör gällande i huvudsak samma brister i upphandlingen som Sydbuss gör. Eftersom förvaltningsrätten ovan har funnit att dessa brister i

upphandlingen innebär att den ska göras om, saknas det skäl att närmare pröva Kiviks buss talan.

Mål nr 6760-17 Evrokonsult i Skåne AB ./ Tomelilla kommun

Evrokonsult gör gällande att det var fel av kommunen att förkasta bolagets anbud. Med hänsyn till att förvaltningsrätten ovan har funnit att upphandlingen har sådana brister att den ska göras om saknas det skäl att pröva Evrokonsults förstahandsyrkande om rättelse. Det finns inte heller skäl att pröva vad bolaget anfört till stöd för sitt andrahandsyrkande att upphandlingen ska göras om.

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



Kerstin Hardgren

Susanne Axelsson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

