

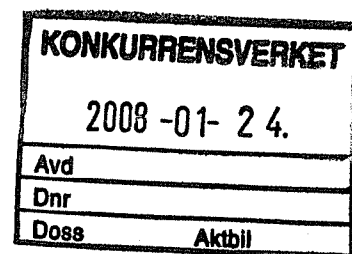


**LÄNSRÄTTEN I
GOTLANDS LÄN**

M.W.

DOM
2008-01-23
Meddelad i Visby

Mål nr
1169-07 E
Rotel 2



SÖKANDE

Swebus AB, 556057-0128

Ombud:
Advokat Anna Ulfsson
Jur. kand. Jenny Liljeson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Tekniska nämnden i Gotlands kommun

Ombud:
Kommunjurist Patrik Pettersson
Gotlands kommun
621 81 Visby

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

BAKGRUND

Tekniska nämnden i Gotlands kommun har genomfört en upphandling av landsbygds- och tätortstrafik på Gotland. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt 5 kap. LOU. Anbud lämnades av bl.a. Swebus AB och GotlandsBuss AB. I tilldelningsbeslut den 7 november 2007 beslutade tekniska nämnden att anta anbudet från GotlandsBuss AB.

YRKANDEN M.M.

I ansökan om överprövning yrkar **Swebus AB** (Swebus) att länsrätten skall besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts; upphandlingen skall rättas på så vis att GotlandsBuss AB:s (GotlandsBuss) anbud förkastas och en ny anbudsvärdering genomförs varvid Swebus skall tilldelas kontrakt.

Dok.Id 11981

Postadress
Box 1036
621 21 Visby

Besöksadress
Artillerigatan 2 B

Telefon
0498-28 14 80
E-post: lansratten@gotland.dom.se

Telefax
0498-28 14 99

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

Som **grunder** för sin talan anför Swebus följande. Nämnden har brutit mot den gemenskapsrättsliga likabehandlingsprincipen, vilken inryms i den s.k. huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, genom att tilldela GotlandsBuss kontrakt trots att GotlandsBuss anbud inte har uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen. Nämndens agerande är i strid med LOU och har medfört att Swebus har lidit skada, eller i vart fall riskerar att lida skada i den mening som avses i 7 kap. 1 § första stycket och 7 kap. 2 § första stycket LOU. Skäl för ingripande föreligger varvid länsrätten skall förordna om rättelse i enlighet med yrkandet. Sammanfattningsvis görs gällande att GotlandsBuss inte har bevisat att man förfogar över annans kapacitet, att GotlandsBuss inte uppfyller skall-kravet avseende referenser för företagsledare och trafikansvarig samt att GotlandsBuss inte uppfyller skall-kravet avseende yrkestrafiktillstånd.

Till utveckling av sin talan anför Swebus sammanfattningsvis följande.

GotlandsBuss är ett i anledning av denna upphandling nystartat bolag bestående av 13 delägarföretag. GotlandsBuss har inga anställda, inget kontor och inga fordon. Det innebär att GotlandsBuss är helt beroende av att kunna utnyttja sina delägarföretags resurser för fullgörande av kontraktet. Av EG-domstolens dom i mål nr C-176/98 framgår att det inte är tillräckligt att det företag vars kapacitet man avser att åberopa exempelvis är ett dotterbolag eller ett ägarbolag; det måste också finnas ett uttryckligt åtagande från dotter- eller ägarbolaget i fråga. Denna princip har sedermera kodifierats i artikel 47.2 och 48.3 i direktivet 2004/18/EG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ("det nya direktivet"). Direktivet har s.k. direkt effekt, vilket innebär att enskilda kan åberopa rättigheter med stöd av dessa redan nu och upphandlande enheter således är skyldiga att följa bestämmelser med direkt effekt redan nu. GotlandsBuss kan inte uppvisa att delägarföretagen har ett långsiktigt åtagande gentemot GotlandsBuss. Utan ett åtagande från respektive delägarfö-

retag gentemot GotlandsBuss finns det inga garantier för att ett delägarföretag som nu ingår i gruppen och som kan komma att utföra trafik tjänster på Gotland inte efter en tid drar sig ur samarbetet inom GotlandsBuss. Nämnden skulle då hamna i den icke önskvärda situationen att ett trafikområde är otrafikerat. GotlandsBuss har inte vid anbudstillfället bevisat att man förfogar över delägarföretagens kapacitet vilket har inneburit att nämnden inte kunnat kontrollera GotlandsBuss lämplighet i enlighet med de i förfrågningsunderlaget angivna kriterierna. Av anbudet framgår inte annat än att kapaciteten tillhör företag som äger andelar av GotlandsBuss. En sådan relation innebär inte någon rätt för det ägda bolaget att förfoga över delägarrens kapacitet.

Enligt punkten 4.1. i förfrågningsunderlaget skall anbudsgivarna till sina anbud bifoga ett antal handlingar, däribland referenser och kvalifikationer för företagsledare och trafikansvarig. Det dokument GotlandsBuss har bifogat uppfyller emellertid inte det i punkt 4.1. uppställda skall-kravet. Dokumentet anger endast vilka delägarföretagen är och var dessa är verksamma i dagsläget. Dessa uppdrag kan inte heller vägas in i bedömningen eftersom uppdragen avser delägarföretagen – och inte GotlandsBuss självt – vilka inte har lämnat ett uttryckligt åtagande gentemot GotlandsBuss.

Enligt punkten 4.1 i förfrågningsunderlaget skall anbudsgivarna till sina anbud vidare bifoga en kopia av gällande yrkestrafiktillstånd eller ansökan om sådant tillstånd. Det dokument GotlandsBuss har bifogat såsom varande ansökan om tillstånd är undertecknat av Ronny Olofsson. Denna ansökan är inkomststämplad den 14 september 2007. Denna ansökan kan inte anses såsom inkommen i tid eftersom den bara har undertecknats av Ronny Olofsson som inte är behörig firmatecknare för GotlandsBuss.

Tekniska nämnden i Gotlands kommun (nämnden) bestrider bifall till Swebus yrkande och anför som grund härför att Swebus inte har lidit någon

skada genom att nämnden skulle ha brutit mot någon för upphandlingen gällande föreskrift.

Nämnden utvecklar sitt bestridande enligt följande.

Enligt artikel 44.2 i direktiv 2004/18/EG *får* den upphandlande myndigheten kräva miniminivåer för anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet enligt artiklarna 47 och 48. Omfattningen av den information som åsyftas i artiklarna samt miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Dessa miniminivåer *skall* framgå av meddelandet om upphandling. Av EG-domstolens dom med mål nr C-176/98 framgår att direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster skall tolkas så, att det *tillåter* att en tjänsteleverantör, för att bevisa att han uppfyller de ekonomiska, finansiella och tekniska villkoren för att delta i ett anbudsförfarande i syfte att teckna ett kontrakt om offentlig upphandling av tjänster, åberopar andra enheters kapacitet, oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till enheterna i fråga, under förutsättning att denna kan bevisa att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet. Oavsett om direktivet gäller direkt eller tillämpas i följd av direktivkonform tolkning, måste ändå hela normen beaktas; d.v.s. normen som tillåter att den upphandlande enheten ställer vissa proportionerliga krav under villkor att kraven anges i meddelandet om upphandlingen och att anbudsgivarna för att möta kraven tillåts åberopa andra enheters kapacitet. Normen innefattar således inte någon skyldighet för upphandlande enheter att ställa krav på kapacitet. Av meddelandet om upphandling i EUT S (2007/S 108-133558) framgår under avsnitt III att hänvisning gjorts till förfrågningsunderlaget utom i 3.1) och 3.2). Meddelandet innehåller alltså inte någon annan uppgift om kapacitet än att yrkestrafiklagen är tillämplig på tjänsten. Vidare anges i meddelandet att juridiska personer inte behöver

ange namn och yrkeskvalifikationer för ansvarig personal. GotlandsBuss är en juridisk person och behövde därför enligt meddelandet inte ange namn och yrkeskvalifikationer för ansvarig personal. Icke förty har GotlandsBuss i sitt anbud angett referenser i den omfattning som följer av kravet i förfrågningsunderlaget. Grund för att förkasta GotlandsBuss anbud har därför inte förelegat.

GotlandsBuss har i sitt anbud åberopat en kopia av en hos länsstyrelsen inkomststämplad skriftlig ansökan om trafiktillstånd för beställningstrafik med buss. Ansökan är undertecknad av ordföranden tillika trafikansvarig i GotlandsBuss. Såvitt nämnden bekant finns det inte någon allmän förvaltningsrättslig princip eller någon för trafiktillstånd speciell bestämmelse som ställer krav på firmateckning på ansökningshandlingar i förvaltningsärenden vid äventyr av ursprunglig nullitet. Nämnden har inte haft fog för att bedöma att GotlandsBuss ansökan inte skulle handläggas av länsstyrelsen.

Anbudsgivarna har behandlats lika och Swebus har inte lidit någon rättsligt relevant skada.

Swebus har i genmäle anfört följande. Nämnden synes medvetet eller omedvetet blanda ihop skall-krav och gällande rättsregler. Swebus bestrider det nämnden anför om innebörden av bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG. Swebus bestrider nämndens påstående om att meddelandet inte skulle innehålla några andra krav på kapacitet än den hänvisning till yrkestrafiklagen som nämnden nämner i meddelandet. I meddelandet hänvisas under rubriken III.2.3 Teknisk kapacitet till förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget, avsnitt 4.1, anges att det är ett skall-krav i upphandlingen att bifoga referenser och kvalifikationer för företagsledare och trafikansvarig. Av 7 § förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling framgår vilka bevis en upphandlande enhet får kräva om anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet. Av 7 § första stycket framgår att

endast de bevis som anges i paragrafen får begäras in, d.v.s. listan över tillåtna bevismedel i 7 § är uttömmande. Av 7 § andra stycket första meningen framgår att "[s]om bevis räknas även en förteckning över de viktigaste tjänster som tillhandahållits under de senaste tre åren, med uppgift om belopp och tidpunkt samt om mottagaren var en upphandlande enhet eller inte". Av detta kan utläsas att referenser är ett bevismedel som är avsett att styrka att anbudsgivaren har viss teknisk förmåga och kapacitet. Nämnden har således, genom att ställa krav på att anbudsgivarna skall uppvisa referenser, ställt krav på anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det är ett skall-krav i upphandlingen att bifoga referenser och kvalifikationer för företagsledare och trafikansvarig. Avvikelsen mellan meddelandet om upphandlingen och förfrågningsunderlaget är naturligtvis i sig en brist i upphandlingen, men det torde inte råda någon tvekan om att det är förfrågningsunderlagets krav och villkor som skall gälla i första hand, eftersom det är förfrågningsunderlaget som är det mest centrala dokumentet i en offentlig upphandling och som innehåller all den för upphandlingen nödvändiga informationen. Swebus bestrider påståendet att det aktuella skall-kravet inte gäller för juridiska personer. Av kravet i sig framgår, genom hänvisningen till "företagsledare", att kravet är avsett att gälla även, och till och med främst, för juridiska personer. Swebus bestrider även påståendet att GotlandsBuss skulle ha bifogat referenser som uppfyller kravet i punkt 4.1.

Det är endast den som har rätt att företräda GotlandsBuss som kan anhängiggöra en ansökan om trafiktillstånd. Den ansökan som bifogats GotlandsBuss anbud har undertecknats av Ronny Olofsson, som inte är behörig att teckna företagets firma och således inte kan anhängiggöra förvaltningsärenden i Swebus namn. Om nämnden hade genomfört upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LOU hade GotlandsBuss anbud förkastats och Swe-

bus tilldelats kontrakt i denna mycket värde- och betydelsefulla upphandling.

Nämnden har därefter i genmäle anfört att det är nämnden som bestämmer vilka krav som skall ställas och att de krav som ställs enligt det nya direktivet skall framgå av meddelandet om upphandlingen.

Länsrätten har i interimistiskt beslut den 16 november 2007 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall en upphandling göras med nyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Om en upphandlande enhet har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att en leverantör (anbudsgivare) har lidit eller kan komma att lida skada skall länsrätten enligt 7 kap. 2 § LOU besluta att den klandrade upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Det i 1 kap. 4 § LOU uppställda kravet på affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Principen om likabehandling innebär att anbudsgivare och de produkter de har att erbjuda skall behandlas lika. Ett villkor kan inte upprätthållas endast mot vissa leverantörer.

Swebus har till stöd för sin ansökan anfört att GotlandsBuss inte visat att det förfogar över den kapacitet som krävs för fullgörande av uppdraget, att GotlandsBuss inte uppvisat referenser och kvalifikationer för företagsledare och trafikansvarig samt att GotlandsBuss inte ingett kopia av en behörigen anhängigjord ansökan om yrkestrafiktillstånd och att nämnden brutit mot LOU genom att trots dessa brister anta GotlandsBuss anbud. Nämnden har häremot invänt att den inte ställt några krav i fråga om kapacitet, att det inte krävts angivande av referenser och kvalifikationer eftersom GotlandsBuss är en juridisk person samt att ansökan om trafiktillstånd är inkommen till länsstyrelsen och att det inte finns något krav på firmateckning på ansökningshandlingar i förvaltningsärenden ”vid äventyr av ursprunglig nullitet”.

I fråga om kapacitet konstaterar länsrätten att det varken i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandlingen ställs några specificerade krav på att anbudsgivare skall ha viss kapacitet. Inte heller kan, som Swebus gjort gällande, kravet på att anbudsgivare skall ange referenser uppfattas som ett krav på viss, specificerad kapacitet. Det förhållandet att GotlandsBuss inte angett vilken kapacitet bolaget självt har eller vilka åtaganden som gjorts av ägarbolagen i fråga om ställande av kapacitet till GotlandsBuss förfogande har således inte utgjort skäl att förkasta detta bolags anbud.

I fråga om ansökan om yrkestrafiktillstånd konstaterar länsrätten att det i förfrågningsunderlaget under punkten 4.1 under rubriken ”Yrkestrafiktillstånd” anges att ”Kopia av gällande tillstånd eller ansökan om tillstånd” skall inges. Av GotlandsBuss anbud framgår att bolaget bifogat kopia av en till länsstyrelsen ingiven ansökan om att GotlandsBuss måtte beviljas sådant tillstånd. Att denna ansökan inte undertecknats av behöriga firmatecknare utan endast av styrelseordföranden, tillika tilltänkte trafikansvarige Ronny Olofsson, och att länsstyrelsen måhända på grund härav funnit an-

ledning begära komplettering från bolaget har inte utgjort skäl att förkasta GotlandsBuss anbud.

I frågan om referenser gör länsrätten följande överväganden. I förfrågningsunderlaget anges under punkten 4.1 ett antal s.k. skall-krav. Således anges under rubriken "Referenser" att "*Referenser och kvalifikationer för företagsledare och trafikansvarig skall bifogas*" anbudet. I meddelande om upphandling, upprättat på den därför avsedda blanketten och publicerat i EU:s officiella tidning, lämnas under avsnitt III Juridisk, ekonomisk, finansiell och teknisk information. Under rubriken "*Juridiska personer skall ange namn och yrkeskvalifikationer för den personal som skall ansvara för utförandet av tjänsten*" har antecknats "*Nej*".

GotlandsBuss har inte lämnat några referenser eller uppgifter om kvalifikationer för sina företagsledare eller sin tilltänkta trafikansvarige. Tekniska nämnden har anfört att detta inte heller krävts eftersom det i meddelandet om upphandlingen angetts att juridiska personer inte behöver ange namn och yrkeskvalifikationer för ansvarig personal. Swebus har häremot invänt att den avvikelse som föreligger mellan förfrågningsunderlaget och meddelandet i sig utgör en brist i upphandlingen, men att förfrågningsunderlaget skall äga företräde och att detta stipulerar att referenser och kvalifikationer för företagsledare och trafikansvarig skall bifogas.

Båda parter i målet har således konstaterat att det finns en diskrepans mellan förfrågningsunderlaget och meddelandet. Swebus har hävdatt att förfrågningsunderlaget måste äga företräde, medan kommunen anfört att de krav som ställs måste framgå av meddelandet om upphandlingen.

Länsrätten finner att det i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kravet måste tolkas så att det kräver angivande av referenser och kvalifikationer för de fysiska personer som är företagsledare och den fysiska person som är

(tilltänkt som) trafikansvarig. Då GotlandsBuss inte lämnat några sådana referenser uppfyller dess anbud således inte detta skall-krav. Att nämnden inte upprätthållit detta skall-krav har medfört risk för skada för Swebus. Det sagda leder länsrätten till slutsatsen att skäl för ingripande enligt 7 kap. LOU föreligger.

Länsrätten finner att avvikelserna mellan förfrågningsunderlaget och meddelandet utgör en allvarlig brist i upphandlingen. Länsrätten, som konstaterar att domstolen inte är bunden av sökandens yrkande utan kan välja mellan att förordna att upphandlingen skall göras om och att förordna om att den får avslutas först sedan rättelse vidtagits (jämför RÅ 2005 ref. 47), finner att en rättelse på sätt Swebus yrkat inte är tillfyllest i den nu uppkomna situationen utan att upphandlingen istället, för att kravet på likabehandling skall kunna upprätthållas, skall göras om.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Tekniska nämndens i Gotlands kommun upphandling av landsbygds- och tätortstrafik skall göras om.

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



Kristina Wirdemark
rådman