



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet 1
 Göran Sundberg

DOM
 2011-02-16
 Meddelad i
 Jönköping

Mål nr
 7227-10 E
 Domare 1:1

SÖKANDE

GS Trafikantservice AB, 556771-2251
 Box 424
 401 26 Göteborg

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
 Box 11918
 404 39 Göteborg

Ombud: Jur.kand. Joel Gustafsson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
 Box 11918
 404 39 Göteborg

MOTPART

Västtrafik AB, 556558-5873
 Box 123
 541 23 Skövde

Ombud: Advokat Anders Nilsson
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 11911
 404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 25 oktober 2010 upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-02-17	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Västtrafik AB (Västtrafik) genomför en upphandling enligt LUF avseende leverans av försäljningsservice i tre kundservicebutiker i Göteborg och en i Partille, drift och bemanning av två stycken biljettbilar samt eventpersonal/informatörer. Upphandlingen är benämnd "Försäljningsservice 2011" och handlagd som ett öppet förfarande. Genom tilldelningsbeslut har en annan leverantör än GS Trafikantservice AB (Trafikantservice) tilldelats kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Trafikantservice yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande.

Förutsebarhet och transparens

Förfrågningsunderlaget präglas i stor utsträckning av otydlighet och uppfyller därmed inte kraven på förutsebarhet och transparens. I kravspecifikationen anger Västtrafik att kundservicebutikerna ska bemannas i tillräcklig omfattning för att kunna tillfredsställa Västtrafiks kunders behov. Någon ytterligare vägledning avseende omfattningen ges emellertid inte. I kravspecifikationen anger Västtrafik att leverantören löpande ska rapportera utfall till Västtrafik. Här anges också att det regelbundet ska göras avstämningar kring fördelningen av olika ärendetyper i butikerna. Inte heller här anges någon närmare vägledning för omfattningen av dessa avstämningar eller vilka resurser detta avser att ta i anspråk. Då priset är helt avgörande för vilken anbudsgivare som tilldelas upphandlingen är uppgiften om personalens omfattning givetvis av stor betydelse.

Oriktiga förutsättningar

Västtrafik har, dels i förfrågningsunderlaget och dels genom frågor och svar under anbudstiden gett anbudsgivarna felaktiga förutsättningar under anbudstiden.

Västtrafik har i Frågor & Svar publicerat följande.

”Fråga 12

Vilken ersättning har betalats ut av Västtrafik under år 2009 för verksamheten som nu upphandlas?

Svar: Under 2009 utgick en ersättning på ca 10 MSEK i detta belopp ingick ej Kundservicebutiken i Allum samt de extrakostnader som lanseringen av ”kontoladda tjänsterna” genererade”.

Genom svaret på frågan har Västtrafik gett anbudsgivarna ofullständig information avseende vilken ersättning som utgått för verksamheten. I prisuppgiften har Västtrafik helt utelämnat att leverantören också erhållit viss ersättning i form av provision. År 2009 uppgick provisionsintäkterna till ca 5 MSEK, således ca 50 procent av den av Västtrafik uppgivna ersättningen. Detta har givetvis betydelse eftersom även provision är en intäkt som ska täcka kostnader som uppkommer i verksamheten.

Felaktiga uppgifter

I kravspecifikationen har Västtrafik angett att det finns ett behov av extra personal vid olika typer av aktiviteter. Västtrafik anger att behovet av personal kan variera från 2-5 personer till 10-20. Det anges att leverantören ska kunna tillgodose Västtrafiks behov. På förekommen anledning har Västtrafik i Frågor & Svar publicerat följande.

”Fråga 18

I Dokument B Kravspecifikation står det under stycke 3.3 (s.6) att antalet personer som krävs kan komma att variera stort från 2-5 personer till 10-20 personer. Tidigare erfaren-

heter visar ett maximalt behov av 40-50 personer då flera aktiviteter, beställda av olika avdelningar inom Västtrafik, pågått samtidigt. Är maxgräns för vad som begärs i bemanning 20 personer vid ett och samma tillfälle?

Svar:

Nej, det finns ingen maxgräns men det vanligaste behovet ligger mellan 2-5 upp till 10-20 personer”

Svaret från Västtrafik är direkt felaktigt, vilket också framgår av frågan. Den felaktiga uppgiften från Västtrafik är av stor betydelse eftersom extra personal också påverkar anbudsgivarnas pris. I och med att Västtrafik angett att det vanligaste behovet ligger mellan 2-5 och 10-20 personer finns också risk för att det kommer att saknas informatörer/eventpersonal för att kunna täcka de evenemang som kräver stora resurser. Detta innebär att Västtrafik kan komma att tilläggsfaktureras för detta, vilket inte är förenligt med LUF.

Skada

Till följd av att Västtrafik uppgivit oriktiga förutsättningar har inte samtliga anbudsgivare haft samma förutsättningar för att lämna anbud. Vidare har förfrågningsunderlaget varit så pass otydligt att anbudsgivarna inte kunnat bilda sig en rimlig uppfattning om vad upphandlingen omfattat och vad som krävts. Detta har lett till att Västtrafik inte antagit det i realiteten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot bakgrund av detta har Trafikantservice lidit eller riskerar att lida skada.

Västtrafik motsätter sig bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Förutsebarhet och transparens

Det stämmer inte att det saknas någon ytterligare vägledning avseende omfattningen av bemanningen. Av kravspecifikationen framgår öppettiderna för respektive kundservicebutik under veckans alla dagar. Det redovisas

tydligt att öppethållande ska ske i viss angiven omfattning. Vidare framgår att såväl information som försäljning ska ske under hela öppethållandetiden. Till förfrågningsunderlaget har Västtrafik dessutom bifogat en bilaga om Kassaöppethållande. I denna utvecklar Västtrafik ytterligare omfattningen av bemanningen i kundservicebutikerna genom att ange hur många kassor som ska vara öppna vid angivna tider varje dag.

För att säkerställa att Västtrafik erhåller kontinuerlig information om hur arbetet fortlöper i kundservicebutikerna och biljettbilarna har Västtrafik i kravspecifikationen redogjort för omfattningen av rapporteringen. Där framgår inte bara hur ofta leverantören ska rapportera, utan även exakt vilken dag detta ska ske. De närmare rutinerna för rapporteringen kommer att bestämmas tillsammans med vald leverantör.

Personalens omfattning är förstås av stor betydelse när man ska lämna pris i en upphandling där anbudsgivarnas kostnader väsentligen består i personalkostnader. Västtrafik har därför vinnlagt sig om att utarbeta ett informativt förfrågningsunderlag. Att beskriva omfattningen av bemanningen mer exakt, t.ex. genom att ange exakt hur många personer som ska arbeta i uppdraget, hade begränsat anbudsgivarnas möjligheter att formulera kreativa och unika anbud. Därmed hade det haft en negativ inverkan på konkurrensen i upphandlingen.

Oriktiga förutsättningar

Det är ostridigt att Västtrafik svarat 10 miljoner kronor på frågan om vilken ersättning som betalats ut under 2009 för motsvarande verksamhet. Beloppet utgör den fasta ersättningen som offererats av leverantören i den upphandlingen som genomfördes under 2005. Att det utöver det nämnda beloppet har funnits möjlighet för leverantören att erhålla provision och på så sätt erhålla en högre total ersättning än den fasta ersättningen framgick av förfrågningsunderlaget för den upphandlingen. I den nu aktuella upp-

handlingen framgår det av det till förfrågningsunderlaget bifogade modellavtalet att Västtrafik, för att stimulera försäljningen, kommer att betala ut en försäljningsprovision utöver den fasta ersättningen om vissa villkor är uppfyllda.

Ersättning och provision är två olika saker. Ersättningen utgörs av det belopp som alldeles oavsett antalet sålda biljetter utgår från Västtrafik till den valda leverantören för utförande av de aktuella tjänsterna. Provision utgör däremot ett incitament för den leverantör som tilldelas ett kontrakt att utföra sina tjänster på ett bra sätt. Provisionsersättningen är kopplad till antalet sålda biljetter. Det svar som Västtrafik gett i Frågor & Svar avser den offererade fasta ersättningen, exklusive provision. Vad anbudsgivarna offererar i upphandlingen är den fasta ersättningen, exklusive provision. På så vis är det lämnade svaret avseende ersättningen 2009 korrekt, jämförbart och relevant. Under alla förhållanden har alla anbudsgivare erhållit samma svar, varför förfarandet inte strider mot principerna om transparens eller likabehandling. Anbudsgivarna har att utföra det uppdrag som beskrivs i förfrågningsunderlaget och måste förstås noggrant överväga omfattningen av uppdraget för att bestämma vilken ersättning som ska begäras i anbudet. Det ska även noteras att det nu aktuella uppdraget inte är identiskt med det tidigare som svaret rörande ersättning för 2009 avser.

Felaktiga uppgifter

I kravspecifikationen har Västtrafik redogjort för sitt behov av extra personal vid olika typer av aktiviteter (event). Där anges att behovet avser dels förstärkning vid biljettbilen, dels extraresurser när Västtrafik vill informera om sin verksamhet. Antalet personer som kan komma att krävas vid dessa aktiviteter kan variera stort, beroende på de mycket varierande förutsättningarna som gäller i olika fall och som inte kan förutses. Av kravspecifikationen framgår att leverantören ska kunna tillgodose kravet på bemanning vid varje enskilt uppdrag. Under Frågor & Svar förtydligas att antalet

personer som ska kunna komma att aktualiseras vid vissa aktiviteter, kan uppgå till ännu fler än 20. Frågor & Svar är ett komplement till förfrågningsunderlaget. Svaren är avsedda att radera ut eventuella frågetecken som anbudsgivare kan ha vid formuleringen av anbud. På vilket sätt Västrafiks svar på den aktuella frågan skulle vara direkt felaktigt har Trafikantservice inte utvecklat närmare. Frågan om extra personal i vissa fall är närmast en resursfråga som inte påverkar det pris som utvärderas i upphandlingen. Priset utvärderas helt schablonmässigt. Vinnande leverantör erhåller ersättning för all den personal som utnyttjas i uppdraget. De i upphandlingsunderlaget lämnade uppgifterna om extra personal är fullt tillräckliga för att anbudsgivarna ska kunna formulera ändamålsenliga anbud.

DOMSKÄL

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får enligt 16 kap. 1 § LUF ansöka om åtgärd enligt 2 §. Enligt den bestämmelsen ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse enligt lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågnings-

underlag 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.

Av EG-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC, framgår bl.a. följande. Principen om likabehandling innefattar en skyldighet att möjliggöra insyn, så att man kan kontrollera att den iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Slutligen ska tilldelningskriterierna, vid prövning av anbuden, tillämpas enhetligt och objektivt på samtliga anbudsgivare.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrättens prövning i mål av förevarande slag utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden åberopat i målet finns anledning att vidta åtgärder med stöd av LUF.

Trafikantservice har gjort gällande att Västtrafik i upphandlingen trätt de på upphandlingsområdet grundläggande principerna om likabehandling och transparens förnär, genom att i förfrågningsunderlaget jämte dithörande handlingar inte i tillräcklig omfattning specificera de personalresurser som krävs för att utföra uppdraget samt lämnat felaktiga uppgifter dels beträffande vilka personalresurser som kan behövas vid olika aktiviteter, dels beträffande den ersättning som lämnats för 2009. Västtrafik har bestritt detta och gjort gällande att dessa förhållanden med tillräcklig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget beskrivs vilka öppettider kundservicebutikerna ska ha, hur många kassor som ska vara öppna vid vissa angivna tider samt vilka rutiner som ska tillämpas vid butikerna. Enligt förvaltningsrättens mening ger dessa beskrivningar en tillräckligt tydlig bild av vilka personalresurser som krävs för att utföra det upphandlade uppdraget. Det svar Västtrafik lämnat på frågan om vilka personalresurser som kan krävas vid särskilda aktiviteter kan heller inte anses missledande, då där tydligt anges att det inte finns någon maxgräns för vilka personalresurser som kan krävas vid sådana tillfällen. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att det i upphandlingen görs en åtskillnad mellan ersättning och provision, varför Västtrafiks svar inte heller in denna del kan anses missledande.

De brister i upphandlingen Trafikantservice gjort gällande kan därför inte anses medföra att förfrågningsunderlaget är behäftat med sådana brister som träder de gemenskapsrättsliga principerna på upphandlingsområdet förnär i sådan utsträckning att det motiverar en åtgärd med stöd av LUF. Trafikantservices ansökan ska därför avslås.

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


Svante Stroh

