



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2016-10-31
Meddelad i Jönköping

Mål nr
3378-16

SÖKANDE

Buss i Väst AB, 556446-9343
Gårdatorget 1
412 50 Göteborg

Ombud: Advokaten Sylvia Lindén
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

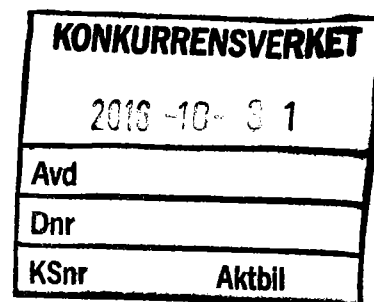
MOTPART

Västtrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

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

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Västtrafik AB (Västtrafik) har inlett ett upphandlingsförfarande som benämns Trafik 2017 och omfattar lokal busstrafik inom Kungsbacka kommun, främst på Onsalahalvön samt till och från Kungsbacka centrum (Trafikåtagande 10 – Kungsbacka Onsala). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Buss i Väst AB (bolaget) antagits och bolagets anbud har förkastats. Bolaget har ansökt om överprövning.

Dok.Id 208915

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

Förfrågningsunderlaget

Upphandlingsföremålet och formerna för anbudsgivning

Upphandlingen avser drift, detaljplanering och information avseende lokal busstrafik inom Kungsbacka kommun, främst på Onsalahalvön samt till och från Kungsbacka centrum (Trafikåtagande 10 – Kungsbacka Onsala) Avsedd avtalsperiod omfattar tiden från det att avtalet undertecknas av båda parter till juni 2027. En anbudsgivare kommer att antas. Alternativa anbud och reservationer tillåts inte.

Anbudens form och innehåll

I förfrågningsunderlagets Bilaga A0 Anbudsinnehåll anges bl.a. följande. Av nedanstående tabell (här utesluten, förvaltningsrättens anm.) framgår de dokument och uppgifter som ska redovisas i anbudet. Uppgifter som anbudsgivaren och kontaktuppgifter lämnas på anbudsformulär i Bilaga A1.1.1 Allmänna uppgifter och kravuppfyllnad. Prisredovisning och index samt i förekommande fall optioner ska lämnas i anbudsformuläret i Bilaga A1.1-3: Anbudsformulär Priser. Redovisning av fordonsuppgifter och miljökravsuppfyllnad ska lämnas i Bilaga A2.1-2: Anbudsformulär Fordon. Samtliga uppgifter som efterfrågas i formulären ska fyllas i. Respektive anbudsformulär innehåller anvisningar för ifyllande av formulären. Anbudet ska lämnas på svenska. Anbudsgivaren ska bifoga i ovan nämnd tabell angivna handlingar.

Av Bilaga A1:1 Allmänna uppgifter och kravuppfyllnad, framgår att leverantörerna ska lämna en bekräftelse enligt följande:

Härmed bekräftas att leverantören tagit del av samtliga förutsättningar och krav i samtliga handlingar tillhörande förfrågningsunderlag Trafik 2017. Leverantören bekräftar att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Leverantören intygar även att om denne tilldelas trafikåtagandet kommer denne att uppfylla samtliga ställda kontraktsvillkor.

I slutet av den ovan nämnda bilagan lämnas dock följande förbehåll:

Observera att utöver denna bekräftelse ska samtliga handlingar som efterfrågas i förfrågningsunderlaget redovisas i anbudet, se Bilaga A0: Anbudsinnehåll. Enbart denna bekräftelse innebär således inte att anbudet är komplett.

Av anvisningarna till Bilaga A2.1-2: Anbudsformulär Fordon framgår bl.a. följande. Fordonsuppgifterna ska överensstämma med de i Dokument B och Dokument D (med underbilagor) angivna kraven för trafikåtagandet. Samtliga fordon ska anges i fälten nedan. Utöver tursatta fordon ska reservfordon anges. Antal reservfordon är upp till anbudsgivaren, dock ska krav om lägsta andel reservfordon uppfyllas i enlighet med Dokument D. Vidare:

- De tjugo övre raderna är avsedda för tursatta fordon. Rad 35 och 36 ifylles för Insatsreserv/Förstärkningsbussar. De åtta sista är avsedda för reservfordon.
 - För reservfordon går endast förvalda värden från lista att ifyllas:
 - Fordons-ID
 - Fordonsklass
 - Euroklass
 - Drivmedel
 - För tursatta fordon tillkommer följande:
 - Andel förnybart i procent
 - Totalt antal tidtabells-/utbudskilometer
 - I trafik fr.o.m.
 - I trafik t.o.m.
 - Registreringsdatum
- Antalet tidtabells-/utbudskilometer används för kontroll av miljökravsuppfyllnad. Totalt antal kilometer för samtliga fordon på raden anges.
- På fordon som ingår i trafiken från avtalsstart anges 2017-06-15 i kolumnen I trafik Fr.o.m. För fordon som ersätter annat fordon under avtalstiden anges första datum som fordonet/fordonen ingår i trafiken, 20ÅÅ-MM-DD.
- För fordon som ingår i trafiken under hela avtalstiden anges 2027-06-15 i kolumnen I trafik t.o.m. För fordon som byts ut under avtalstiden anges sista datum som fordonet/fordonen ingår i trafiken, 20ÅÅ-MM-DD.

I formuläret finns även en sammanställning enligt följande:

<u>Kontroll</u>		
	KM underlag	
0	Km trafikstart	
0	Förnybart trafikstart	
#DIV/0!	Andel förnybart	
#DIV/0!	NOX trafikstart	
#DIV/0!	PM trafikstart	
#DIV/0!	Snittålder trafikstart	
Summa	Tursatta	0
	Reserv	0
Kapacitet	Sitt	0
	Stå	0
	Summa	0

Anbudsprövningen

I ett första steg provas ifall anbudet uppfyller ställda krav för godkännande enligt förfrågningsunderlagets Bilaga A0: Anbudsinnehåll samt huruvida leverantören uppfyller ställda krav enligt avsnitt 4.5. I nämnda avsnitt 4.5 anges bl.a. att leverantören ska ha personella och organisatoriska resurser och erforderlig erfarenhet av persontransporter och kompetens för att leverera och utföra de tjänster till art och omfattning som upphandlingen avser. Om anbudet och leverantören uppfyller ställda krav vid prövningen betraktas anbudet som godkänt. Vid anbudsprövningen antas det kvalificerade anbud som innehåller det lägsta utvärderingspriset, beräknat i enlighet med vad som närmare anges i förfrågningsunderlaget.

Dokument B Trafikbeskrivning

Västtrafiks krav avseende fordonens ålder för respektive trafikgrupp i trafikåtagandet framgår i Dokument D: Bussfordon. I Bilaga A1.1.1-3 Anbudsformulär samt Bilaga A1.2.1-2 Anbudsformulär Fordon ska antalet tursatta fordon av olika fordonstyp anges. I antal tursatta fordon ska kostnaden för fordonsreserven vara inräknad i prissättningen. Västtrafiks krav avseende

fordonsreserv för respektive trafikgrupp i trafikåtagandet framgår i Dokument D: Bussfordon. Varken insatsreserv eller förstärkningsreserv är aktuella i aktuellt trafikåtagande.

Dokument D Bussfordon

Dokumentet är ett övergripande dokument avseende fordon och fordonskrav. Dokumentet innehåller allmänna krav, rutiner och riktlinjer avseende fordon vars avsikt är att nyttjas i aktuellt trafikavtal. Till dokumentet finns underbilagor som innehåller specifika fordonskrav. Fordonskraven omfattar samtliga fordon i trafikåtagandena och ska uppfyllas av samtliga fordon som trafikerar linjer som är öppna för allmänheten. Med hänsyn till gällande fordonskrav väljer leverantören sina fordon. Samtliga fordon ska uppvisas för Västtrafik genom leveranskontroll innan de trafiksätts.

Avsnitt 5 Fordonsplan: Till respektive avtal ska alltid en aktuell fordonsplan finnas som täcker hela avtalsperioden. Av fordonsplanen ska framgå vilka fordon leverantören avser att nyttja i trafikåtagandet. Västtrafik ska godkänna eventuella förändringar i fordonsflottan. Förändringar ska föregås av samråd med Västtrafik. Om avtalets fordonsflotta närmar sig att inte uppfylla medelålderskravet eller om enskilda fordon närmar sig att överstiga maxålder ska leverantören senast tolv månader innan ålderskraven överskrids presentera för Västtrafik i månadsrapporten vilka åtgärder som kommer att vidtas och vid vilken tidpunkt, för att leva upp till gällande ålderskrav. I etableringsprocessen ansvarar leverantören för att redovisa en fordonsplan för Västtrafik i av Västtrafik anvisat system. Västtrafik ska godkänna fordonsplanen. Även vid avtalets upphörande ska fordonsplan levereras där det framgår vilka fordon som ska avrustas avseende Västtrafiks IT-utrustning. Av fordonsplanen för respektive avtal ska uppgifter enligt punkter nedan redovisas:

- Avtalsnummer, trafikområde och leverantör
- Avtalstid med eventuella optionsår
- Fordonsplanens giltighetsdatum

- Ålderskrav fordon, max- och medelålder
- Fordonsuppgifter (Fordons-ID, internnummer, registreringsnummer, chassi, fordonstyp, fordonsklass, årsmodell)
- Fordonens stationeringsdepå på individnivå
- Fordonens aktuella status (Nybyggnation, begagnat befintligt VT-fordon, annat begagnat fordon)
- Antal ordinarie fordon och antal reservfordon
- Medelålder per trafikår samt per avtalsperioden

Vilka uppgifter som ska redovisas i fordonsplaner kan komma att ändras under avtalstiden.

Avsnitt 6 Fordon och rutiner i etableringsprocessen: En gemensam tidplan för fordon avseende etableringsprocessen överenskoms mellan leverantören och beställaren under etableringsfasen med utgångspunkt från etableringsplanen. För att säkerställa nödvändiga aktiviteter gäller milstolpar i tidplan enligt tabell 1:1 (här utesluten, förvaltningsrättens anm.).

Avsnitt 7 Uppgraderingsplan: I de fall begagnade fordon är aktuella i ett nytt trafikavtal och som nyttjas under etableringsperioden ska leverantören för dessa fordon presentera en uppgraderingsplan.

Avsnitt 12 Ålderskrav: Fordonens ålder beräknas från första registreringsdatum, vilket innebär att det datum bussen är exempelvis 10 år och 1 dag räknas som att överskrida 10,0 år. Om avtalets fordonsflotta närmar sig att inte uppfylla medelålderskravet eller om enskilda fordon närmar sig att överstiga maxålder ska leverantören senast tolv månader innan ålderskraven överskrids presentera för Västtrafik vilka åtgärder som kommer att vidtas och vid vilken tidpunkt, för att leva upp till gällande ålderskrav. Medelålder på fordonen inom respektive trafikgrupp får inte överstiga 8,0 år. Maxålder för enskilda fordon varierar mellan trafikgrupperna, för t.ex. trafikgruppen landsbygd gäller att inget fordon inom trafikgruppen får vara äldre än 13,0 år.

Avsnitt 13 Fordonsreserv: Leverantören ska ha tillräcklig reservkapacitet så att trafiken på turnivå i alla lägen kan utföras med korrekt utrustade fordon, vilket även inkluderar reservfordon. Fordonsreserv ska innefatta reservkapacitet som täcker upp för alla typer av stillestånd, så som löpande underhåll, verkstadsbesök, fordonsvård, hantering av Västtrafiks tekniska utrustning etc. För att ett fordon ska räknas som reserv ska fordonet vara påställt, uppfylla gällande lagkrav och vara i trafikdugligt skick. Exempel på fordon som inte får räknas som reserv är fordon som skadas i trafikolycka eller fordonsbrand så att fordonet sedan inte går att nyttja i trafik. Avseende fordon som skadats på ett sådant sätt ska leverantören omgående presentera en åtgärdsplan för Västtrafik. Lägsta andel fordonsreserv beräknas på antal tursatta fordon per trafikgrupp inom respektive trafikåtagande. Exempelvis gäller för fordon tillhörande trafikgruppen landsbygd att lägsta andel fordonsreserv motsvarar en reservkapacitet på minst 10,0 procent baserat på antalet tursatta fordon, d.v.s. det antal ordinarie fordon som Västtrafik betalar ut ersättning för enligt ersättning per tursatt fordon. I de fall leverantören väljer att ha flera stationeringsorter för fordon inom avtalet ska det på varje enskild stationeringsort finnas tillgång till reservfordon som tillhör trafikavtalet.

I bilaga D2 – Miljökrav, avsnitt 3 Uppgifter i anbud, anges: att redovisningen av uppfyllnaden av miljökraven i anbudet görs i Bilaga A2.1-2 Anbudsformulär Fordon samt under pärmflik 7 i Bilaga A0: Anbudsinnehåll.

Förtydligande

Västtrafik har den 7 juni 2016 begärt förtydligande av bolagets anbud dels angående ålderskrav fordon, dels angående bolagets offererade pris i upphandlingen. Angående ålderskrav fordon angav Västtrafik följande. Enligt Västtrafiks förmenande uppfyller den av bolaget offererade fordonsparken, enligt av bolaget inlämnade uppgifter i Bilaga A1.2.2 Anbudsformulär Fordon, inte kravet på medelålder för hela avtalstiden. Hur säkerställer bolaget

att dess anbud även uppfyller kravet avseende medelålder under det sista trafikåret?

Bolaget har svarat den 9 juni 2016 och angående ålderskrav fordon angett följande. Västtrafik anser att kravet avseende medelålder inte uppfylls under hela avtalstiden. Bolagets kalkyl är dock baserad på att fordonen ska uppfylla Västtrafiks krav avseende fordon, d.v.s. en genomsnittlig medelålder på max 8,0 år och en maxålder på 13 år. Bolaget kommer att säkerställa att fordonsparken för avtalet inte kommer att överstiga dessa värden under hela avtalstiden.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fem leverantörer har lämnat anbud. Av dessa har två ansetts kvalificerade. Anbudet från Karl Erik Elofsson Buss AB antogs som det kvalificerade anbudet som innehöll det lägsta priset. Bolagets anbud förkastades med i huvudsak följande motivering. Västtrafik har beräknat medelåldern för leverantörernas fordonsparkar över avtalstiden. Västtrafiks uträkning har gjorts per den 15 juni varje avtalsår, utan reservbussar och utan utbyte under avtalstiden. Vid beräkning per den 15 juni 2027 uppgår fordonsparkens medelålder till 8,2 år. Bolagets anbud uppfyller därmed inte förfrågningsunderlagets obligatoriska krav om att fordonsparken medelålder över avtalstiden inte får överstiga 8,2 år.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid bolagets ska anses kvalificerat och därmed beaktas vid anbudsutvärderingen.

Västtrafik anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Bolagets anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav, även kravet avseende fordonsparkens medelålder, och skulle således rätteligen inte ha förkastats. Även om så inte skulle vara fallet skulle det vara oproportionerligt att förkasta bolagets anbud. För det fall förvaltningsrätten inte skulle instämma i bolagets bedömning gör bolaget gällande att förfrågningsunderlagets krav avseende fordonsparkens medelålder har utformats i strid med öppenhetsprincipen. Bolaget har lämnat ett lägre anbudspris än vinnande anbudsgivare och har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Kravet avseende fordonsparkens medelålder

Kravets karaktär

Kravet avseende fordonsparkens medelålder är inte ett sådant obligatoriskt krav som ska vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudets ingivande. Istället är det fråga om ett sådant kontraktsvillkor som ska vara uppfyllt först när det uppdrag som upphandlingen avser ska utföras och därefter löpande under avtalstiden.

Det har inte uppställts något krav på att i anbudet redovisa hur medelålderskravet kommer att uppfyllas. Det framgår ingenstans i Bilaga A2.2 Anbudsformulär fordon eller annanstans i förfrågningsunderlaget att uppgifter ska lämnas i anbudet till styrkande av viss medelålder för fordonsflottan. I anbudsformuläret har Västtrafik visserligen klart angett att anbudsgivarna ska

lämna vissa uppgifter för ordinarie fordon och andra uppgifter för reservfordon. Någon information om att uppgifterna skulle användas för att räkna ut medelålder för fordonsflottan har däremot inte angetts. Längst ner till höger i formuläret har Västtrafik gjort en kontrollruta av vilken framgår vilka parametrar Västtrafik lägger vikt vid. Där återfinns faktorn snittålder för fordon vid trafikstart, men medelålder för fordonsflottan saknas. Det ska även noteras att det finns bestämmelser i Dokument D – Bussfordon, avsnitt 12, som reglerar hur det förhållandet att fordonsflottan närmar sig ett överskridande av medelålderskravet ska hanteras. Av detta kan slutsatsen dras att avsikten är att parterna löpande under avtalstiden ska arbeta med frågan om fordonsflottans medelålder. Vidare utgör det förhållandet att fordonsplan ska upprättas och överenskommas med Västtrafik senast nio månader före driftstart ytterligare skäl för att någon redovisning av hur uppfyllandet av kravet på medelålder skulle ske inte behövde äga rum i samband med anbudets ingivande.

Av Dokument D – Bussfordon och underbilagor till detta dokument framgår ett stort antal krav avseende offererade fordon. Samtliga av dessa är kontraktsskrav som ska uppfyllas vid tidpunkten för trafikstart. Det är omöjligt så att alla de krav som anges i dokumentet ska redovisas och styrkas vid tidpunkten för anbudets ingivande. Västtrafik har inte efterfrågat en redovisning av uppfyllandet av samtliga krav som anges i Dokument B och dess underbilagor i samband med anbudets ingivande.

Det framstår inte som rimligt att kraven i Dokument D – Bussfordon avseende upprättande och godkännande av fordonsplan under etableringsfasen skulle gälla parallellt med motsvarande (oskrivna) krav som påstås följa av Bilaga A2.2 Anbudsformulär fordon. Västtrafik har inte kunna ange var det angivna obligatoriska kravet skulle framgå i förförfrågningsunderlaget.

Kravets innebörd

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att kravet avseende fordonsflottans medelålder utgör ett sådant obligatoriskt krav som ska vara uppfyllt vid anbudets ingivande gör bolaget gällande att kravet rätteligen innefattar reservfordon. Det saknas plats och utrymme i Bilaga A2.2 Anbudsformulär fordon för att redovisa tidsperiod avseende reservfordon. Detta innebär dock inte att det uppställts ett krav på medelålder för endast tursatta fordon. Istället framgår tydligt att samtliga i anbudet nyttjade fordon ska anges. Västtrafiks beräkning vid anbudprövningen av den offererade fordonsflottans medelålder har därför kommit att bli missvisande. Utan information om vid vilka tillfällen reservfordonen kommer att bytas ut går det inte att beräkna den offererade fordonsflottans medelålder. Det framgår av Bilaga A2.2 Anbudsformulär fordon att de priser som leverantörerna lämnar ska innefatta den s.k. tekniska reserven, med vilket avses reservfordon. Av Dokument D – Bussfordon, avsnitt 13, framgår att leverantören ska ha tillräcklig reservkapacitet så att trafiken vid varje tillfälle kan utföras som planerat. Reservfordonen ska uppfylla samma krav som de tursatta fordonen och de räknas också till den trafikgrupp fordonet tillhör. De ska därför tas med i beräkningen av fordonsflottans medelålder. Det är också så bolaget har planerat för trafikens utförande och det utgör grunden för bolagets kalkyl för upphandlingen. Med beaktande av reservfordonen och att dessa byts ut på motsvarande sätt som de tursatta fordonen uppfyller bolaget medelålderskravet även under det sista avtalsåret. Bolaget har till förvaltningsrätten lämnat in en uträkning till styrkande härav. Således har bolaget uppfyllt kravet avseende fordonsflottans medelålder genom att i sitt anbud redovisa samtliga uppgifter som varit möjliga att lämna i Bilaga A2.2 Anbudsformulär fordon och därutöver explicit bekräftat att medelålderskravet uppfylls av bolaget.

Vid bedömningen i denna del bör beaktas att reservfordonen inte står i en depå och väntar på att ordinarie fordon ska tas ur trafik. Reservfordonen är

inte heller specifika reservbussar av äldre kvalité som utför trafik under sådan tid som ett ordinarie fordon är på service eller skadereparation. Istället ingår reservfordonen i den fordonsflotta – likt en busspool – som utför all trafik enligt avtalet och utför lika mycket trafik som de s.k. ordinarie fordonen. Samtliga fordon, såväl de s.k. ordinarie som reservfordonen, körs ungefär lika många kilometer i syfte att få ett jämnt underhåll och belastning av hela fordonsflottan. Bussar kan inte heller stå i en depå utan att användas, vilket beskrivs som att de s.a.s. motioneras eftersom fordonen annars förfaller p.g.a. bristande användning. Det är därför felaktigt att påstå att reservfordon inte ingår i den fordonsflotta som utför trafik enligt avtalet. I Dokument D – Bussfordon anges under avsnitt 13 bl.a. följande:

Fordonsreserv ska innefatta reservkapacitet som täcker upp för alla typer av stillestånd, såsom löpande underhåll, verkstadsbesök, fordonsvård, hantering av Västtrafiks tekniska utrustning etc.

Det framgår således tydligt att reservkapaciteten krävs för allehanda omständigheter såväl planerade som oplanerade. Bolaget har strukturerat sitt anbud på ett sätt som anges i förfrågningsunderlaget och skulle uppfylla samtliga krav vid tidpunkten för trafikstart enligt kontraktet. Något skäl för förkastande av bolagets anbud på denna grund saknas.

Kravets tillämpning

Det krav på medelålder som Västtrafik felaktigt har lagt till grund för ett förkastande hade inte varit möjligt att uppfylla ens om det hade uppställts som ett obligatoriskt krav vid tidpunkten för anbudets ingivande. Bussar kan gå sönder, de kan fatta eld, för det fall det är fråga om fabriksnya fordon kan det bli förseningar i leveransen, reservfordon kan bli ordinarie under avtals-tiden. Vidare kan de tursatta fordonen få längre stillestånd i perioder upp till ett halvår vid skadereparationer. En redovisning av medelålder vid tidpunkten för anbudets inlämnande kan därför inte bli annat än ren hypotetisk. Kravet skulle därför inte fylla något syfte vid tidpunkten för anbudets ingivande.

Den felaktiga uträkningen som visar på ett överskridande av kravet avseende fordonsflottans medelålder med 0,2 år under det sista av tio avtalsår leder till en ökning av anbudspriset på 70 milj. kr. Beloppet motsvarar skillnaden mellan vinnande anbudsgivares och bolagets respektive anbudspriser.

Det är inte proportionerligt att utesluta reservfordonen från beräkningen av fordonsflottans medelålder. En sådan åtgärd är inte lämplig för att uppnå ändamålet att Västtrafik ska erhålla en modern och tillförlitlig fordonsflotta som utför den upphandlade trafiken.

Brister i kravets utformning

Det har under alla förhållanden varit omöjligt att ur förfrågningsunderlaget utläsa att kravet avseende den offererade fordonsflottans medelålder skulle vara uppfyllt redan när anbudet lämnades in.

Västtrafik

Inställning

Bolagets anbud uppfyller inte förfrågningsunderlagets obligatoriska krav avseende fordonsparkens medelålder. Det är inte oproportionerligt att bolagets anbud förkastats till följd av bristande uppfyllelse av detta krav. Förfrågningsunderlagets krav avseende fordonsparkens medelålder uppfyller det tydlighetskrav som följer av öppenhetsprincipen och är inte heller i överigt bristfälligt utformat. Västtrafik har således inte brutit mot LUF.

Kravet avseende fordonsparkens medelålder

Kravets karaktär och utformning

I förfrågningsunderlagets Dokument A – Upphandlingsföreskrifter, punkt 3, föreskrivs att ett anbud helt ska vara grundat på de krav som redovisas i

handlingarna. Det framgår av förfrågningsunderlagets Dokument D – Bussfordon, avsnitt 12 att medelåldern för offererade fordon inte får överstiga 8,0 år. Anbudsgivaren ska visa att kraven uppfylls genom att fylla i Bilaga A2.2 Anbudsformulär fordon. Anbudsgivarna ska i anbudsformuläret redogöra för när fordonen sätts in respektive tas ut ur trafiken samt ange registreringsdatum för offererade fordon. Uppgifterna sammanställs för att beräkna huruvida ålderskraven, bl.a. kravet avseende medelålder, är uppfyllda. Dessutom ska medelåldern anges för samtliga offererade fordon. Det framgår således tydligt av förfrågningsunderlaget att det rör sig om ett obligatoriskt krav som ska uppfyllas genom de uppgifter som leverantörerna lämnar i sina anbud.

Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett mycket stort antal krav avseende fordon och miljö. Beträffande det stora flertalet av dessa begärs det inte in några uppgifter från anbudsgivarna. Kraven ska dock uppfyllas under avtalstiden. Avseende ett fåtal krav, t.ex. ålder på fordonen, begärs däremot uppgifter in som ska lämnas i anbudet. Vilka krav som avses framgår av A2.2 Anbudsformulär fordon. Anledningen till att anbudsgivarna ska lämna begärda uppgifter om fordon och miljö är att Västtrafik ska kunna kontrollera att vissa krav som uppställs i upphandlingen är uppfyllda. Om så inte vore fallet skulle det inte ha funnits anledning att begära att anbudsgivarna ska lämna uppgifterna. Bolaget invänder att det saknas information i förfrågningsunderlaget om att de uppgifter om ordinarie fordon som ska lämnas i anbuden skulle användas för att räkna ut medelåldern. Detta innebär inte att Västtrafik skulle vara förhindrat att använda uppgifterna till just det. Förfrågningsunderlaget innehåller ett uttryckligt krav på högsta medelålder och anbuden ska innehålla kompletta uppgifter om bl.a. registreringsdatum för de ordinarie fordon som ska användas i den upphandlade trafiken. Bolaget har i sitt anbud redovisat en fordonsflotta av ordinarie fordon som inte uppfyller kravet avseende medelålder.

Den kommunikation mellan Västtrafik och leverantören för det fall leverantören närmar sig ett överskridande av medelålderskravet avser praktisk hantering av medelålderskravet under avtalstiden. I enlighet med vad bolaget anger kan oförutsedda händelser inträffa som att ett fordon fattar eld eller går sönder. Detta motsäger dock inte att det uppställts ett obligatoriskt krav på att leverantörerna i sina anbud ska redovisa om offererade fordon som visar att kravet avseende fordonsflottans medelålder uppfylls.

Kravets innebörd

Det framgår tydligt av Bilaga A2.2 Anbudsformulär fordon att reservfordon inte medräknas vid kontroll av uppfyllandet av kravet avseende fordonsflottans medelålder eftersom det för reservfordon, till skillnad från tursatta fordon, inte ska anges några åldersuppgifter. Därvid bör beaktas att samtliga tursträckor under avtalstiden som utgångspunkt ska utföras av den ordinarie offererade fordonsflottan. Reservfordonen syftar till att säkerställa att leverantören kan utföra trafikåtagandet under avtalstiden om något oförutsett medför att ett av de ordinarie fordonen inte kan användas. Vidare anges i instruktionen för ifyllande av anbudsformuläret att anbudsgivarna tillåts fritt ange antal reservfordon, vilket innebär att olika anbudsgivare kan offerera olika andelar/antal reservfordon. Om beräkningen av medelåldern för de offererade fordonen skulle inkludera reservfordon skulle kravet riskera att bryta mot öppenhetsprincipen.

Kravets tillämpning

En anbudsgivare som uppfyllt kravet avseende fordonsflottans medelålder har anpassat sitt anbud efter det genom att lämna anbud med utrymme för inköp av nya fordon. Om Västtrafik hade accepterat bolagets anbud trots att kravet på medelålder inte uppfylls så hade bolaget erhållit en otillbörlig konkurrensfördel jämfört med de anbudsgivare som uppfyllt kravet.

Vid bedömningen av om kravet avseende fordonsflottans medelålder är proportionerligt eller inte, bör beaktas att kravet inte innebär att fordonen ska vara införskaffade vid tiden för anbudets ingivande, utan att anbudsgivaren ska redovisa hur denne planerar att uppfylla kravet under hela avtalstiden, t.ex. genom införskaffande av nya fordon. Ett sådant krav har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till föremålet för upphandlingen. Vidare är det inte oproportionerligt att beräkna fordonsflottans medelålder utan beaktande av reservfordonen. Västtrafik har efterfrågat relevanta uppgifter för ordinarie fordon vilka ska utföra den tursatta trafiken. Därför är det dessa fordon som är av betydelse för Västtrafik. Reservfordon ska endast användas om och när ett ordinarie fordon inte kan användas.

En avvikelse, oavsett storlek, innebär att kravet inte är uppfyllt och att anbudet ska förkastas. Det är inte möjligt att nästan uppfylla ett krav; ett krav är antingen uppfyllt eller inte.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter 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. 4 § LUF anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LUF följer att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-27/15, *Pizzo*, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Enligt principen om likabehandling krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den principen innebär således att samma villkor för anbudsgivningen måste gälla för alla anbudsgivare. Vidare är syftet med kravet på öppenhet, vilket är en följd av den förstnämnda principen, att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Kravet på öppenhet innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt dels för att alla rimligt informerade och normalt

omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten på ett effektivt sätt ska kunna kontrollera om anbuderna från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna. EU-domstolen har också slagit fast att principerna om öppenhet och likabehandling, vilka styr samtliga förfaranden för offentlig upphandling, kräver att de materiella och formella villkoren rörande deltagande i en upphandling är klart definierade i förväg och offentliggörs, särskilt de skyldigheter som anbudsgivarna ska uppfylla så att de kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LUF som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr rättsfallet RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om Västtrafik genom utformningen och/eller tillämpningen av förfrågningsunderlagets krav avseende den offererade fordonsflottans medelålder brutit mot LUF. Om denna fråga besvaras jakande har förvaltningsrätten även att pröva huruvida detta lett till att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Inledningsvis kan konstateras att parterna är överens om att det har uppställts krav avseende den offererade fordonsflottans medelålder. Parterna är dock oense om det är fråga om ett kontraktsvillkor som ska accepteras och uppfyllas under avtalstiden eller om det är fråga om ett krav avseende leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet som ska vara uppfyllt vid anbudsprövningen. Parterna är också oense om beräkningen av fordonsflot-

tans medelålder ska göras med eller utan beaktande av offererade reservfordon samt om kravet är tydligt utformat och har ett proportionerligt innehåll.

Vid bedömningen av förfrågningsunderlagets krav avseende fordonsflottans medelålder är förfrågningsunderlagets föreskrifter avseende den del av anbudsprövningen som ska göras innan utvärderingen av särskild betydelse. Såvitt i målet är av intresse anges i huvudsak följande:

I ett första steg provas ifall anbudan uppfyller ställda krav för godkännande enligt förfrågningsunderlagets Bilaga A0: Anbudsinnehåll samt huruvida leverantören uppfyller ställda krav enligt avsnitt 4.5. I nämnda avsnitt 4.5 anges bl.a. att leverantören dels ska inneha erforderliga trafiktillstånd, dels ska ha personella och organisatoriska resurser och erforderlig erfarenhet av persontransporter och kompetens för att leverera och utföra de tjänster till art och omfattning som upphandlingen avser. Om anbudet och leverantören uppfyller ställda krav vid prövningen betraktas anbudet som godkänt. Anbud som innehåller reservationer, villkor eller på annat sätt inte uppfyller kraven, kommer inte att godtas.

Det kan således konstateras att de föreskrifter i förfrågningsunderlaget som direkt reglerar vilka anbud som ska gå vidare till utvärdering – undantaget föreskrifterna för prövning av leverantörernas ekonomiska kapacitet och det specifika kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet avseende innehav av erforderliga trafiktillstånd – är knapphändiga. Det specificeras inte närmare vilka bedömningar som ska göras och vilket underlag som är avsett att ligga till grund för respektive bedömning. Detta utgör en allvarlig brist från tydlighetssynpunkt. För att den rätta innebörden och tillämpningen av förfrågningsunderlagets krav avseende fordonsflottans medelålder ska kunna bedömas, trots att tydliga förfarandeföreskrifter saknas i förfrågningsunderlagets föreskrifter om anbudsprövningen, krävs att relevanta föreskrifter i andra delar av förfrågningsunderlaget är särskilt tydliga. Detta för att kompensera för bristerna i föreskrifterna om anbudsprövningen.

Dessa andra delar som berör krav avseende fordonsflottans medelålder redovisas ovan under rubriken BAKGRUND; bl.a. Bilaga A0: Anbudsinnehåll, Bilaga A2.1-2: Anbudsformulär Fordon, Dokument B – Trafikbeskrivning och Dokument D – Bussfordon. Det saknas dock även i dessa delar av förfrågningsunderlaget tydliga uppgifter om det förfarande som ska tillämpas för att kontrollera om en leverantör uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska kraven. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att det inte tydligt framgår av förfrågningsunderlaget om kraven avseende fordonsflottans medelålder är ett kontraktsskrav som ska vara uppfyllt under avtalsperioden eller ett sådant krav som ska vara uppfyllt vid anbudsprövningen. Det saknas också uppgifter som klart anger hur förfrågningsunderlaget om fordonsflottans medelålder är avsett att tillämpas, t.ex. ifråga om medelåldern ska beräknas med eller utan beaktande av reservfordon.

Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att Västtrafik brutit mot LUF genom att i förfrågningsunderlaget uppställa obligatoriska krav på den offererade fordonsflottans medelålder som inte uppfyller det tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Hur anbudsprövningen hade utfallit om felet i upphandlingen inte förekommit kan inte avgöras. Felet i upphandlingen kan således ha påverkat anbudsprövningens utgång till bolagets nackdel. Bolaget har därmed förmått göra sannolikt att Västtrafik brutit mot LUF på sätt som medför att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Felet i upphandlingen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Rättelse är därför inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

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

Kjell Hammarborg

Ewa Nordström

Rådmannen Kjell Hammarborg och förvaltningsrättsfiskalen Ewa Nordström har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.