

LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN

DOM
2009-03-06
Meddelad i
Luleå

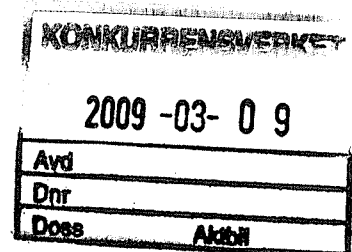
Mål nr 2440-08 E
Rotel 3

Föredragande: C. Andersson

SÖKANDE

Arvidsjaur Trafik AB, 556245-3034

Ombud: Advokaten Erik von Ahn
Herrgårdsvägen 6
915 32 Robertsfors



MOTPART

Bodens kommun
961 86 Boden

SAKEN

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

BAKGRUND

Bodens kommun (kommunen) har genomfört upphandling gällande ”Miljöprojekt Lokal biogasbuss 2009” avseende busstransport i linjetrafik. Upphandlingen genomfördes genom öppet förfarande enligt bestämmelserna i LUF. Kommunen annonserade om upphandlingen den 4 april 2008 och anbudstiden gick ut den 26 maj 2008, en tidsfrist om 52 dagar. Efter annonseringen gjorde kommun diverse förändringar i förfrågningsunderlaget, vilka meddelades i fem olika PM under perioden den 23 april–21 maj 2008. Avtalstiden för uppdraget angavs till den 1 juli 2007–30 juni 2017.

Totalt inkom anbud från tre leverantörer. Tilldelningsbeslut meddelades av kommunen den 9 juni 2008. Härfter ansökte en av leverantörerna om överprövning av upphandlingen, vilken avslogs av Länsrätten i Norrbottens län genom dom den 5 september 2008 (mål nr 1229-08). Domen överklagades dock och ändrades genom Kammarrättens i Sundsvall dom den 18 november 2008 (mål nr 2699-08).

Dok.Id 53076

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849 971 26 Luleå	Skeppsbrogatan 41	0920-29 54 90 E-post: lansratteninorrbotten@dom.se http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottens_lan/	0920-29 54 98	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-16:00

Kommunstyrelsen i Bodens kommun har i nytt tilldelningsbeslut den 15 december 2008 – dnr KS 2008/318, § 218 – beslutat att avtal ska tecknas med Veolia Transport Sverige AB. Av beslutet framgår även att Centrala Buss i Norrbotten AB:s anbud, i enlighet med kammarrättens dom, förkastades samt att den tredje leverantören tackade nej till att förlänga anbudets giltighet.

Länsrätten beslutade den 23 december 2008, på begäran av sökanden, att upphandlingen tills vidare inte får avslutas genom att sluta avtal.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets ”upphandlingsföreskrifter” med tillhörande bilagor angavs bland annat följande.

U 3.2 Anbudsinnehåll: Anbud ska vara uppställt och innehålla uppgifter enligt bifogade ”Formulär för anbud 13.3”.

Bilaga 13.3: Följande handlingar bifogas detta anbud (Pos 1–15). OBS pos. 1–7 är beställarens tvingande ska-krav, som gäller för godkännande i kvalificeringsfasen vid utvärderingen. – Pos. 4; Leverantörsuppgift (bilaga 13.5.1) av samtliga berörda. – Pos. 7; Verifikat på bankgaranti av samtliga berörda.

Bilaga 13.5.1 Leverantörsuppgift: Obligatoriska uppgifter som normalt ska (måste) medfölja anbud till Bodens kommun. Anbudsgivare utesluts om denne i väsentligt hänseende har underlåtit att lämna upplysningar om nedanstående förhållanden. – 1. Leverantörsuppgift (denna blankett).

U 5.1 Kvalificeringsfas: Granskning sker så att anbud godkännes enbart med avseende på att anbudsgivaren ska

3. ha lämnat erforderliga Leverantörsuppgifter (bilaga 13.5.1) av samtliga berörda (inklusive underentreprenörer) och medfölja huvudanbudet.

I förfrågningsunderlagets ”avtalsföreskrifter för lokaltrafik” uppgavs bland annat följande.

A 7.1.4 Indexering och justering av trafikersättning: --- Omräkning för prisjustering 1, 2 och 3 (vissa uppgivna perioder; länsrättens kommentar) sker med ett vägt index som består av

- 56 procent av SCB:s arbetskostnadsindex (AKI), SNI 2002, totalt C-O, preliminärt värde,

- 25 procent av SCB:s ITPI 34+35, exkl. 35.1 transportmedel utom fartyg och båt, definitivt värde,
- 10 procent av SCB:s index PPI för dieselolja, definitivt värde och
- 9 procent indexeras inte utan beräknas motsvara bränsleandel biogas.

Fr.o.m. prisjustering 4 ska indexeringen göras med vägt index som består av

- 56 procent av SCB:s arbetskostnadsindex (AKI), SNI 2002, totalt C-O, preliminärt värde,
- 25 procent av SCB:s ITPI 34+35, exkl. 35.1 transportmedel utom fartyg och båt, definitivt värde och
- 19 procent indexeras inte utan beräknas motsvara bränsleandel biogas.

A 7.3 Bankgaranti – säkerhet till Beställaren: Huvudentreprenören ska ställa säkerhet för att avtalets åliggande fullföljs. Säkerheten ska utgöras av bankgaranti, kreditförsäkring eller annan realsäkerhet. Ovanstående innebär att varken personborgen eller firmaborgen godtas. Kostnaden för säkerheten ska ingå i anbudssumman. Säkerhet ska lämnas med belopp som motsvarar fyra månaders intäkter per avtalat transportuppdrag.

I PM nr 1, den 23 april 2008, förändringar i förfrågningsunderlaget avseende de administrativa föreskrifterna angavs bland annat följande.

A 1.4 Förstärkningstrafik: Tillägg med ett nytt stycke. – Förstärkningstrafik får utföras med dieselbuss.

I PM nr 2, den 9 maj 2008, förändringar i förfrågningsunderlaget avseende de administrativa föreskrifterna med bilaga angavs bland annat följande.

U 3.2 Anbudsinnehåll: Anbud ska vara uppställt och innehålla uppgifter enligt bifogade ”13.3 Lokal-Buss 2008 REVIDERAD”.

Bilaga 13.3: – Pos. 14 biogasbuss; ett kriterium hade tagits bort (pris vid trafikförändring utöver frivolyemen med oförändrat respektive förändrat antal fordon), två kriterier hade omformulerats (t.ex. från tankningskostnad vid Bodens Kommuns tankanläggning till tomkörningskostnad till/från Bodens Kommuns tankanläggning) samt att nu skulle även adressuppgift för anbudsgivarens bussdepå anges. – Pos. 15 dieselbuss; ett kriterium hade tagits bort (samma som tagits bort i pos. 14).

A 1.3.1 Förändring inom den s.k. frivolyemen: Tillägg med två nya stycken. – Under ett enskilt år kan hela frivolyemen förändras med +/- 25 procent. Frivolyemen beräknas på VKM (reviderad bilaga 13.3 medföljer PM nr 2). – Vid stora förändringar av frivolyemen görs en överenskommelse mellan trafikutövaren och beställaren så att trafikutövaren har möjlighet att delge sin personal trafikändring.

A 1.3.2 Förändring utöver den s.k. frivolymen: Justering av innehållet. Då ska uppsägning av (från) avtalet (till) priserna ske senast tolv månader före trafikens förändring...

A 1.4 Förstärkningstrafik: Ytterligare tillägg i det nya stycke som infördes enligt PM nr 1 ovan samt tillägg av ett nytt stycke. – Ingen kapitalkostnadsersättning utgår för förstärkningsfordonet. – Trafikutövaren har möjlighet att anlita underentreprenörer för förstärkningstrafik.

I PM nr 3, den 16 maj 2008, förändringar i förfrågningsunderlaget avseende de administrativa föreskrifterna angavs bland annat följande.

A 7.1.4 Indexering och justering av trafikersättning: Procentsatserna justerades, eftersom sista punkten helt togs bort, till följande.

Prisjustering 1, 2 och 3:

- 62 procent av SCB:s arbetskostnadsindex (AKI), SNI 2002, totalt C-O, preliminärt värde,
- 28 procent av SCB:s ITPI 34+35, exkl. 35.1 transportmedel utom fartyg och båt, definitivt värde,
- 10 procent av SCB:s index PPI för dieselolja, definitivt värde.

Prisjustering fr.o.m. 4:

- 70 procent av SCB:s arbetskostnadsindex (AKI), SNI 2002, totalt C-O, preliminärt värde och
- 30 procent av SCB:s ITPI 34+35, exkl. 35.1 transportmedel utom fartyg och båt, definitivt värde.

I PM nr 4, den 19 maj 2008, förändringar i förfrågningsunderlaget avseende de administrativa föreskrifterna angavs bland annat följande.

A 1.3.1 Förändring inom den s.k. frivolymen: Tillägg. Fram till trafikstart kan trafikvolymen ökas med +/- 25 procent.

I PM nr 5, den 21 maj 2008, förändringar i förfrågningsunderlaget avseende de administrativa föreskrifterna angavs bland annat följande.

Ändring av punkt 7 i Formulär för anbud 13.3 gällande bankgaranti. Huvudentreprenörens möjlighet till bankgaranti – säkerhet (AF A 7.3) vid eventuellt avtal ska redovisas och bifogas anbudet.

YRKANDEN M.M.

Arvidsjaur Trafik AB (Arvidsjaur Trafik) yrkar att den aktuella upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till överprövningen.

Arvidsjaur Trafik

Till grund för sin talan har Arvidsjaur Trafik anfört i huvudsak följande. Arvidsjaur Trafik är verksam inom den bransch som upphandlingen avser och bolaget har haft kännedom om upphandlingen och förutsättningarna för upphandlingen från dagen för annonseringen. Arvidsjaur Trafik konstaterade emellertid redan i ett tidigt skede att förutsättningarna, främst kravet på bankgaranti, var sådana att det inte var möjligt för bolaget att delta i upphandlingen.

Genom det flertal olika förändringar av förfrågningsunderlaget som kommunen sedan genomförde kom dock förutsättningarna i ett nytt läge. Eftersom ändringarna gjordes i ett mycket sent skede av upphandlingen blev tiden dock otillräcklig för Arvidsjaur Trafik att kunna företa nödvändiga åtgärder och lämna ett konkurrenskraftigt anbud samt säkerställa leverans i enlighet med vad som efterfrågades. Om upphandlingen hade genomförts under iakttagande av alla de principer som bär upp LUF, hade bolaget kunnat delta i upphandlingen med ett anbud.

Kommunen har brutit mot LUF avseende ska-kravens efterlevnad, kravet på redovisning av underleverantörer, förutsättningarna gällande bankgaranti samt villkoren för prissättning – enligt nedan specificerade grunder.

De avvikelser från vad som följer av de gemenskapsrättsliga principerna har utgjort hinder för Arvidsjaur Trafik att delta i upphandlingen. Det är också sannolikt att Arvidsjaur Trafik har lidit eller riskerar att lida skada till följd av att kommunen inte har genomfört upphandlingen i enlighet med LUF.

Ska-krav

I förfrågningsunderlaget har kommunen redovisat att man förbehåller sig viss valfrihet i förhållandet att utesluta en leverantör från deltagande i upphandlingen eller inte. De krav som kommunen synes ha ställt i förfrågningsunderlaget har uppenbarligen – mot bakgrund av de verkliga förhållandena – inte varit avsedda att följas upp. Det är dock inte tillåtet att efterge något krav som ställs i en upphandling. Tvärtom föreligger det en skyldighet för den upphandlande enheten att säkerställa en effektiv kontroll av att uppgifter om efterlevnad av ställda krav och redovisade omständigheter som ska värderas som tilldelningskriterier återspeglar verkliga förhållanden (jfr EG-domstolens dom i mål C-448/01, EVN och Wienstrom). Upphandlingen har till följd härav genomförts på ett sätt som strider mot transparensprincipen och därmed mot LUF.

Underleverantör

Av vad som framgår av förfrågningsunderlaget, ska i anbudena redovisas uppgifter om underleverantörer. Kravet strider mot likabehandlingsprincipen och därmed mot LUF. Det föreligger inte någon skyldighet för en leverantör att i förväg redovisa vilka underleverantörer denne avser kontraktera, om det inte uttryckligen framgår av förfrågningsunderlaget att också underleverantörerna ska utvärderas (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 15 oktober 2008, mål nr 5553-08).

Villkor för prissättning

I PM nr 3 har kommunen ändrat kriterierna för prissättning gällande "A 7.1.4 Indexering och justering av trafikersättning". I PM nr 5 har kommunen infört nya kriterier för prissättning. Avvikelserna innebär att upphandlingsförutsättningarna har förändrats under upphandlingens gång. Vidare är avvikelserna prispåverkande i förhållande till upphandlingsförutsättningarna. Detta förfarande utgör ett brott mot transparens- och likabehandlingsprinciperna och därmed mot LUF. Bristen är sådan att den inte kan avhjälpas i efterhand, varför upphandlingen ska göras om.

Bankgaranti

Av förfrågningsunderlaget A 7.3 framgår bland annat att leverantören ska ställa säkerhet, i form av t.ex. bankgaranti, för att avtalets åliggande fullföljs. Kostnaden för säkerheten ska ingå i anbudssumman. I PM nr 5 anges att huvudentreprenörens möjlighet till bankgaranti vid eventuellt avtal ska redovisas och bifogas anbudet. I förfrågningsunderlaget anges alltså ett krav som ska vara uppfyllt redan vid anbudstidens utgång, medan PM nr 5 – som är upprättat endast fem dagar före anbudstidens utgång – medger möjlighet att i efterhand redovisa en utfästelse om bankgaranti.

Arvidsjaur Trafik bedömde utifrån de ursprungliga förutsättningarna om bankgarantin att bolaget inte hade möjlighet att delta i upphandlingen. Om bolaget hade ägt kännedom om att förutsättningarna skulle ändras under upphandlingens gång härvidlag, hade bolaget haft andra möjligheter att delta i upphandlingen med ett anbud. Avvikelsen innebär att upphandlingsförutsättningarna har förändrats under upphandlingens gång, vilket utgör ett brott mot transparens- och likabehandlingsprinciperna och därmed mot LUF. Bristen är sådan att den inte kan avhjälpas i efterhand, varför upphandlingen ska göras om.

Bodens kommun

Kommunen har anfört bland annat följande. Arvidsjaur Trafik har aldrig varit aktivt eller visat intresse för den aktuella upphandlingen. Exempelvis har bolaget inte begärt ut förfrågningsunderlaget, varför bolaget inte heller har erhållit något av de fem PM som skickades ut till de intresserade anbudsgivarna. De ändringar som kommunen gjorde i förfrågningsunderlaget kan därför inte ha varit av någon betydelse för Arvidsjaur Trafik och bolaget kan därmed inte heller ha lidit någon skada. Ändringarna har inte påverkat anbudsförutsättningarna, varför de ska anses tillåtna. Kommunen har med förfrågningsunderlag, inklusive PM och utvärderingsfas, genomfört upphandlingen på ett sådant sätt som överensstämmer med kraven i LUF.

Ska-krav

Kommunen har inte förbehållit sig någon valfrihet att godtyckligt avgöra om ett anbud ska förkastas eller inte. Arvidsjaur Trafik har inte heller preciserat var i anbudsfrågan ett sådant förbehåll skulle finnas angivet.

Underleverantör

I förfrågningsunderlaget har angetts vilka uppgifter som anbudsgivarna ska redovisa om underleverantörer. Den informationen fanns angiven i förfrågningsunderlaget och har alltså varit känt för anbudsgivaren redan när de erhöll förfrågningsunderlaget. Detta måste ses som likabehandling och transparent mot de anbudsgivare som aktivt har anmält sitt intresse att delta i upphandlingen.

Ett krav på att underleverantörer ska redovisas i anbudet strider inte mot likabehandlingsprincipen eller LUF, vilket framgår av lagtexten i enlighet med 6 kap. 12 § LUF. Den av Arvidsjaur Trafik åberopade kammarrättsdomen ger inte stöd för att ett sådant krav skulle vara otillåtet.

Villkor för prissättning

Arvidsjaur Trafik hävdar att de nya kriterier som meddelades genom olika PM hade en prispåverkande betydelse. I PM nr 3 ändrade kommunen indexering och prisjustering gällande biogas, eftersom den antagande leverantören skulle tillhandahålla biogas från kommunen. Det var därför inte relevant att ta med detta kriterium i omräkning vid prisjustering. Alla anbudsgivarna har nåtts av denna information tio dagar före sista anbudsdag. I PM nr 5 klargjorde kommunen att angivna priser vid trafikförändring och trafikförstärkning inte skulle medräknas vid utvärderingen för biogas, eftersom entreprenören skulle få biogasen från kommunen. Den ursprungliga skrivningen i anbudsfrågan eller klarläggandet i PM nr 5 kan inte rimligen ha haft någon betydelse för Arvidsjaur Trafiks val om att delta i upphandlingen. Matrisen anger priser för trafikminskning och trafikökning samt tomkörningskostnader. Anbudsgivarna kan här inte lida någon skada, eftersom kom-

munen i förfrågningsunderlaget angav hur frivolympen ska hanteras. Vad gäller uppgiften om tomkörningskostnad så var inte heller den möjlig att nollställa.

Bankgaranti

Kravet i förfrågningsunderlaget A 7.3 – att huvudentreprenören ska ställa säkerhet för avtalets åliggande fullföljs – är inte avsett att tolkas som ett ska-krav i upphandlingen, dvs. att denna säkerhet måste föreligga redan när anbudet lämnas in. Hade så varit fallet hade detta framgått, t.ex. genom ett krav om att anbudsgivaren ska ställa sådan säkerhet. Arvidsjaur Trafik har därför inte haft fog för dess tolkning av förfrågningsunderlaget, att säkerheten skulle finnas redan vid anbudstidens utgång. Om detta var avgörande för Arvidsjaur Trafiks avsikt att lämna anbud borde bolaget i vart fall ha kontaktat kommunen under anbudstiden och försäkrat sig om den rätta tolkningen i detta avseende. Eftersom det redan av förfrågningsunderlaget framgår att kostnaden för säkerheten skulle räknas med i anbudspriset har förtydligandet i PM nr 5 inte heller i övrigt haft någon som helst prispåverkande effekt.

Enligt 8 kap. 10 § andra stycket LUF ska den upphandlande enheten lämna upplysningar till leverantörer angående förfrågningsunderlaget senast sex dagar innan sista anbudsdag. En förutsättning för att den upphandlande enheten ska kunna skicka ut kompletterande upplysningar är emellertid att leverantören har anmält sitt intresse. Arvidsjaur Trafik påtalar att PM nr 5 skickades ut för sent, vilket inte är korrekt. Detta eftersom alla kända anbudsgivare fick detta PM sex dagar före sista anbudsdag, varför ingen av dessa kan lida skada.

DOMSKÄL

Aktuella bestämmelser, förarbeten och praxis

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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 6 kap. 12 § LUF regleras att i förfrågningsunderlaget får en upphandlande enhet begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås.

I 8 kap. 1 § LUF stadgas att när tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande enheten ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantörer kan antas behöva för att utarbeta anbuden. Dock ska tidsfristerna i detta kapitel iakttas. – Av 2 § samma kapitel framgår att vid öppet förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, om inte något annat följer av 5–8 §§.

Av 8 kap. 10 § andra stycket LUF framgår att den upphandlande enheten ska på begäran av en leverantör lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, under förutsättning att en sådan begäran har gjorts i god tid.

I 16 kap. 2 § första stycket LUF regleras att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Principerna för all upphandling enligt LUF anges i 1 kap. 24 §. Begreppen motsvarar de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. I förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155 f.) till gällande LUF uttalas följande angående de EG-rättsliga principerna.

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle. Med transparens avses främst skyldigheten... att lämna information om upphandling och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen. Proportionalitetsprincipen innebär... inte får ställa större

krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet, oberoende av sådana faktorer som inte hänför sig till genomförandet av upphandlingen. --- Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas t.ex. när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Likaså ska kraven på anbudsförfrågans innehåll eller villkoren i anbudsförfarandet stå i rätt proportion till upphandlingens art. Principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet. --- Vid bedömningen av anbudsgivarna och anbudena förutsätter kravet på jämlikhet att de uppställda kraven gäller samtliga anbudsgivare på samma sätt.

I praxis har bland annat följande uttalats om underleverantörer. Upphandlingsdirektiven utgör inte något hinder för ett förbud mot eller en begränsning av möjligheten att anlita underleverantörer för utförandet av grundläggande delar av ett kontrakt, i de fall den upphandlande enheten inte vid undersökningen av anbudena och valet av leverantör har kunnat kontrollera underleverantörernas tekniska och ekonomiska kapacitet (jfr EG-domstolens dom i mål C-314/01, Siemens och ARGE Telekom).

I praxis har bland annat följande uttalats om tidpunkten för uppfyllande av urvalskriterierna. Tidpunkten ska fastställas med absolut säkerhet och anges i förväg. Sådana tidpunkter kan exempelvis vara sista datumet för att lämna anbud, tidpunkten då anbudena bedöms eller omedelbart före tilldelningen av kontrakt (jfr EG-domstolens dom i de förenade målen C-226/04 och C-228/04, La Cascina och Zilch).

Länsrättens bedömning

Det saknas detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat. Emellertid ska en upphandlande enhet, i enlighet med 1 kap. 24 § LUF, behandla alla leverantörer på ett likvärdigt sätt. Detta följer av likabehandlingsprincipen, vilken innebär att upphandlingen inte otillbörligen ska gynna eller missgynna

någon leverantör. Upphandlingskriterierna ska också vara formulerade på ett sådant sätt att alla anbudsgivare kan tolka kriterierna lika. Detta följer av transparensprincipen och innebär främst en skyldighet för den upphandlande enheten att utforma förfrågningsunderlaget och lämna information på sådant sätt att alla leverantörer får tillgång till samma information (jfr EG-domstolens dom i mål C-448/01, EVN och Wienstrom).

De EG-rättsliga principerna gäller under hela förfarandet och tar även hänsyn till potentiella anbudsgivare som valt att inte lämna något anbud. Dessa kan ha valt att avstå just på grund av att de inte kan uppfylla de krav som ställs i upphandlingen. Av detta följer att förfrågningsunderlaget ska vara upprättat på ett uttömmande sätt när upphandlingen påbörjas och får därefter inte ändras (jfr EG-domstolens dom i mål C-278/01, kommissionen mot Spanien). Den upphandlande enheten har där emot, på begäran av anbudsgivare, möjlighet att lämna ut kompletterande upplysningar. Detta i syfte att förtydliga förfrågningsunderlaget, men endast under förutsättning att de grundläggande principerna inte frångås.

Ska-krav

Arvidsjaur Trafik har gjort gällande att kommunen i förfrågningsunderlaget har förbehållit sig viss valfrihet i tillämpningen av ska-kraven – gällande huruvida en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandlingen eller inte – och att detta strider mot LUF och transparensprincipen. Kommunen bestrider att så skulle vara fallet samt påtalar att Arvidsjaur Trafik inte har preciserat var i anbudsförfrågan ett sådant förbehåll i så fall skulle finnas angivet.

Länsrätten anser att det i målet inte har framkommit att kommunen generellt har en inställning som innebär att ska-kraven inte alltid måste vara uppfyllda. I likhet med kommunen konstaterar länsrätten att Arvidsjaur Trafik inte närmare har preciserat hur kommunen har brutit mot LUF i detta avseende. Vad som anges i bilaga 13.3 – att t.ex. leverantörsuppgifter av samtliga berörda ska bifogas samt att detta är ett *tvingande* ska-krav som gäller för godkännande – kan synas stå i viss motsats till lydelsen i bilaga 13.5.1 – att anbudsgivare utesluts om denna i *väsentligt hänseende* har underlåtit att lämna upplysningar om t.ex. leverantörsuppgifter.

Detta var också föremål för kammarrättens prövning av nu aktuell upphandling i tidigare process, vilken medförde att en leverantör uteslöts. Länsrätten finner dock, särskilt med anledning av Arvidsjaur Trafiks brist på precisering av dess talan i denna del, att kommunen härvidlag inte har brutit mot någon bestämmelse i LUF eller på annat sätt har kränkt gemenskapsrätten. Överprövningen ska således avslås i denna del.

Underleverantör

Arvidsjaur Trafik har gjort gällande att kommunens krav på redovisning av underleverantörer strider mot likabehandlingsprincipen och därmed mot LUF. Kommunen menar däremot att dessa uppgifter uppgavs redan i förfrågningsunderlaget, varför de har varit kända för anbudsgivaren redan vid denna tidpunkt.

Av EG-domstolens praxis framgår att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömning av anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget ifråga, inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning (jfr EG-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis). Därav gäller att sådana uppgifter inte får användas i utvärderingsfasen. Däremot finns inget generellt hinder mot att ställa upp sådana kriterier i kvalificeringsfasen.

I den av Arvidsjaur Trafik åberopade kammarrättsdomen fastställdes bland annat följande. I förfrågningsunderlaget hade angetts att "underentreprenörer ska anges". Däremot fanns ingen uttrycklig beskrivning av vilka uppgifter om underentreprenörer som måste uppges, t.ex. namn, organisations- eller personnummer. En anbudsgivare som för ett begränsat delområde av anbudet endast hade angett att underentreprenör skulle komma att användas, men att denna ännu inte var utsedd, ansågs vara tillräckligt för att ska-kravet var uppfyllt.

I kommunens förfrågningsunderlag, med tillhörande bilagor, anges att anbudsgivaren ska lämna vissa specificerade uppgifter om leverantörer inklusive underleverantörer. T.ex. företagets namn, organisations- eller personnummer, momsregistreringsnummer, ägare, vissa ekonomiska förhållanden och firmatecknare. Ska-kravet gällande huvudentreprenör och eventuella underentreprenörer är såle-

des likalydande. Uppgifterna efterfrågas i kvalificeringsfasen, vilket är möjligt. Detta framgår även av bestämmelsen i 6 kap. 12 § LUF, vilken anger att den upphandlande enheten har möjlighet att även begära in uppgifter om vilka underleverantörer som kan komma att användas. Länsrätten anser därför att kommunen i denna del inte har brutit mot LUF eller gemenskapsrätten. Den av Arvidsjaur Trafik åberopade kammarrättsdomen ger inte anledning att ändra denna bedömning. Överprövningen ska följaktligen avslås även i denna del.

Villkor för prissättning

Arvidsjaur Trafik har gjort gällande att kommunen, genom de olika PM som meddelades under anbudstiden, såväl införde nya kriterier för prissättningen som justerade indexeringen och trafikersättning. Bolaget menar vidare att dessa förändringar innebar att förutsättningarna för upphandlingen ändrades samt var prispåverkande. Kommunen uppger däremot att de förändringar som meddelades inte var prispåverkande samt att samtliga anbudsgivare som hade begärt ut förfrågningsunderlaget i tid också hade fått del av förändringarna.

De EG-rättsliga principerna måste beaktas under hela upphandlingen och då inte endast i förhållande till de leverantörer som aktivt har visat intresse i förförandet. Länsrätten konstaterar att kommunen genom PM nr 1–5 har gjort ett otal förändringar i förfrågningsunderlaget med tillhörande bilagor genom att justera, komplettera och radera vissa kriterier och förutsättningar. Det kan inte uteslutas att de av Arvidsjaur Trafik åberopade förändringarna också har varit prispåverkande. Om dessa förändringar har varit till fördel eller nackdel för anbudsgivare, faktiska eller potentiella, saknar betydelse. Länsrätten anser därför att kommunen i denna del har brutit mot principerna om likabehandling och transparens.

Bankgaranti

Arvidsjaur Trafik har gjort gällande att kommunen i PM nr 5 har gjort förändringar avseende kravet på att lämna bankgaranti – från att den måste lämnas i anbudet till att det är tillräckligt att den lämnas när eventuellt avtal tecknas. Vidare menar Arvidsjaur Trafik att detta utgör en väsentlig och prispåverkande avvikelse

från förfrågningsunderlaget. Arvidsjaur Trafik uppger att eftersom dessa förändringar gjordes endast fem dagar före anbudstidens utgång, medförde detta att tiden var otillräcklig för bolaget att kunna lämna in ett anbud. Kommunen menar däremot att förändringarna i förfrågningsunderlaget inte påverkade anbudsförutsättningarna och att de lämnades i tid, varför de ska anses vara tillåtna.

Enligt A 7.3 i förfrågningsunderlaget anges att "huvudentreprenören ska ställa säkerhet för att avtalets åligganden fullgörs". Bilaga 13.3 "Formulär för anbud" innehåller specificerade uppgifter som bifogas anbudet. I denna bilaga uppges att bland annat pos. 7 "är beställarens tvingande ska-krav, som gäller för godkännande i kvalificeringsfasen" samt att med pos. 7 menas "verifikat på bankgaranti av samtliga berörda". I PM nr 5 meddelades att "huvudentreprenörens möjlighet till bankgaranti – säkerhet – vid eventuellt avtal ska redovisas och bifogas anbudet".

I enlighet med EG-domstolens praxis ska det i förfrågningsunderlaget anges när ett urvalskriterium ska vara uppfyllt och det får inte vara några tveksamheter om vilken tidpunkt som menas. Länsrätten anser att Arvidsjaur Trafik har haft fog för att tolka skrivningen gällande bankgaranti i förfrågningsunderlaget tillsammans med bilaga 13.3 på så sätt att detta var ett krav som skulle vara uppfyllt redan vid anbudets ingående. Förändringen i PM nr 5 utgjorde därför, enligt länsrättens mening, en väsentlig förändring som kunnat innebära att potentiella anbudsgivare avstått från att lämna anbud. Vidare har förändringarna inte varit av sådan kompletterande karaktär som avses i 8 kap. 10 § LUF. Länsrätten konstaterar vidare att PM nr 5 meddelades den 21 maj 2008, vilket understiger tidsfristen i 8 kap. 10 § andra stycket LUF – senast sex dagar före angiven sista dag för anbudet – eftersom anbudstiden gick ut den 26 maj 2008.

Länsrätten bedömer följaktligen att kommunen även i denna del har brutit mot principerna om likabehandling och transparens då potentiella anbudsgivare inte har haft möjlighet att delta i upphandlingen på lika villkor.

Ingripande enligt LUF

Arvidsjaur Trafik får således anses ha visat att kommunen på olika sätt har brutit i upphandlingsförfarandet. Frågan i målet är då om även förhållandena för ett ingripande enligt LUF är uppfyllda.

Arvidsjaur Trafik har inte lämnat in något anbud på upphandlingen. Bolaget har bland annat förklarat att detta berodde på att de krav som ursprungligen uppställdes i förfrågningsunderlaget var alltför svåra att uppfylla, varför bolaget valde att avstå. Att Arvidsjaur Trafik inte har lämnat något anbud innebär inte att bolaget utesluts från möjligheten att få till stånd ett ingripande enligt LUF. Avgörande är i stället om kommunens bristande respekt för de grundläggande principerna har medfört att Arvidsjaur Trafik har lidit eller kan komma att lida skada. Vid en sådan bedömning bör kraven på bevisning inte ställas alltför högt.

Länsrätten bedömer att Arvidsjaur Trafik har lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningarna för åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § första stycket LUF föreligger därmed. De konstaterade bristerna får anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Länsrätten finner därför att upphandlingen ska göras om.

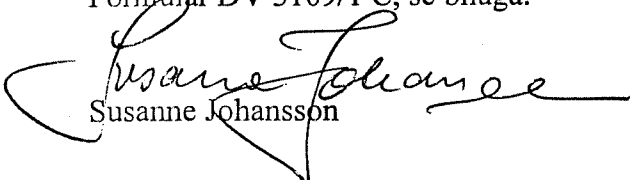
Länsrätten noterar – till följd av utgången i målet – att domen även innebär ett omedelbart förbud för kommunen att fortsätta upphandlingen (jfr RÅ 2005 ref. 17).

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Bodens kommuns upphandling – ”Miljöprojekt Lokal biogasbuss 2009” avseende busstransport i linjetrafik – ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Formulär DV 3109/1 C, se bilaga.


Susanne Johansson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.