



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-07-07
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2710-16

SÖKANDE

Kolmårdens Buss & Transport AB, 556256-7809
Strandvägen 4
618 34 Kolmården

MOTPART

Norrköpings kommun
Rådhuset
601 81 Norrköping

Ombud: Clifford Landin
Upphandlingscenter
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

KONKURRENSVERKET	
2016-07-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 253559

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Norrköpings kommun (Kommunen) genomför en upphandling avseende *Samhällsbetalda resor, skolskjuts 2016*, dnr UH 2015-415. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. Genom tilldelningsbeslut daterat den 8 april 2016 tilldelades Hällesta Buss Aktiebolag kontrakt i upphandlingen. Efter det att Hällesta Buss Aktiebolag återkallat sitt anbud meddelade Kommunen den 29 april 2016 ett nytt tilldelningsbeslut enligt vilket Kanalbuss i Norsholm Aktiebolag (Kanalbuss) tilldelades kontraktet.

Kolmårdens Buss & Transport AB (Bolaget), som lämnade anbud i upphandlingen, ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse på så sätt att Kanalbuss anbud inte ska upptas till slutlig anbudsutvärdering. Bolaget framhåller därvid att en dom på rättelse av upphandlingen är att föredra framför att denna ska göras om.

Kommunen begär att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Kommunen har i förfrågningsunderlaget uppställt ett obligatoriskt krav på att anbudsgivaren ska lämna en företagspresentation som ska innehålla beskrivning av företagets verksamhet och organisation. Kommunen försöker i efterhand likställa orden verksamhet och organisation med varandra vilket är felaktigt. Kommunen har valt att i förfrågningsunderlaget använda båda orden och utformat texten som att man eftersöker både en beskrivning av företagets verksamhet och en beskrivning av organisationen. Detta kan enligt Bolagets mening bara tolkas som att båda delar måste vara med för att

man ska få en företagspresentation. En anbudsgivare kan således inte uppfylla det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet på företagspresentation genom att endast beskriva en av dessa uppgifter.

Kanalbuss har i sitt anbud inte beskrivit sin organisation. Bolaget anser att kommunens krav på "beskrivning av organisation" syftar till att beskriva arbetsfördelning, specialisering, samordning och samarbete. Alltså borde en kort beskrivning av organisationen innehålla vem som gör vad för att bedriva verksamheten och säkra kvalitén. Inget av detta går att återfinna i Kanalbuss text gällande kravet. Kanalbuss har inte angett vilka roller som finns, vad de olika ansvarsområdena är, hur man säkrar upp bortfall, hur man samordnar de olika rollerna, vem som är ansvarig och vem som sköter daglig drift. Bolaget anser att det inte är en beskrivning av organisationen att upplysa om antalet anställda, vart garaget finns beläget eller hur många fordon som finns i företaget. Det går inte heller att hänföra till en organisationsbeskrivning vilket Kommunen menar.

Genom att upphandlade myndighet har antagit ett anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav i upphandlingen har konkurrensen snedvridits och likabehandlingsprincipen åsidosatts. Kanalbuss anbud skulle rätteligen inte ha upptagits till utvärdering. Att Kommunen i efterhand kan välja vilka skallkrav som måste uppfyllas och vilka som inte behöver uppfyllas, strider mot LOU och likabehandlingsprincipen. Detta leder på sikt till en urholkning av uppställda skallkrav som upphandlade myndigheter ställer. Kommunen borde, om de anser att beskrivning av organisationen ej är av vikt, tagit bort det ur upphandlingsunderlaget innan upphandlingen lades ut.

Kommunen hävdar felaktigt att syftet avseende företagspresentationen enbart skulle vara ett sätt att få en generell och introducerande information om anbudsgivarens företag samt att anbudsgivarens organisation inte är av vikt i denna upphandling och att man därför inte kan förkasta ett anbud som inte

uppfyller det kravet. Bolaget anser att kravet avseende organisation är särskilt viktigt med tanke på uppdragets karaktär. Kravet är ställt i syfte att möjliggöra en bedömning av om anbudsgivaren har förmåga att utföra det aktuella uppdraget och kravet är varken oväsentligt eller oproportionerligt. Kommunens tekniska kontor som varje dag jobbar med planering och drift av skolskjuts ställer krav på att företagen ska hålla den organisation och ledning som krävs för uppdraget och att man ska ha en krisberedskap. Man efterfrågar också information gällande hur man hanterar olika situationer hos de olika bolagen och kommunikationen mellan bolag och kommunen, vem som gör vad osv. Detta visar kommunen bl.a. genom sitt krav i bilagan Förutsättningar och krav 2.4 i förfrågningsunderlaget, vilket går att härleda till det i målet aktuella kravet och där tydliggörs vikten av arbetsledning och möjligheter till kontakterna med ansvariga hos entreprenören. Bolaget anser att en beskrivning av organisationen kan säkerställa att detta uppfylls därför har kravet en proportionerlig vikt i denna upphandling och ett naturligt krav sett till vilken typ av verksamhet som upphandlas.

Kommunen

Kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, i enlighet med övriga bestämmelser i LOU samt i enlighet med de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget avseende företagspresentation. Bolaget har därför inte lidit skada och kan inte komma att lida skada.

Kommunen gör i första hand gällande att kravet avseende företagspresentation inte utgör ett kvalificeringskrav i egentlig mening, till skillnad från kvalificeringskraven avseende t.ex. ekonomisk stabilitet, teknisk och yrkesmässig kapacitet och yrkestrafiktillstånd, som kan läggas till grund för att diskvalificera en anbudsgivare. Detta är inte samma sak som, vilket bolaget felaktigt anför, att kommunen i efterhand väljer vilka krav som måste upp-

fyllas och vilka som inte behöver uppfyllas. Syftet med kravet är endast att kommunen ska få en generell och introducerande information om anbudsgivaren. Någon strikt skillnad mellan begreppen verksamhet och organisation ska inte göras, utan anbudsgivaren ges istället möjlighet att presentera sig i valfri omfattning.

Bolaget har anfört att syftet med det aktuella kravet är att möjliggöra en bedömning av om anbudsgivaren har förmåga att utföra det aktuella uppdraget och att uppgiften avseende företagspresentation är särskilt viktigt med tanke på uppdragets karaktär. Så är emellertid inte fallet. I bilaga "Skallkrav" finns ett antal kvalificeringskrav bl.a. avseende ekonomisk stabilitet, teknisk och yrkesmässig kapacitet och yrkestrafiktillstånd. Syftet med dessa kvalificeringskrav är att spegla vilken kapacitet som är nödvändig hos en leverantör för att utföra uppdraget. Det är alltså mot bakgrund av dessa kvalificeringskrav som anbudsgivarens kapacitet bedöms, inte mot bakgrund av uppgiften avseende företagspresentation.

Bolagets påstår att anbudsgivarens företagspresentation ska behandla vissa frågor, såsom arbetsfördelning, specialisering, samordning, samarbete mm. Det aktuella kravet innehåller emellertid inte något om att anbudsgivarens företagspresentation måste behandla sådana frågor, dvs. det ställs alltså inga kvalitativa eller kvantitativa villkor på företagspresentationen. Anbudsgivaren ges istället möjlighet att presentera sig i valfri omfattning. Kanalbuss har lämnat uppgifter bl.a. om antalet fordon, stationeringsort, anställd personal och befattningshavare. Dessa uppgifter är dessutom inte bara hänförliga till en beskrivning av företagets verksamhet, utan även av dess organisation. Kommunen gör, för det fall förvaltningsrätten skulle finna att kravet avseende företagspresentation utgör ett kvalificeringskrav i egentlig mening, i andra hand gällande att vad Kanalbuss har anfört är tillräckligt för att uppfylla kravet avseende företagspresentation.

Om förvaltningsrätten skulle finna att kravet avseende företagspresentation utgör ett kvalificeringskrav i egentlig mening som inte uppfyllts av Kanalbuss gör Kommunen i tredje hand gällande att det ändå skulle vara oproportionerligt att diskvalificera Kanalbuss. En konsekvens av proportionalitetsprincipen har i doktrinen ansetts vara att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och därtill rimligen vara av inte oväsentlig betydelse. Kravet avseende företagspresentation är ett standardkrav som ställs i alla upphandlingar som Upphandlingscenter handlägger. Kravet avseende företagspresentation är således varken tillräckligt relevant eller tillräckligt väsentligt för att motivera en diskvalificering av Kanalbuss. För att säkerställa att en leverantör har nödvändig kapacitet, t.ex. avseende sin organisation, för att utföra uppdraget ställs nämligen flera andra krav i förfrågningsunderlaget, bl.a. det av bolaget nämnda kravet avseende arbetsledning. Vid vart och ett av respektive krav anges om, och i så fall på vilket sätt, kravet ska styrkas. Kanalbuss lämnade företagspresentation ska således bedömas mot uppgiften avseende företagspresentation, inte mot andra krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förfrågningsunderlaget och Kanalbuss anbud

I punkten 2.0 *Företagspresentation* i förfrågningsunderlaget anges följande.

Krav 2.1

Anbudsgivaren ska i svarsrutan lämna en kort beskrivning av företagets verksamhet och organisation.

Kanalbuss har avseende krav 2.1 i sitt anbud angett följande.

Kanalbuss i Norsholm AB:s verksamhet består av 12 st. skolbussar i Norrköpings kommun, 3 st. turistbussar i egen regi och 1 st. lastbil som kör matt-

transporter i Linköpings kommun samt en resebyrå/kontor stationerad i Skärblacksa där 3 st. heltidsanställda jobbar.

Vårat garage ligger i Skärblacksa. Kanalbuss har varit aktiv sedan 1995 då det grundades av Stefan Borg. Bernt Löfgren kom in i firman 1996 och vår verksamhet har varit inriktad på skoltrafik, beställningstrafik och turisttrafik.

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 2691-15).

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

Bolaget har i målet gjort gällande att anbudet från Kanalbuss inte uppfyller kravet avseende beskrivning av företagets verksamhet och organisation enligt punkten 2.0 i förfrågningsunderlaget eftersom Kanalbuss inte har beskrivit sin organisation utan endast sin verksamhet. Kommunen har i sin tur invänt att det aktuella kravet inte utgör ett kvalificeringskrav i egentlig mening, att det inte heller innehåller några krav på vissa uppgifter och med viss omfattning samt att Kommunen i sin utvärdering har bedömt att de av Kanalbuss lämnade uppgifterna är tillräckliga för att uppfylla kravet avseende företagspresentation.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det av det aktuella kravets lydelse klart och tydligt framgår att fråga är om ett sådant obligatoriskt krav som en anbudsgivare måste uppfylla för att kvalificeras för upphandlingen. Frågan är då om Kanalbuss har uppfyllt det aktuella kravet genom de uppgifter som lämnats i anbudet.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon närmare beskrivning av vad uppgiften avseende ”*beskrivning av företagets verksamhet och organisation*” ska innehålla. Vid en tolkning av dess innebörd bör enligt förvaltningsrätten den upphandlande myndigheten ges ett visst tolkningsföreträde. Ett sådant tolkningsföreträde måste dock tillämpas inom ramen för unionsrättens principer, särskilt transparensprincipen.

Förvaltningsrätten finner vid en sådan bedömning att det utifrån kravets ordalydelse och syfte inte föreligger något vägande skäl att tolka det ställda kravet på ett strängare sätt än vad Kommunen framfört i målet. Att en upphandlande myndighet avseende ett kvalificeringskrav av denna typ ger betydande utrymme för anbudsgivare att välja hur och i vilken omfattning dess organisation och verksamhet ska beskrivas i anbudet kan inte heller anses vara i strid med LOU och dess allmänna principer. I och med detta är det

förvaltningsrättens uppfattning att den information som Kanalbuss i aktuellt avseende har lämnat i sitt anbud utifrån förfrågningsunderlagets krav i tillräcklig mån beskriver Kanalbuss verksamhet och organisation. Förvaltningsrätten finner därmed att Kanalbuss uppfyller det i målet aktuella kravet och att Bolaget som en konsekvens härav inte förmått visa att tilldelningen av kontraktet till Kanalbuss varit felaktig. Något skäl att besluta om ingripande i upphandlingen föreligger således inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Tomas Kjellgren
Rådman

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



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.