



LÄNSRÄTTEN
I MARIESTAD

P Lars Ch Nilsson

DOM
2009 -06- 2 6
Meddelad i
Mariestad

Mål nr
1991-08 E
Rotel 4

SÖKANDE

1. Bohusläns Skärgårdstrafik AB, 556569-2042
Box 779
451 26 Uddevalla

Ombud: Advokaten Per Gunnarsson
Advokatfirman Wählin HB
Box 11909
404 39 Göteborg

2. Dejlig Cruise AB, 556640-4892
Vitsippsvägen 10
450 34 Lysekil

Ombud: Advokaten Susanne Wiklund
Rosengrens Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 174
451 16 Uddevalla

MOTPART

Västtrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

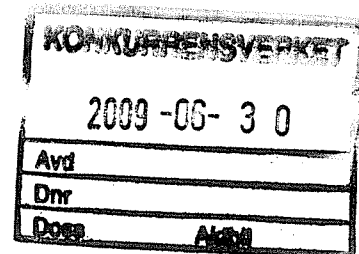
Ombud: Advokaten Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Begäran om överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och post-tjänster (LUFSS)

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Västtrafik AB:s upphandling av båttrafik, trafikåtagande 3., Lysekil – Fiskebäckskil, skall göras om.



Dok.Id 42089

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|------------------|-------------------|-------------------------------------|-------------|----------------------------|
| Box 800 | Stockholmsvägen 6 | 0501-676 00 | 0501-676 46 | måndag – fredag |
| 542 18 Mariestad | | E-post: lansrattenimariestad@dom.se | | 08:30-12:00 13:30-15:00 |

Länsrätten avslår Dejlig Cruise AB:s begäran om att länsrätten skall inhämta yttrande från Konkurrensverket.

Länsrättens interimistiska beslut av den 7 november 2008 skall bestå till dess att dom i målet vunnit laga kraft.

YRKANDEN M.M.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB och Dejlig Cruise AB har i framställningar till länsrätten var för sig begärt överprövning enligt LUFSS avseende Västtrafik AB:s upphandling av båttrafik, trafikåtagande 3, Lysekil – Fiskebäckskil. Bohusläns Skärgårdstrafik AB har yrkat i första hand att upphandlingen skall göras om och i andra hand att den får fortsätta först sedan rättelse vidtagits genom att deras anbud tas med i utvärderingen. Dejlig Cruise AB har yrkat i första hand att länsrätten skall förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att Lysekils kommuns anbud diskvalificeras, alternativt att deras anbud omräknas för att likställas/nollställas med övriga anbud vid utvärderingen och i andra hand att länsrätten, för det fall att rättelse inte är tillräcklig åtgärd, beslutar att upphandlingen skall göras om.

Som grunder för sin framställning har Bohusläns Skärgårdstrafik AB åberopat att Västtrafik förkastat Skärgårdstrafiks två anbud i upphandlingen på ett felaktigt sätt genom att inte behandla samtliga anbud på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Därigenom har Västtrafik inte utfört upphandlingen i överensstämmelse med 1 kap 9 § och 15 kap. 12 § LOU och Skärgårdstrafik har lidit skada. Sökanden har under hand som grund åberopat även att övriga anbudsgivares anbud inte varit kvalificerade för utvärdering.

Som grund för sin framställning har Dejlig Cruise AB åberopat att Västtrafik har åsidosatt likabehandlingsprincipen och principen om ickediskriminering genom att inte nollställa anbuden mot varandra i prishänseende,

med hänsyn till att ett av anbuden är att betrakta som ett "egen-regi-anbud". Sökanden har vidare anfört: Dejlign Cruise AB hade med en nollställning av anbudens priser bedömts ha det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, då man i samtliga andra delkriterier haft högre delpoäng.

Länsrätten har i interimistiskt beslut den 30 november 2008 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Parterna har till utveckling av sin talan i målet uppgett och anfört i huvudsak följande.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB:

Skärgårdstrafik har lämnat två anbud i Västtrafiks upphandling avseende Båttrafik 2009. Upphandlingsförfarandet och de kvalifikations- och tilldelningskrav som ställts på anbudsgivarna har redovisats av Västtrafik i ett *Förfrågningsunderlag Upphandling Båttrafik 2009* (Förfrågningsunderlaget) upprättat den 23 april 2008. Aktuella anbud avsåg båttrafik under trafikåtagande 3 i Förfrågningsunderlaget, linjen Lysekils hamn – Fiskebäckskil – Lysekils hamn. Västtrafik har i *Upplysningar om tilldelningsbeslutet och skäl för det* och i särskild skrivelse till Skärgårdstrafik av den 30 oktober 2008 uppgett att Skärgårdstrafik i sina anbud inte uppfyllt samtliga skallkrav och att anbuden därför förkastats.

"Bud 1": Skärgårdstrafiks bud med fartyget m/s Gullmaren 1 som huvudfartyg har förkastats därför att huvudfartyget inte har ansetts uppfylla skallkrav 4.3 i Förfrågningsunderlaget, att offererade fartyg skall vara specificerade och godkända för fartområde E. Västtrafik har anfört att det av bifogade ritningar och beskrivningar i anbudet framgår att huvudfartyget är konstruerat för hamn- och kanalfart, i certifikatet står det *definierat område i anslutning till hamn*. Detta innebär att huvudfartyget inte kan användas i fartområde E.

Skärgårdstrafik har i sitt anbud angett att huvudfartyget skulle byggas och godkännas för fartområde E. Av de fartygsdata som Skärgårdstrafik bifogat anbudet framgår att huvudfartyget är av fartygstyp "Djurgårdsfärja", som referensfartyg anges Djurgården 11. Av nationellt säkerhetscertifikat utfärdat av Sjöfartsinspektionen framgår att Djurgården 9 får trafikera fartområde E.

Ovan är information som är så pass allmänt känd i nu aktuell bransch att Västtrafik borde ha känt till det vid bedömningen av ingivna anbud. I annat fall borde Västtrafik riktat en förfrågan till Skärgårdstrafik om huvudfartygets möjlighet att trafikera fartområde E eller efterfrågat kompletterande dokumentation som visar vilket fartområde huvudfartyget skulle komma att vara godkänt för. Västtrafik har enligt nedan godtagit övriga anbudsgivares uppgifter såsom riktiga.

”Bud 2”: Skärgårdstrafiks bud med fartyget m/v Torbay Belle som huvudfartyg har förkastats av Västtrafik för att reservfartyget i anbudet inte uppfyller i Förfrågningsunderlaget 2.5-2.6 uppställda skallkrav, att anbudsgivaren skall redovisa vilka reservfartyg som ska användas för trafikuppdraget och att anbudsgivaren, om denne inte är ägare till fartygen, skall visa att denne kommer att kunna disponera över fartygen vid framgång i upphandlingen. Västtrafik har anfört att Skärgårdstrafik inte kunnat visa ”ovan skallkrav” avseende m/s Carl Wilhelmsson, som ägs av Lysekils kommun.

Västtrafik har inte i sitt Förfrågningsunderlag varit tillräckligt tydlig om i vilken utsträckning anbudsgivaren har behövt styrka sina möjligheter att uppfylla skallkravet 2.6. Av kravet i sig framgår enbart att anbudsgivaren skall visa att denne kommer att kunna disponera över fartygen vid framgång i upphandlingen. Skärgårdstrafik har visat detta genom den handling som bilagts anbudet, *Operation av trafikåtagande*, vari Skärgårdstrafiks avsikt att möjliggöra uppfyllandet av kraven i Förfrågningsunderlaget har framgått. Eftersom aktuell linjetrafik endast trafikeras av ett företag, även innan nu aktuell upphandling, så kan enbart en aktör vara verksam under varje upphandlad period. Skulle inte Lysekils hamn få upphandlingen skulle således ovan nämnda fartyg sannolikt vara till salu och Skärgårdstrafik skulle kunna förvärva det.

För det fall Västtrafik inte kunde godta Skärgårdstrafiks uppgifter borde Västtrafik ha efterfrågat ytterligare information eller bevis men så har inte skett. Inte ens efter en förfrågan från Skärgårdstrafik om inte Västtrafik önskade några kompletterande uppgifter från dem har någon sådan begäran kommit från Västtrafik. Västtrafik har dock ställt en omfattande mängd kompletterande frågor till de två övriga anbudsgivarna avseende trafikåtagande 3. Bland annat har kompletterande information avseende reservfartygen begärts in från övriga anbudsgivare. Västtrafik har genom sitt förfarande agerat i strid med 15 kap 12 § LOU genom att begära in kompletteringar av enbart två av de anbudslämnande företagen och sedermera förkastat det tredje anbudslämnande företaget, Skärgårdstrafiks, båda

anbud med hänvisning till sådana omständigheter som Västtrafik från de övriga företagen begärt kompletteringar om. En uppenbar risk för särbehandling och konkurrensbegränsning har således förelegat när Västtrafik begärt in kompletteringar på det sätt som skett. Västtrafik har också genom ovan beskrivna förfarande agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att Västtrafik inte har behandlat leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Allmänt: Inget av de av Västtrafik godkända anbuden har uppfyllt samtliga skallkrav vad avser både huvudfartyget och reservfartyg. Av bilagda handlingar framgår att Lysekils Hamn och Dejlig Cruise inte uppfyller skallkravet 4.4 vad avser samtliga fartyg som kommer att kunna användas, således även reservfartyg, skall kunna ta 220 passagerare.

Västtrafik borde i anledning av ovan, i enlighet med 15 kap. 12 § LOU, ha begärt in kompletterande upplysningar från samtliga anbudsgivare innan tilldelningsbeslut meddelades.

Västtrafik har här underlåtit att behandla samtliga anbud likvärdigt. Av bilagd handling framgår att Lysekils Hamn enbart angett att man avser att i samråd med beställaren hyra in reservfartyg som uppfyller samtliga skallkrav vid behov. Det framgår inte vilket fartyg man avser hyra in eller av vem eller att en sådan överenskommelse redan finns med någon annan part. Lysekils Hamn har inte på ett tydligare sätt än Skärgårdstrafik kunnat visa hur man skall få tillgång till reservfartyg som uppfyller samtliga skallkrav, trots det har Lysekils Hamns anbud inte förkastats såsom Skärgårdstrafikens anbud. Västtrafik har härigenom agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Ovan anförda kan inte tolkas på annat sätt än att Västtrafik under hela upphandlingsförfarandet har önskat att Lysekils Hamn skulle vinna upphandlingen och att Västtrafik inte haft en genuin vilja att anta det bästa anbudet.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Västtrafik har agerat i strid med LOU. Om Skärgårdstrafiks anbud inte hade förkastats av Västtrafik hade något av Skärgårdstrafiks anbud vunnit upphandlingen eftersom anbuden enligt ovan anförda var de enda anbuden som uppfyllde samtliga skallkrav. Skärgårdstrafik har lidit skada genom att man lagt ned tid och pengar på att anpassa och planera sin verksamhet utifrån en eventuell framgång i upphandlingen. Skärgårdstrafik kommer också att lida skada genom att Skärgårdstrafiks anbud på ett felaktigt sätt förkastats och Skärgårdstrafik därigenom inte erhållit uppdraget.

Västtrafik AB har i svar på Bohusläns Skärgårdstrafik AB:s framställning bestritt framställningen samt anfört följande.

Det är riktigt att Skärgårdstrafiken gett in två anbud i Västtrafiks båtupphandling och att båda anbuden förkastats eftersom de inte uppfyller samtliga obligatoriska kvalificeringskrav (skall-krav) i upphandlingen.

I dokument D "Skallkrav" i förfrågningsunderlaget för upphandlingen återfinns bland annat samtliga obligatoriska kvalificeringskrav i upphandlingen och däribland krav nr 4.3 som lyder: "Offererade fartyg **skall** vara specificerade och godkända för följande fartområden: Strömstad –Koster/Ramsö: Fartområde D. Lysekil – Fiskebäckskil: Fartområde E. Rörtången – Brattön – Lövön – Älgön: Fartområde E". Skärgårdstrafikens anbud i upphandlingen avser linjen Lysekil – Fiskebäckskil, för vilket fartområde E således gäller.

Skärgårdstrafiken har i upphandlingen offererat det ännu inte byggda fartyget Gullmaren 1, som huvudfartyg i upphandlingen och angett Djurgården 11, som referensfartyg. När Västtrafik granskade Skärgårdstrafikens anbud uppkom omgående frågan om den offererade båten verkligen uppfyllde kraven för fartområde E. För att få svar på frågan tillskrevs Jan Borgman på Sjöfartsverket som svarade följande: "Hej! Har nu tittat på fartyget och det är byggt för hamn- och kanalfart (SJÖFS 1993:3)", eller som certifikatet uttrycker det "definierat fartområde i anslutning till hamn". Detta innebär att det inte kan sättas in på föreslagen trafik då fribordet är för litet. Vid ett nybygge idag skulle fartyget ha konstruerats till SJÖFS 2006:1 för fart i minst E-område, vilket ger en större boghöjd. Hoppas det är svar nog, annars får Du återkomma". Mot bakgrund av dessa uppgifter från Sjöfartsverket har Västtrafik konstaterat att det offererade fartyget Gullmaren 1 inte uppfyller det aktuella skallkravet.

I ansökan om överprövning uppger Skärgårdstrafiken i punkt E.1 andra stycket följande. "Av nationellt säkerhetscertifikat, utfärdat av Sjöfartsinspektionen, bilaga 3, framgår att Djurgården 9 får trafikera fartområde E." Västtrafik ifrågasätter vad denna uppgift har för relevans för bedömningen av Gullmaren 1. Djurgården 9 har det överhuvudtaget inte refererats till i Skärgårdstrafikens anbud.

När det gäller Skärgårdstrafikens andra anbud har det förkastats för att det offererade reservfartyget i anbudet inte uppfyller det obligatoriska kvalificeringskravet i punkt 2.6, i Dokument D, Skallkrav, i förfrågningsunderlaget som lyder:

”Operatören skall, om han inte är ägare till offererade fartyg, visa att han vid framgång vid upphandlingen kommer att kunna disponera offererade fartyg (t.ex. genom köption eller liknande från nuvarande ägare)”.

Skärgårdstrafiken menar att kravet är otydligt och att det enbart framgår att anbudsgivaren skall visa att denne kommer att kunna disponera över fartygen vid framgång i upphandlingen. Enligt Västtrafik är kravet tvärtom alldeles tydligt, inte minst genom exemplifieringen, t.ex. genom köption eller liknande från nuvarande ägare.

Skälet till det uppställda kravet torde vara uppenbart för var och en. Det är nödvändigt för en operatör att ha en reservbåt för att kunna sätta in när huvudbåten är ur drift av något skäl. Västtrafik kräver således att man redan i anbudsskedet också verkligen kan visa att man har tillgång till ett relevant reservfartyg. Skärgårdstrafiken har definitivt inte lyckats visa det, utan spekulerar endast i möjligheten att kunna förvärva en båt av Lysekils kommun om Lysekils kommun inte skulle vinna framgång i upphandlingen. Genom denna lösliga spekulation har Skärgårdstrafiken förstås inte visat att man vid framgång i upphandlingen disponerar över det fartyg som Lysekils kommun idag använder i drift. En annan sak är att det måhända inte är orimligt att tänka sig att Lysekils Kommun kan ha intresse av att sälja båten om Kommunen inte skall fortsätta med den aktuella trafiken. Å andra sidan är det, som ovan nämnts, inte på något sätt visat, att det aktuella kravet är uppfyllt, varför anbudet har förkastats.

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUFSS) eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kammarrätten i Sundsvall har den 2 mars 2005 i mål nr 328-05 anfört bland annat följande. ”För att en domstol skall kunna besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse skett, skall en påstådd överträdelse ha medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Om en anbudsgivare överklagar ett tilldelningsbeslut, kan rätten komma till slutsatsen att klagandens anbud rätteligen förkastats redan före utvärderingen och att klaganden därmed inte kan anses ha skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse som han gör gällande (jämför EG-domstolens dom den 19 juni 2003 i mål

nr C-249/01 och nämnden för offentlig upphandlings yttrande den 9 december 2003 i ärende nr 2003/028929)". Kammarrätten fann i målet att ett visst bolags anbud inte uppfyllde ett i förfrågningsunderlaget formulerat skall-krav och att den upphandlande enheten därmed varit förhindrad att anta Bolagets anbud. Bolaget kunde därför inte anses ha lidit eller komma att lida skada på grund av någon av de av Bolaget åberopade grunderna.

En förutsättning för att Skärgårdstrafikens begäran om överprövning skall kunna bifallas är att påstådda brister i upphandlingen medför att Skärgårdstrafiken lidit eller kan komma att lida skada. Med andra ord skall det föreligga ett orsaks-samband mellan eventuellt begångna fel och en eventuell skada. Ingetdera av Skärgårdstrafikens anbud har kvalificerat sig till utvärderingen i upphandlingen eftersom de inte uppfyller samtliga obligatoriska kvalificeringskrav. Därmed står det också klart att även om Västtrafik skulle ha förfarit felaktigt i något avseende, skulle Skärgårdstrafiken ändå inte kunna ha erhållit upphandlingskontraktet. Följaktligen har heller inte Skärgårdstrafiken lidit någon skada i den mening som avses i LUFSS. Eftersom skaderekvisitet inte är uppfyllt, skall Skärgårdstrafikens yrkanden om åtgärder enligt LUFSS avslås.

Skärgårdstrafikens två anbud har förkastats i upphandlingen eftersom de inte uppfyllt ställda obligatoriska kvalificeringskrav (skall-krav) i upphandlingen. Eftersom Skärgårdstrafikens anbud inte är kvalificerade för utvärdering, hade det aldrig blivit aktuellt att tilldela Skärgårdstrafiken kontraktet i upphandlingen. Skärgårdstrafiken har följaktligen inte vare sig lidit eller riskerat att lida någon skada i upphandlingen. Eftersom skaderekvisitet inte är uppfyllt kan Skärgårdstrafikens ansökan om överprövning inte leda till några åtgärder enligt LUFSS.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB har i yttrande till länsrätten över Västtrafik AB:s svar vidhållit sin framställning samt anfört följande.

Bud 1: Västtrafik hänvisar i sitt yttrande till vad Jan Borgman på Sjöfartsinspektionen svarade angående referensfartyget Djurgården 11, huruvida referensfartyget uppfyllde skall-kravet om att kunna trafikera fartområde E. Av överinspektör Jan Borgmans svar framgick att "*Vid nybygge idag skulle fartyget ha konstruerats till SJÖFS 2006:1 för fart i minst E-område ...*". SJÖFS 1993:3 som äldre Djurgårdsfärjor byggdes utifrån upphävdes genom SJÖFS 2006:1 och nya fartyg byggs således enligt denna senare norm. Framför allt skulle givetvis Gullmaren 1 byggas utifrån av Skärgårdstrafik angivna förutsättningar vilket skulle

inkludera att båten skulle vara byggd för fartområde E eftersom Västtrafik uppgett det som ett skall-krav.

Som referensfartyg för bygget av Gullmaren 1 angavs Djurgården 11. Skärgårdstrafiken angav "Vårt huvudfartyg kommer att vara ett nybygge, som i stort liknar Djurgården 11", detta eftersom Västtrafik i sitt förfrågningsunderlag har begärt att anbudsgivarna skall skicka med bilder på liknande båtar. Bilderna i anbudet visar därför Djurgården 9, Djurgården 10 och Djurgården 11. Att Skärgårdstrafik angav Djurgården 11 som referensfartyg berodde på att hon är senast byggd och att Skärgårdstrafik ville visa en del smarta lösningar som exempelvis uppvärmda halkfria däck och livvästarnas placering. Skärgårdstrafik förde innan och under upphandlingen en kontinuerlig dialog med Boghammar Marin om hur Gullmaren 1 skulle utformas med utgångspunkt i Djurgårdsfärjorna och förfrågningsunderlaget, som Boghammar Marin även tog del av. Att Gullmaren 1 inte blivit exakt likadan som Djurgårdsfärjorna framgick av i anbudet ingivna ritningar.

Det säkerhetscertifikat, som bilagts begäran om överprövning, visar att även Djurgårdsfärjor kan byggas för fartområde E vilket Skärgårdstrafik uppgav att Gullmaren 1 skulle byggas för. Jan Borgmans uttalande stöder även denna möjlighet. Samma uppgifter har även erhållits av överinspektör Fredrik Almlöv på Sjöfartsinspektionen i Stockholm. Skärgårdstrafiks angivning av Djurgården 9 som ett referensfartyg med bildmaterial motsäger inte deras uppgift om vilket fartområde Gullmaren 1 skulle byggas för och de ritningar som visade att Gullmaren 1 hade godkänts för fartområde E.

Även Dejlig Cruise hänvisade till ett nybyggt fartyg i sitt anbud. Det fartyg som av Dejlig Cruise angavs som referensfartyg, m/s Strömstierna, uppfyllde inte skallkravet om antalet passagerare. Det refererade fartyget kunde bara ta 198 passagerare. Dejlig Cruises anbud har dock inte förkastats av denna anledning vilket borde vara fallet om Västtrafik granskade alla anbud på ett likvärdigt sätt.

Bud 2: Skärgårdstrafik hänvisar i denna del till vad som har anförts i begäran om överprövning. Inte heller andra anbudsgivare uppvisade "köoption eller liknande från nuvarande ägare" som Västtrafik krävde i förfrågningsunderlaget. Lysekils Hamn, som vann upphandlingen, presenterade inte några dokument med sådant innehåll. Skärgårdstrafik skickade på eget bevåg, in en komplettering den 8 oktober, angående kommande samarbete med Strömma Göteborg, just för att visa att man hade säkerställt tillgången på godkända reservfartyg.

Dejlig Cruise ingav inte någon köption eller liknande avseende - efter begäran om komplettering från Västtrafik - angivet reservfartyg, m/s Laponia. Det fördes ingen förhandling med Dejlig Cruise om försäljning av m/s Laponia. För det fall Västtrafik hade behandlat anbudet på ett likvärdigt sätt borde Dejlig Cruises anbud ha förkastats liksom Skärgårdstrafiks bud 2 förkastades.

Allmänt: Både Lysekils kommuns och Dejlig Cruises angivna reservfartyg var fartyg som inte uppfyllde samtliga skall-krav i upphandlingen. Fartygen uppfyllde inte skall-kravet om att ta 220 passagerare. Dessa anbud har dock inte förkastats. Enligt uppgift från Djurgårdsvarvet tar m/s Laponia idag 99 passagerare.

Rättsliga överväganden: Västtrafik har på ett oriktigt sätt förkastat Skärgårdstrafiks båda anbud genom att bryta mot 1 kap. 24 § och 15 kap. 12 § LUFSS. Hade Västtrafik inte agerat i strid mot LUFSS och förkastat Skärgårdstrafiks anbud hade något av anbuderna vunnit upphandlingen eftersom Skärgårdstrafik, såsom redogjorts för i begäran om överprövning, presenterade de enda anbuderna som uppfyllde samtliga av Västtrafik uppställda skall-krav. Skärgårdstrafik har således lidit skada på grund av nedlagda kostnader i upphandlingsförfarandet samt kommer att lida skada på grund av utebliven vinst, som Skärgårdstrafik hade genererat genom det i upphandlingen aktuella uppdraget.

Det av Västtrafik åberopade rättsfallet och det resonemang kring skada som Västtrafik utvecklar i sitt svar blir enbart aktuellt om ett anbud förkastats rätteligen. Som framgår ovan gör Skärgårdstrafik gällande att bolagets anbud förkastats felaktigt eftersom Skärgårdstrafiks båda bud uppfyllde alla skall-krav. Västtrafik har således agerat felaktigt och därigenom har Skärgårdstrafik lidit skada och kommer att lida skada.

Västtrafik AB har genmält följande.

Bud 1: Enligt bilaga A1: *Anbudsformulär* i förfrågningsunderlaget gällde bland annat följande för anbudsgivarna vad avser information som skulle inges med anbudet till styrkande av att kraven i upphandlingen var uppfyllda. "Fartygsdata, ritning och aktuella foton av fartygen skall bifogas. Vid nybygge skall fartygsritningar på offererade fartyg bifogas samt alla data om fartygen som krävs för att bedöma huruvida uppställda skall/bör-krav uppfylls. Om möjligt skall foton av liknande fartyg bifogas".

Skärgårdstrafiken ingav med sitt anbud ritningar på ett fartyg. Av ritningarna framgick att de avsåg "PASSAGERARFÄRJA PROJEKT LYSEKIL-

FISKEBÄCKSKIL NUMMER D11-30.8, DATUM 080520". Tillsammans med dessa ritningar presenterades fartygsdata för Gullmaren 1. Det finns ingenting i anbudet som antyder att de ingivna ritningarna skulle avse något annat fartyg än Gullmaren 1. Det framgår inte heller någonstans i anbudet att fartyget skulle byggas på något annat sätt än enligt ritningarna och fartygsdatan. Det fanns således inga uppgifter i Skärgårdstrafikens anbud som styrkte att det offererade fartyget uppfyllde, eller skulle komma att uppfylla kravet *godkänd för fartområde E*.

Västtrafik tillställde Jan Borgman på Sjöfartsinspektionen den ovannämnda dokumentationen från Skärgårdstrafikens anbud för bedömning. Efter granskning av dokumenten svarade han således följande. "Hej! Har nu tittat på fartyget och det är byggt för hamn- och kanalfart (SJÖFS 1993:3)", eller som certifikatet uttrycker det "definierat fartområde i anslutning till hamn". Detta innebär att det inte kan sättas in på föreslagen trafik då fribordet är för litet. Vid ett nybygge idag skulle fartyget ha konstruerats till SJÖFS 2006:1 för fart i minst E-område, vilket ger en större boghöjd. Hoppas det är svar nog, annars får Du återkomma. MVH Jan Borgman"

Enligt Västtrafik är det uppenbart att Skärgårdstrafikens anbud inte innehåller uppgifter som innebär att det är styrkt att det aktuella kravet är uppfyllt med den offererade båten. Något stöd i Jan Borgmans uttalande för motsatsen finns inte. Tvärtom så uppger han uttryckligen att det offererade fartyget inte kan sättas in på föreslagen trafik då fribordet är för litet och att ett nybygge skulle kräva en annan konstruktion för att godkännas för fartområde E. Det förhållandet att Skärgårdstrafiken idag hävdar att man hade för avsikt att bygga båten på ett sådant sätt att det uppfyllde de aktuella kraven förändrar inte denna slutsats. Det är förstas upp till anbudsgivaren att redan i anbudet presentera alla uppgifter som behövs för att anbudet skall kunna antagas. Västtrafik har inte kunnat bedöma något annat eller mer än just det som presenterats i anbudet.

Bud 2: Beträffande bud 2 nöjer sig Västtrafik med att hänvisa till tidigare yttrande samt konstaterar vidare att den nu ingivna avsiktsförklaringen dels inte innefattar ett sådant bevis om disposition av offererat fartyg som krävs i upphandlingen och dels att avsiktsförklaringen ingivits efter anbudstidens utgång och att den därför under alla förhållanden skall bortses ifrån.

Sammanfattning: Mot bakgrund av det ovan redovisade är Västtrafiks bestämda uppfattning således att Skärgårdstrafikens båda anbud förkastats på kor-

rekta grunder och att det inte funnits någon laglig möjlighet för Västtrafik att acceptera något av buden.

Med hänvisning till vad som anförts i Västtrafiks tidigare yttrande och särskilt de rättsfall som åberopats, gör Västtrafik gällande att Skärgårdstrafiken inte lidit någon skada och att yrkandet om åtgärder enligt LOU därför skall ogillas.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB har tillagt följande.

Skärgårdstrafiken har i sitt anbud angett att Gullmaren 1 är godkänd för fartområde E. Till anbudet har ritningar, fartygsdata och bilder bifogats. För att kontrollera att Gullmaren 1 var godkänd för fartområde E har Västtrafik vänt sig till Sjöfartsinspektionen. Frågan de ställde var om Skärgårdstrafiks referensfartyg Djurgården 11, byggd 1998, var godkänd för fartområde E. Jan Borgman på Sjöfartsinspektionen fick ta del av foton föreställande Djurgården 11, vilket fartyg yttrandet således avsåg. Borgman fick inte ta del av vare sig de ritningar eller de fartygsdata avseende Gullmaren 1 som Skärgårdstrafik hade givit in med anbudet. Vad som ändock framgår av Borgmans yttrande över Djurgården 11 är att om ett sådant fartyg skulle byggas idag så skulle det byggas i enlighet med nu gällande bestämmelser och således vara godkänt för fartområde E, vilket Skärgårdstrafik även uppgett genom att besvara anbudet i denna del jakande.

Övriga anbud har ej uppfyllt samtliga skall-krav vilket Skärgårdstrafik utvecklat i sin begäran om överprövning, detta synes vara ostridigt. Detta till trots har Västtrafik enbart begärt kompletterande uppgifter från och inlett förhandlingar med vissa av anbudsgivarna och förkastat Skärgårdstrafiks båda anbud. Detta strider mot principen om ickediskriminering och övriga grundläggande principer för offentlig upphandling som framgår i 1 kap. 24 § LUFSS. Västtrafik borde antingen förkastat samtliga anbud, inlett förhandlingar med samtliga anbudsgivare eller justerat kraven i förfrågningsunderlaget och därefter granskat samtliga anbud igen.

Även av Dejlig Cruises begäran om överprövning och övriga inlagor i förevarande mål framgår att upphandlingen inte följt lag. Skärgårdstrafik ansluter sig i tillämpliga delar till vad Dejlig Cruise anför i målet.

Avslutningsvis skall påpekas att Lysekils Hamns chef Olle Samuelsson i brev till kommunstyrelsen i Lysekils kommun uttryckt att *"Det är för att bedriva trafiken på Skaftö som kommunen är ägare till fartyg. Utan den trafiken är det*

föga troligt att kommunen alls skulle vara verksam inom passagerarfarten”.

Skärgårdstrafik har således gjort en korrekt bedömning då man anfört att enbart en aktör kan vara verksam på den aktuella sträckan. Sannolikheten att Lysekils hamns fartyg skulle säljas om någon annan aktör vann upphandlingen är mot bakgrund av detta och hamnchefens yttrande övervägande. Inte heller övriga anbudsgivare presenterade köption eller liknande avseende angivna reservfartyg och Västtrafik borde således inte ha förkastat Skärgårdstrafiks Bud 2.

Västtrafik AB har lämnat följande kommentar.

Skärgårdstrafiken påstår i sin inlägga bland annat att Jan Borgman på Sjöfartsinspektionen inte fick ta del vare sig av de ritningar eller andra fartygsdata avseende Gullmaren 1 som Skärgårdstrafiken hade gett in med sitt anbud. Denna uppgift är helt felaktig och Västtrafik ställer sig frågande till vad Skärgårdstrafiken grundar sitt påstående på.

Jan Borgman tillfrågades av Västtrafik om att avge ett utlåtande avseende det offererade fartyget Gullmaren 1. Han fick därvid ta del av relevant dokumentation avseende den offererade båten, såsom ritningar och fartygsdata, som Skärgårdstrafiken gett in med sitt anbud. Jan Borgmans bedömning, att Skärgårdstrafiken inte uppfyller kraven på att båten skall vara godkänd för fartområde E, baseras således på denna information och inte på fotot föreställande Djurgården 11.

Dejlig Cruise AB:

Västtrafik genomför en offentlig upphandling av båttrafik, där trafikåtagande 3 avser trafik på linje mellan Lysekil – Fiskebäckskil. Tilldelningsbeslut i upphandlingsärendet meddelades den 30 oktober 2008.

Upphandlingen avser åtagande att bedriva båttrafik/färjetrafik för regiontrafiken. Trafiktjänsten omfattar persontransporter. Operatören av trafiken skall själv svara för personal, fartyg och övrig utrustning som behövs för att fullgöra trafikåtagandet. Operatören skall förutom driften av trafiken aktivt medverka i tidtabellsarbetet och den långsiktiga trafikplaneringen i samråd med Västtrafik.

Upphandlingen avser trafikåtagande under tiden april 2009 till tidpunkt för tidtabellskifte år 2017, med möjlighet till förlängning två år i taget under högst fyra år. Maximal avtalstid kan således bli 12 år.

Anbudet i upphandlingen har utvärderats utifrån ekonomiskt mest fördelaktiga kombination av pris och ett antal övriga kriterier, vilket framgår av bilaga

A 4 Utvärderingsmodell, till förfrågningsunderlaget. Kriteriet pris, som har 80 procent viktning vid utvärderingen, har delats upp i dels ett rörligt pris (pris/gångtimme multiplicerat med 4 093 timmar), dels ett fast pris för åtagandet.

Västrafik ägs av ett antal kommuner i Västra Götaland, däribland Lysekils kommun. Ägarkommunerna tillskjuter medel för finansiering av verksamheten om den går med förlust.

Enligt 1 kap. 24 § LUFSS skall en upphandlande enhet behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare skall principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Upphandling skall ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt affärsmässigt.

Lysekils kommun, Hamnförvaltningen, har lämnat anbud och har efter utvärdering tilldelats uppdraget. Lysekils kommun bedriver i hamnförvaltningen tre delverksamheter; Handelshamnen, Småbåtshamnarna, samt Rederiet. Rederverksamheten omfattar dels i upphandlingen aktuell färjetrafik/båttrafik enligt trafikåtagande 3, dels ren turistcharterverksamhet med båt. Lysekils Hamnförvaltning har utan avbrott haft uppdraget enligt trafikåtagande 3 sedan år 1983.

Lysekils kommun och Rederverksamheten omfattas av kommunallagens bestämmelser om den kommunala kompetensen (2 kap. 1 §) och förbudet mot att bedriva näringsverksamhet med vinstsyfte (2 kap. 7 §).

Dejlig Cruise har fått avsevärt högre poäng än Lysekils kommun i samtliga kriterier utom pris, således beträffande generella fartygskrav, tillgänglighet och miljö. Särkilt är att märka att Dejlig Cruise erhållit maximal poäng avseende miljökrav, då man erbjudit ett mycket miljövänligt nyproducerat hybridfartyg.

Beträffande pris har respektive anbudsgivare offererat följande (enligt utvärderingsprotokollet).

| | |
|----------------------------|---------------|
| Pris/gångtim. x 4 093 tim. | |
| Lysekils kommun | 5 509 178 kr |
| Dejlig Cruise | 6 098 570 kr |
| Fast pris | |
| Lysekils kommun | 3 990 000 kr |
| Dejlig Cruise | 5 900 000 kr |
| Totalsummor | |
| Lysekils kommun | 9 499 178 kr |
| Dejlig Cruise | 11 998 570 kr |

Lysekils kommuns anbudspris baserar sig på ett genom den kommunala verksamheten subventionerat pris och/eller genom åren subventionerad och delvis skattefinansierad verksamhet. Historiskt sett har Lysekils Hamnförvaltnings olika delar och specifikt rederiverksamheten bedrivits med omväxlande olika stora underskott som finansierats genom tillskott och vissa år vinster som enligt årsredovisningen använts för att balansera underskott i övriga verksamheter.

Lysekils kommun är genom sin ägarandel i Västtrafik AB så nära kopplad till upphandlande enheten att dess anbud vid utvärderingen är att jämställa med ett egen-regi-anbud. Vid utvärdering av egen-regi-anbud i förhållande till andra leverantörers anbud skall upphandlande enheten för att upprätthålla likabehandlingsprincipen nollställa anbuden genom att säkerställa och kontrollera att egenregi-verksamhetens anbud omfattar alla de kostnader som svarar mot gängse kostnader för övriga leverantörer (jfr Hentze m.fl. Kommentaren till LOU, sid. 56).

Lysekils kommuns anbud avviker prismässigt i så hög grad från Dejlig Cruise anbudspris att det finns skäl att anta att deras pris är ett subventionerat pris, som är onormalt lågt på grund av att vissa kostnader som icke skattefinansierade eller skatteunderstödda verksamheter själva måste stå för eller har sämre villkor för inte kan offerera. Syftet med kravet på nollställning av egen-regi-anbud är att säkerställa att offentligt bedriven verksamhet inte ges otillbörliga konkurrensfördelar i förhållande till privatfinansierad verksamhet.

Lysekils kommun driver rederiverksamhet som, enligt Dejlig Cruise uppfattning, på flera punkter strider mot kommunallagen. Verksamheten bedrivs som näringsverksamhet, med vinstsyfte och på ett område där det finns privata aktörer. Kommunens rederiverksamhet bedriver utöver båttrafik ren båtcharterverksamhet, där man konkurrerar och konkurrerar ut privata aktörer med icke marknadsmässiga priser. Genom dessa delar av rederiverksamheten, som är helt i strid med de kommunala kompetensreglerna, kan man hålla kostnaderna nere för verksamheten som helhet, men på bekostnad av att privatfinansierade aktörer konkurreras ut. Kommunens rederiverksamhet tar aldrig någon egentlig ekonomisk risk i sin verksamhet, då eventuella underskott täcks av ägaren, kommunen. Av Västtrafiks årsredovisning för år 2007 framgår att Lysekils kommun såsom ägartillskott till Västtrafik netto fick tillskjuta 12 226 000 kr. Av årsredovisningen framgår också att Västtrafiks verksamhet tidigare år, 1999 – 2006, har redovisat ett överskott som återbetalats till ägarna, däribland Lysekils kommun.

Det kan av tilldelningsbeslutet och utvärderingsprotokollet inte utläsas att nollställning av anbudet har skett med hänsyn till att Lysekils kommuns anbud är att jämställa med ett egen-regi-anbud. För att likabehandlingsprincipen skall upprätthållas i en upphandling där egen-regi-anbud är att förvänta måste upphandlande enheten säkerställa att man inhämtar sådan dokumentation om hur priser beräknats att man kan göra en sådan nollställning. Det kan inte heller utläsas huruvida Västtrafik tagit ställning till frågan om vinnande anbud är ett onormalt lågt anbudspris som borde förkastas, eller i vart fall begäras en förklaring av. Genom att godta Lysekils kommuns anbud utan att nollställa det och utan att ifrågasätta den låga anbudssumman har Västtrafik otillbörligt gynnat Lysekils kommun, på bekostnad av Dejlig Cruise anbud.

Västtrafik har åsidosatt likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering genom att inte nollställa anbudet mot varandra i prishänseende, med hänsyn till att ett av anbudet är att betrakta som egen-regi-anbud.

Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt affärsmässigt. Genom att godta Lysekils kommuns anbud, som baserar sig på ett utförande som i delar strider mot kommunallagens regler om förbud mot vinstsyfte och i strid med kompetensreglerna såvitt avser näringsverksamhet, har Västtrafik godtagit en leverantör som åsidosätter gällande kommunalrättsliga lagar och principer samt bedriver med privata aktörer konkurrerande verksamhet. Det är inte affärsmässigt och i enlighet med gemenskapsrättens principer för offentlig upphandling att offentligfinansierade aktörer skall ges försteg och konkurrensfördelar vid upphandlingar. Det är inte heller godtagbart att offentligfinansierade aktörer tillåts åsidosätta gällande kommunalrättsliga lagar i syfte att uppnå ekonomiska konkurrensfördelar. Lysekils kommuns anbud borde rätteligen ha diskvalificerats.

Dejlig Cruise riskerar på grund av uteblivna intäkter att lida skada till följd av den felaktiga upphandlingen genom att annan leverantör rättstridigt tilldelats det aktuella uppdraget. En anbudsgivare anses ha lidit skada eller riskera lida skada genom en felaktighet i upphandlingen om bristen i upphandlingen innebär en sådan oförutsebarhet som medför att ett anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur en utvärdering skall ske, dvs. om det kan antas att anbudet kunde ha varit annorlunda om bristerna inte funnits. Dejlig Cruise hade med en nollställning av anbudets priser bedömts ha det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, då man i samtliga andra delkriterier haft högre delpoäng.

Västtrafik AB har i svar på Dejlig Cruise AB:s framställning bestritt framställningen samt anfört följande.

Västtrafik har ingen invändning mot de fakta som inledningsvis presenteras i Dejlig Cruises ansökan om överprövning.

Västtrafik bestrider att Lysekils kommuns anbud skulle vara att jämställa med ett egenregi-anbud. Med anbud från den egna regin torde normal avses anbud från en avdelning inom den upphandlande enheten eller myndigheten, dvs., t.ex. ett affärsområde inom Västtrafik.

Det är svårt att förstå hur Dejlig Cruise menar att anbudet från Lysekils kommun skulle kunna vara ett egenregi-anbud. Det förhållandet att Lysekils kommun må ha ett mindre ägarintresse i Västtrafik kan aldrig innebära att Lysekils kommuns anbud skulle betraktas som ett egenregi-anbud (avgivet av Västtrafik).

I ansökan om överprövning uppger Dejlig Cruise, med hänvisning till Hentze m.fl. kommentar till LOU, sidan 50, att en upphandlande enhet vid utvärdering av egenregi-anbud i förhållande till andra leverantörers anbud, för att upprätt upprätthålla likabehandlingsprincipen, skall nollställa anbuden genom att säkerställa och kontrollera att egenregiverksamhetens anbud omfattar alla de kostnader som svarar mot gängse kostnader för övriga leverantörer. Påståendet är felaktigt och torde vara en egen, felaktig tolkning av vad som sägs i kommentaren. Vad Hentze m.fl. säger är följande: "Det är viktigt att egenregiverksamhetens anbud omfattar alla de kostnader som svarar mot gängse kostnader för övriga leverantörer". Västtrafik har inga synpunkter på detta uttalande. Om ett affärsområde inom Västtrafik hade lagt ett anbud i en upphandling så hade Västtrafik tillsett att alla kostnader, som svarar mot gängse kostnader för övriga leverantörer, hade tagits med. Hentze m.fl. säger däremot ingenting om något krav på en upphandlande enhet att genomföra en s.k. nollställning av anbuden.

Med nollställning avses en aktivitet som går ut på att i efterhand, när inkomna anbud bedöms av den upphandlande enheten, jämkas samman anbuden så att de skall bli jämförbara. Det torde stå klart att fenomenet nollställning normalt sett är en aktivitet som står i strid med upphandlingslagstiftningen, eftersom en

nollställning normalt kräver kompletteringar från anbudsgivare och/eller att upphandlande enheten manipulerar med anbuden på ett sätt som står i strid med såväl spelreglerna enligt förfrågningsunderlaget som aktuell lagstiftning. Enkelt uttryckt kan man säga att nollställning används när den upphandlande enheten lyckats mindre bra med att presentera kompletta och tydliga förfrågningsunderlag, vilket medför att anbudsgivarnas anbud spretar. Eftersom det är i princip omöjligt att göra en utvärdering av äpplen och päron, försöker upphandlande enheten genom nollställning jämka samman anbuden. Sammanfattningsvis kan sägas att nollställning typiskt sett är en olaglig metod att avhjälpa brister i en upphandling.

Västtrafik bestrider att Lysekils kommuns anbud skulle vara att bedöma som onormalt lågt. Visserligen är Lysekils kommuns offererade priser betydligt lägre än Dejlig Cruises. Ett skäl härtill kan vara att Dejlig Cruise offererar en helt nybyggd båt, medan Lysekils kommun offererade en begagnad. Även andra förhållanden, t.ex. det faktum att Lysekils kommun driver den aktuella verksamheten idag, torde kunna medföra möjligheter att offerera lägre pris. Under alla förhållanden har Västtrafik inte ansett att priset är så lågt att det skulle föranleda Västtrafik att förkasta anbudet på den grunden. Det skall i sammanhanget noteras att den aktuella regeln om onormala anbud i 12 kap. 3 § LUFSS är fakultativ, vilket innebär att den upphandlande myndigheten under vissa förutsättningar får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att förkasta ett anbud finns inte, även om offererat pris skulle bedömas vara onormalt lågt.

Lysekils kommuns anbud i upphandlingen är inte ett egenregi-anbud. Oavsett om anbudet skulle kunna vara att betrakta som ett egenregi-anbud, så föreligger definitivt ingen skyldighet, och normalt inte heller någon laglig möjlighet, att genomföra en nollställning av anbuden.

Huruvida Lysekils kommuns anbud i något avseende strider mot kommunallagens regler om förbud mot vinstsyfte och/eller står i strid med kompetensreglerna, har Västtrafik förstås ingen som helst kännedom om. Någon skyldighet eller reell möjlighet för Västtrafik att kontrollera sådana förhållanden föreligger inte heller. Dessa frågor torde, om det överhuvudtaget är aktuellt, få prövas enligt regler om kommunalbesvär eller laglighetsprövning, men definitivt inte inom ramen för ett överprövningsärende.

Dejlig Cruise AB har i yttrande över Västtrafik AB:s svar vidhållit framställningen samt anfört bland annat följande.

Västtrafik har utformat och genomfört upphandlingen utan hänsyn till att en av dess delägare, tillika offentlig aktör, skulle komma att lämna anbud i upphandlingen. Västtrafik har utformat förfrågningsunderlag och genomfört upphandlingen på ett sätt som medfört att privata aktörer negativt särbehandlats och den egna delägaren gynnats och givits försteg vid upphandlingen. Genom det sätt på vilket upphandlingen har utformats har upphandlingslagstiftningens och EG-rättens principer om bland annat likabehandling och opartisk och saklig bedömning åsidosatts. Dejlig Cruise har härigenom diskriminerats.

Statsmakterna har sedan ett flertal år tillbaka uppmärksammat och arbetat för att öka konkurrensen på den för EU gemensamma marknaden. Ett led i detta arbete har varit att man uppmärksammat och sökt komma till rätta med negativa konsekvenser av att offentliga aktörer (t ex kommunala bolag eller kommuner) agerar på konkurrensmarknader, i konkurrens med det privata företaget.

Enligt kommunallagen får kommuner bedriva näringsverksamhet under förutsättning att det sker utan vinstsyfte och att verksamheten avser att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt de egna kommunmedlemmarna. Syftet med begränsningarna är bland annat att konkurrensen mellan offentliga och privata aktörer inte skall snedvridas med hänsyn till att offentliga aktörer har helt andra ekonomiska förutsättningar än de privata aktörerna, bland annat genom att kommunal verksamhet kan subventioneras av skattemedel, att offentliga aktörer har mer fördelaktig finansiering och mindre affärsmässigt risktagande än privata aktörer vars verksamhet bedrivs helt i konkurrensmiljö.

Det finns alltid en risk att den offentliga aktörens låga risktagande med hänsyn till de speciella finansieringsförutsättningarna leder till en prissättning som inte täcker de verkliga kostnaderna för verksamheten inklusive givna avkastnings- och förräntningskrav.

Vid ifrågasatt underprissättning från en offentlig aktör bör en upphandlande enhet klarlägga ett eventuellt samband mellan den offentliga aktörens prissättning och kostnaderna för verksamheten för att säkerställa att den inte subventioneras av allmänna medel. Jämför Konkurrensverkets bilagda rapport av den 12 oktober 2006.

Lysekils kommuns anbud i upphandlingen och genomförandet av uppdraget till det offererade priset bygger på följande förutsättningar.

1) Att rederiverksamheten vid behov subventioneras eller garanteras av skattemedel, (t ex vid nyinvesteringar under avtalstiden) alternativt att verksamheten när den genererar ett överskott (en vinst), vinsten används för att subventionera andra delar av kommunens hamnverksamhet.

2) att Lysekils kommun i sin rederiverksamhet bedriver olaglig icke kompetens-enlig verksamhet i strid med kommunallagen. Det senare sker genom att överkapacitet i rederiverksamheten används på den privata marknaden där kommunen konkurrerar med privata aktörer och erbjuder tjänster till priser som inte är marknadsmässiga. Härigenom får kommunen ytterligare täckning för sina kostnader i rederiverksamheten. Vidare genom att vinster används för annan kommunal verksamhet. Jämför bilagda skrivelse från Lysekils kommun, genom hamnchefen, april 2007, jämförd med bilagda utdrag ur gula sidorna, som visar att kommunen alltjämt bedriver och marknadsför charterverksamhet trots att det finns ett antal privata aktörer.

Dejlig Cruise gör gällande att Västtrafik vid upphandlingen rätteligen borde ha hanterat Lysekils kommuns anbud såsom om det varit ett anbud i egen-regi. Det görs inte gällande att det är egen-regi.

Skälet för att kravet på Västtrafik bör vara lika strängt som om det var egenregi är att det är fråga om ett anbud från en av de kommuner som äger VTAB, att denna kommun/leverantör har bedrivit verksamheten under en lång tid och därmed har betydande kunskap om och ett försteg framför andra leverantörer och att det rör sig om en leverantör vars verksamhet inte är ekonomiskt avgränsad mot leverantörens skattefinansierade verksamhet.

Lysekils kommun har genom sitt deläggande i VTAB och det konsortialavtal som finns mellan ägarna en sådan insyn i, inflytande över och ekonomiskt intresse i Västtrafiks verksamhet att man har en tydlig särställning i förhållande till varje annan leverantör. Lysekils kommun är både anbudsgivare och delägare med möjlighet att påverka utformning och beslut avseende aktuell utformning just i kraft av sitt deläggande. Västtrafik är genom delägarnas konsortialavtal beroende av ekonomiskt tillskott från bland annat Lysekils kommun till täckande av sina löpande kostnader och eventuella underskott. Upphandlande enhet och anbudsgivaren Lysekils kommun är således att betrakta som närstående parter.

Västtrafik skall som upphandlande enhet säkerställa att upphandlingen utformas så att tänkbara leverantörer behandlas på ett likvärdigt och transparent sätt och ges samma möjligheter att lämna anbud. Västtrafik skall tillse att upphandlingen inte utformas så att den styrs så att viss leverantör gynnas otillbörligt eller att någon leverantör diskrimineras.

I denna upphandling har Västtrafik haft vetskap om, eller vart fall bort förutse att den egna delägarkommunen skulle komma att lämna anbud. Upphandlingen har trots detta inte utformats så att "ojämlikheter" kunnat beaktas eller hanteras eller fått mindre genomslag. Vetskapen om sin anbudsgivande delägarkommuns speciella förutsättningar och kommunallagens krav borde ha föranlett Västtrafik att säkerställa att dessa faktorer beaktades vid upphandlingen i syfte att uppnå en likvärdig behandling av anbudsgivarna.

Upphandlingen hade kunnat genomföras med beaktande av och hantering av en offentlig aktörs anbud genom det Dejlig Cruise kallat "nollställning", dvs. ett försök att utforma upphandlingen och utvärderingen av anbuderna på sådant sätt att Västtrafik så långt möjligt sökt neutralisera ojämlikheter/säkerställa att anbudsgivningen sker på lika förutsättningar. Detta kan bland annat avse frågor rörande hur Lysekils kommun avser att finansiera kommande investeringar, vilka företagsekonomiska aspekter man beaktat vid anbudsprisets beräkning.

Det är en grundläggande princip inom EG-rätten att säkerställa tillgängligheten av en gemensam marknad och effektiv konkurrens på marknaden. I EU:s direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 (punkten 4 i ingressen) framgår principen att medlemsstaterna skall tillse att konkurrensen inte snedvrids gentemot privata anbudsgivare, då offentliga aktörer lämnar anbud i en offentlig upphandling. Exempel på snedvridande faktorer är korssubventioner och otillåtet statsstöd.

I Sverige har tidigare Konkurrensrådet på uppdrag av regeringen arbetat fram råd och riktlinjer för offentliga aktörer som bedriver konkurrensutsatt verksamhet, med syfte att åstadkomma konkurrensneutrala villkor. [Riktlinjerna har bilagts yttrandet till länsrätten.]

Västtrafik hade genom att lägga dessa riktlinjer till grund för sin utformning av upphandlingen, bland annat genom att uppställa krav i enlighet med riktlinjerna på offentlig aktör som avsåg lämna anbud, kunnat få till stånd en upphandling på lika villkor mellan offentliga och privata anbudsgivare. Detta är enligt Dejlig Cruise ett minimikrav då upphandlingen avser verksamhet som såväl hos Västtrafik som i Lysekils kommuns rederiverksamhet till stor del subventio-

neras och garanteras av skattemedel. Hos Västtrafik sker subventioneringen genom att del av verksamheten finansieras genom Västra Götalandsregionen.

LUFSS ger upphandlande enhet möjlighet att diskvalificera anbudsgivare som på olika sätt inte uppfyller vissa uppställda krav. En grund för diskvalificering kan vara att anbudsgivaren begått/begår allvarliga fel i sin yrkesutövning. Sådana allvarliga fel i yrkesutövningen kan t ex vara yrkesfusk liksom lagbrott som kan beivras utan att dom fallit eller överträdelser av lagar och regler som inte är straffsanktionerade (Jfr Prop. 2006/2007:128 sid. 390). Dejlig Cruise anser att Lysekils kommun kompetensöverskridande rederiverksamhet i strid med kommunallagen är sådan överträdelse av lag som Västtrafik borde uppmärksamma och ta ställning till som grund för att diskvalificera anbudsgivaren.

I vart fall borde detta förhållande, sammantaget med det onormalt låga priset föranleda Västtrafik att begära en skriftlig förklaring av kommunen hur man beräknat sitt pris, etc. i enlighet med ovan redovisade råd från Konkurrensrådet. Dejlig Cruise är medveten om att det är en frivillig åtgärd att inhämta skriftlig förklaring. Dock kan förfarandet att inte göra det, trots redovisade omständigheter, tas till ytterligare intäkt för att Västtrafik ensidigt gynnat sin delägars anbud.

Västtrafik har uppenbarligen varken ifrågasatt sin delägars verksamhets laglighet eller det låga prisets orsak, än mindre sökt utforma upphandlingen på ett konkurrensneutralt och likvärdigt sätt mellan delägarkommunen och övriga anbudsgivare.

Det kan därutöver noteras att upphandlingen utformats på sådant sätt att den utformats efter nuvarande entreprenörs – Lysekils kommuns – förutsättningar och deras fartyg Carl Wilhelmssons förutsättningar. Exempel på detta är bland annat att Västtrafik i andra upphandlingar uppställt skallkrav på handikappanpassning i alla våningsplan på fartyg (skallkrav på maximala nivåskillnader i upphandlingen av Karingötrafiken för cirka 3 år sedan), men att det i denna upphandling endast blivit ett börkrav (sannolikt på grund av att det är omöjligt att genomföra på Carl Wilhelmsson), att minimiantal passagerarkapacitet satts till 220 personer, vilket motsvarar Carl Wilhelmssons kapacitet, trots att det innebär en stor överkapacitet och inte överensstämmer med verkliga behovet. Dejlig Cruises vd Ingemar Johansson har 2003 – 2007 som anställd arbetat på Carl Wilhelmsson. Under enstaka turer under högsäsongen på sommaren uppgår turerna

till cirka 150 passagerare, medan genomsnittlig årlig dygnskapacitet är betydligt lägre.

Det uppställda kravet – som innebär krav på överkapacitet – motsvarar Lysekils kommuns fartygs kapacitet. Detta visar tydligt att upphandlingen anpassats så att delägarkommunen skall ges försteg. Andra anbudsgivare tvingas offera dyrare lösningar, bland annat såsom Dejlig Cruise, ett helt nytt skepp med tillräcklig kapacitet. Detta medför självfallet merkostnader för övriga anbudsgivare och ett försteg för Lysekils kommun, som med endast smärre justeringar kan fortsätta att använda sitt sannolikt avskrivna skepp.

Sammanfattningsvis gör Dejlig Cruise gällande att Västtrafik genom att inte säkerställa att upphandlingen utformas på ett konkurrensneutralt och icke snedvridande, för anbudsgivarna likvärdigt sätt, har åsidosatt grundläggande principer för offentlig upphandling. Västtrafik hade kunnat göra detta genom att utforma upphandlingen med utgångspunkt i och beaktande av de principer som framgår av Konkurrensrådets riktlinjer.

Västtrafik borde rätteligen ha diskvalificerat anbudsgivaren Lysekils kommun då deras rederiverksamhet bygger på förutsättningen att man inte följer gällande kommunallag och verksamheten därför bedrivs i strid med gällande lagstiftning. Det kan inte anses vara i överensstämmelse med grundläggande principer för offentlig upphandling att Västtrafik bortser från detta faktum och accepterar att anbudsgivare baserar sitt anbud och offererat pris på en delvis olaglig verksamhet som Västtrafik, genom sitt närstående förhållande till Lysekils kommun får anses ha kännedom om. Genom det sätt som upphandlingen har genomförts har Dejlig Cruise berövats möjligheten att bli bedömd på ett konkurrensneutralt och korrekt sätt och har härigenom lidit skada.

Dejlig Cruise hemställer att länsrätten i målet inhämtar yttrande från Konkurrensverket. Yttrandet bör avse frågan om vilka krav som bör, kan och skall uppställas på upphandlande enhetens handläggning och upphandlingens utformning för att säkerställa att en likvärdig upphandling på lika villkor kan genomföras då såväl offentliga aktörer som privata aktörer kan förväntas lämna anbud i en upphandling.

Västtrafik AB har till bemötande av Dejlig Cruise AB:s yttrande anfört följande.

Det bestrids att förfrågningsunderlaget har utformats och upphandlig genomförts på ett sätt som medför negativ särbehandling av privata aktörer och att Lysekils kommun gynnats och givits försteg i upphandlingen. Det bestrids vidare att EG-rättsliga principer för upphandling eller den svenska upphandlingslagstiftningen åsidosatts.

Som tidigare anförts, har Västtrafik inga insikter i huruvida den båtverksamhet Lysekils kommun bedriver står i strid med t.ex. kommunallagen. Det förhållandet att Västtrafik vare sig kan (eller har skäl till att) i denna överprövning uttala sig om sådana förhållanden, innebär självfallet inte att Dejlig Cruise AB:s påstående om att brott mot kommunallagen etc. skall accepteras domstolen. Västtrafik har för sin del inga skäl att anta annat än att den aktuella verksamheten bedrivs på ett korrekt sätt av Lysekils kommun.

Även om länsrätten skulle anse att det finns fog för Dejlig Cruise AB:s olika anklagelser mot kommunen, så innebär det inte att Västtrafik för sin del begått något fel i den genomförda upphandlingen.

När det gäller Dejlig Cruise AB:s något svårtillgängliga "egen-regi" resonemang kan följande noteras. Lysekils kommun äger cirka en procent av aktierna i Västtrafik AB. Att Västtrafik på grund härav skulle ha något "närstående förhållande" med Lysekils kommun och på grund härav eller på annat sätt skulle ha särskilda insikter i Lysekils kommuns förehavanden i olika avseenden, är förstås felaktigt.

Dejlig Cruise AB tycks vidare göra gällande att Lysekils kommun, genom sitt deläggande i Västtrafik AB (cirka en procent) skulle ha möjlighet att påverka Västtrafiks ageranden i den aktuella upphandlingen. Detta är ogrundade spekulationer som förstås är oriktiga. Lysekils kommun har aldrig i något avseende haft något med upphandlingsprocessen att skaffa.

Västtrafik har alltid ett självklart intresse av att upphandla bästa möjliga resultat i varje upphandling som genomförs. Att Västtrafik skulle ha upprättat förfrågningsunderlaget i upphandlingen på ett sådant sätt att man medvetet velat gynna Lysekils kommun är ogrundade spekulationer från Dejlig Cruise AB:s sida. Västtrafik har aldrig något intresse av att gynna någon anbudsgivare i någon upphandling, utan strävar ständigt efter sund konkurrens i syfte att uppnå bästa möjli-

ga resultat för Västtrafik och i slutändan berörda skattebetalare. Västtrafik har mycket lång erfarenhet och god kunskap om offentlig upphandling och skulle förstås aldrig försöka "skruva till" en upphandling i syfte att gynna någon anbudsgivare på det sätt Dejlign Cruise AB tycks mena.

Det enda argument i Dejlign Cruise AB:s argumentation, som teoretiskt skulle kunna ha bärighet i denna överprövning, är de synpunkter som framförs i inlagan där Dejlign Cruise gör gällande att Västtrafik uppställt "skräddarsydda krav" som skulle gynna endast Lysekils kommun. Kraven avser handikappanpassning och passagerarkapacitet. Beträffande detta kan följande sägas. Västtrafik har i upphandlingen uppställt precis de krav som bedömts relevanta för att uppnå bästa möjliga resultat. Tidigare genomförda upphandlingar, som Dejlign Cruise AB hänvisar till, har överhuvudtaget inte påverkat innehållet i den nu aktuella upphandlingen. Varje upphandling är unik och ändrade förhållanden och värderingar föranleder självfallet utveckling av förfrågningsunderlag och i dem ingående krav över tiden. Kraven i upphandlingen baseras bland annat på Sjöfartsverkets föreskrifter och är framtagna efter dialog men bland annat Sjöfartsverket, Västra Götalandregionen och andra trafikhuvudmän som upphandlar båttrafik, varav vissa även fungerat som remissinstans avseende uppställda krav i upphandlingen. Vad gäller specifikt kapacitetskravet har det förstås uppställts efter utredning av vilken kapacitet som är relevant. Att Västtrafik skulle ställa onödigt höga, kostnadskrävande krav, som därtill skulle kunna angripas rättsligt, faller på sin egen orimlighet.

Det förhållandet att Lysekils kommuns offererade pris i upphandlingen är lägre än Dejlign Cruise AB:s kan, som redogjorts för i Västtrafiks tidigare inlaga, förklaras med att Lysekils kommun är den nuvarande leverantören för den aktuella trafiken, vilket förhållande ofta medför fördelar i en upphandling, och att Lysekils kommun offererar en begagnad båt jämfört med Dejlign Cruise AB:s nya båt. Priserna offererade av Lysekils kommun är dessutom relevanta jämfört med de kostnader Västtrafik idag har för den aktuella trafiken. Utöver Dejlign Cruise och Lysekils kommun har ytterligare anbudsgivare lämnat anbud. Jämfört med de priser som offererats av dessa, framstår Lysekils kommuns anbud än mindre som "onormalt lågt".

Huruvida Lysekils kommun bedriver verksamhet i strid med kommunalrättsliga regler eller i övrigt känner Västtrafik inte till. Någon anledning eller

skyldighet för Västtrafik att misstänka att så skulle vara fallet finns inte. Något skäl för Västtrafik att inför en upphandling spekulera i vilka anbudsgivare som kan komma att lägga anbud i upphandlingen och att därvid, om någon av dem skulle vara t.ex. kommuner eller kommunala bolag, göra djupgående utredningar för att ta reda på om deras aktuella verksamheter bedrivs i enlighet med t.ex. kommunallagen, föreligger inte.

Upphandlingen har genomförts på ett professionellt sätt och i överensstämmelse med tillämpliga EG-rättsliga principer och svenskas lagregler, allt i syfte att uppnå ett så gott resultat som möjligt i upphandlingen.

Uppställda krav i upphandlingen rörande handikappsanpassning och kapacitet är relevanta för upphandlingen samt proportionerliga, transparenta och icke-diskriminerande.

Västtrafik vidhåller att om Dejlig Cruise fortsatt gör gällande de anklagelser som riktas mot Lysekils kommun vad gäller bedrivande av båttrafik, och vill få dessa anklagelser prövade, så skall det ske i annan ordning än inom ramen för en överprövning av denna upphandling.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB har gett in och åberopat följande handlingar.

Upplysningar om tilldelningsbeslutet och skäl för det, daterat den 21 oktober 2008.

Tilldelningsbeslut den 30 oktober 2008 med bilaga.

Nationellt Säkerhetscertifikat för fartyget Djurgården 9.

Utdrag ur förfrågningsunderlaget, Dokument D Skallkrav.

Anbudsdokument Flik 18 Hur båttrafiken opereras och hur störningar hanteras.

Förteckning över förtydliganden, från Lysekils Hamn, tillstyrkande av att Lysekils Hamn inte har uppfyllt samtliga skallkrav och att Västtrafik inte utfört upphandlingen i överensstämmelse med LOU (LUF).

Dejlig Cruise AB har gett in och åberopat följande handlingar.

Tilldelningsbeslut den 30 oktober 2008 med bilagor.

Utdrag ur Lysekils kommuns årsredovisning 2007.

Västtrafik AB:s årsredovisning 2007.

Kommunstyrelsens i Lysekils kommun protokoll den 4 april 2007 med bifogat yttrande från Lysekils Hamn.

Utdrag ur Gula Sidorna.

Konkurrensrådets riktlinjer för offentliga aktörer som bedriver konkurrensutsatt verksamhet.

Konkurrensverkets promemoria 12 oktober 2006, Dnr 582/2006.

DOMSKÄL

Efter inlagor från parterna till senare i februari 2009, nytt yrkande samt överväganden av länsrätten kan utifrån det omfattande materialet följande sägas.

Den aktuella upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt 4 kap. 1 § LUFS.

Enligt 1 kap. 24 § LUFS skall upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 9 kap. 8 § LUFS följer att en upphandlande enhet får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Den upphandlande enheten får vidare begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Motsvarande bestämmelser är intagna i 15 kap. 8 § LUFS.

Enligt 16 kap.1 § LUFS får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kap. i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

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

För att få bifall till en ansökan om åtgärd enligt 16 kap. 2 § LUFS krävs således dels att ett fel förekommit i upphandlingsförfarandet, dels att felet är till men för sökanden.

Länsrätten gör följande bedömning.

Förutsättningarna för upphandlingen och relevanta delar av förfrågningsunderlaget framgår av parternas respektive redogörelser i målet.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB har i första hand åberopat att deras anbud uteslutits från utvärderingen på felaktiga grunder. I förfrågningsunderlaget anges dock uttryckligen dels att offererat fartyg skall vara specificerat och godkänt för angivet fartområde, dels att operatören, om han inte är ägare till offererade fartyg, skall visa att han kommer att kunna disponera offererade fartyg. Nämnade krav är obligatoriska för kvalificering av anbuden och den upphandlande enheten har i förfrågningsunderlaget redogjort för hur anbudsgivarna skall uppfylla kraven. Härav följer att den upphandlande enheten också är skyldig att kontrollera om de uppgifter som lämnats i anbuden är tillräckliga för att kraven skall kunna anses vara uppfyllda eller inte. Då dessa kontroller utfallit till anbudsgivares nackdel framstår det som befogat att den upphandlande enheten uteslutit anbuden från vidare utvärdering såsom inte kvalificerade. Bristerna i anbuden är inte av den arten att de kan rättas i efterhand inom ramen för pågående upphandling utan risk för särbehandling. Det är då anbudens innehåll vid tidpunkten för anbudstidens utgång som skall bedömas. Vad sökanden anfört i dessa frågor utgör därvid enligt länsrättens mening inte grund för ingripande med stöd av bestämmelserna i 16 kap 2 § LUFS.

Dejlig Cruise AB har i första hand åberopat att anbudsgivaren av det vinnande anbudet, Lysekils kommun genom den kommunalt ägda och bedrivna hamnförvaltningen, inte skulle ha antagits som leverantör av fartygstra-

fiken eftersom kommunens rederiverksamhet dels överskrider den kommunala kompetensen, dels innebär konkurrensfördelar gentemot privata aktörer. Dejlige Cruise AB:s talan bör förstås så att Lysekils Hamn enligt bolagets mening inte skulle tillåts att som offentlig aktör delta i upphandlingen eller i vart fall inte ha antagits som leverantör då konkurrensen inte skett på lika villkor. Kommunallagen innehåller i sig bestämmelser om begränsningar av vilka verksamheter kommuner får bedriva. Bestämmelsernas tillämplighet får bedömas i det enskilda fallet genom laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen. Denna prövning är i och för sig begränsad till kompetensenligheten i ett kommunalt beslut att bedriva eller stödja viss näringsverksamhet. Kommunallagen hindrar heller inte att en kommun, om verksamheten från kommunens sida anses kompetenslig, bedriver denna utan full kostnadstäckning. Lagarna om offentlig upphandling, LOU och LUFSS, innehåller bestämmelser som skall säkerställa att en upphandlande enhet uppträder på ett konkurrensneutralt sätt. Dessa bestämmelser tar emellertid i första hand sikte på offentliga aktörer som upphandlare, dvs. som köpare av varor och tjänster och inte som säljare eller leverantörer. Länsrätten är i förevarande mål förhindrad att göra andra bedömningar av leverantörernas anbud och den upphandlande enhetens agerande än vad som faller inom ramen för LUFSS och tillämpningen av den lagen. Det kan härvidlag först konstateras, med ledning av handlingarna i målet, att förhållandet mellan Lysekils kommun och Västtrafik AB inte är sådant att kommunen kan anses ha ett betydande inflytande i bolaget eller på annat sätt kan antas ensamt kunna påverka utgången i upphandlingen av nu aktuella trafik tjänster. Denna är således inte att bedöma som ett förfarande av egenregikaraktär från den upphandlande enhetens sida. Den upphandlande enheten har heller inte ansett sig ha anledning att ifrågasätta anbudet från Lysekils Hamn vad avser angivna kostnader eller förmåga att utföra uppdraget. Då den erbjudna tjänsten i dessa avseenden får bedömas likvärdig övriga anbudsgivares föreligger inte skäl till någon omräkning av anbudspriserna genom vad sökanden benämner "noll-ställning". Vad Dejlige Cruise AB i nu nämnda delar anfört och åberopat till stöd för sina yr-

kanden utgör därför enligt länsrättens mening inte sådana överträdelser av LUFSS som kan utgöra grund för åtgärder enligt den lagen.

Bohusläns Skärgårdstrafik AB har till stöd för sitt, så som det får förstås, yrkande i andra hand i målet, åberopat att inget av de av Västtrafik godkända anbuden (Dejlig Cruise AB:s och Lysekils Hamns) uppfyllt samtliga skallkrav vad avser både huvudfartyget och reservfartyg. Den i detta sammanhang påpekade bristen i upphandlingen avser kravet att fartygen skall kunna ta 220 passagerare. Dejlig Cruise AB har för sin del anfört att kravet på passagerarkapacitet om 220 passagerare innebär en överkapacitet som inte stämmer överens med det verkliga behovet.

Det aktuella kravet i punkt 4.4 i Dokument D Skallkrav i förfrågningsunderlaget har i relevanta delar följande lydelse.

Fartygen **skall** ha passagerarkapacitet med certifikat enligt följande:

Lysekil-Fiskebäckskil: Minimum 220 passagerare.

Insända handlingar och parternas uppgifter, vilka inte bemötts av Västtrafik, får anses utvisa att beträffande de utvärderade anbuden är endast ett fartyg godkänt för 220 passagerare, nämligen Carl Wilhelmsson, tillhörigt Lysekils kommun och avsett att användas som huvudfartyg av Lysekils Hamn. Länsrätten drar härav den slutsatsen att inte något av de andra fartygen uppfyller kravet på certifikat för minst 220 passagerare. Det är i vart fall utrett att inte något av anbuden uppfyller nämnda krav vad avser både huvudfartyg och reservfartyg. Kravet är obligatoriskt för kvalificering av anbuden och det är inte utformat så att det ger utrymme för antagande att reservfartygen skulle vara undantagna.

En av de grundläggande principerna för upphandling är transparens. Principen innebär bland annat att förfrågningsunderlag skall utformas så tydligt att leverantörerna vet vad den upphandlande enheten efterfrågar. Vissa förutsättningar för en viss upphandling kan vara så väsentliga att den upp-

handlande enheten väljer att utforma dessa som skall-krav. För det fall den upphandlande enheten väljer detta i stället för att använda bör-krav, dvs. icke obligatoriska krav, kan enheten vid utvärderingen inte bortse från de uppställda skall-kraven. Om den upphandlande enheten skulle bortse från att en anbudsgivare inte uppfyller ett eller flera skall-krav och ändå utvärderar dennes anbud, skulle enheten gentemot anbudsgivare som uppfyller skall-kraven bryta mot en annan av de grundläggande principerna för upphandling, nämligen likabehandlingsprincipen. Ett sådant förfarande innebär också att andra – och i övrigt kanske minst lika kvalificerade – presumtiva anbudsgivare som på grund av att de kan konstatera att de inte kan uppfylla nämnda skall-krav – och som därigenom kanske valt att avstå från att lämna anbud – utesluts från upphandlingen.

Den upphandlande enheten har således i detta fall inte följt förfrågningsunderlaget i samband med anbudsprövningen då man antagit det anbud som lämnats av Lysekils Hamn. Någon förklaring till varför man frångått förfrågningsunderlaget har inte lämnats vare sig i tilldelningsbeslutet eller på annat sätt. Västtrafik AB har i målet vare sig bestritt eller medgett att man frånfallit ett skall-krav. Att någon underrättelse sänts till leverantörerna om ändrade skall-krav har inte framkommit. Genom att på nu nämnda sätt bortse från ett obligatoriskt krav på leverantörerna har Västtrafik AB genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot 1 kap. 24 § LUFSS.

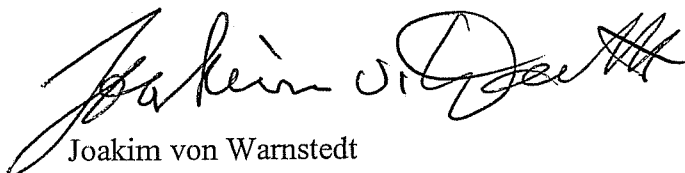
Om den upphandlande enheten under upphandlingens gång finner att inga kvalificerade anbud har lämnats och detta beror på förfrågningsunderlagets utformning skall enheten i normalfallet avbryta upphandlingen och företa en ny upphandling. Av det ovan anförda framgår att en strikt tillämpning av skall-kraven i förfrågningsunderlaget skulle inneburit att inget av de fyra lämnade anbuden var kvalificerat för utvärdering. Genom att slutföra upphandlingen och anta ett ej kvalificerat anbud har den upphandlande enhetens förfarande medfört att övriga leverantörer lidit eller kunnat kom-

ma att lida sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LOU. Upphandlingen skall därför göras om i enlighet med yrkandena i målet.

Dejlig Cruise AB har i målet begärt att länsrätten skall inhämta yttrande från Konsumentverket. Länsrätten har ovan redovisat skälen för att begränsa bedömningen till vad som berör lagstiftningen om offentlig upphandling. Ytterligare utredning i detta mål avseende dessa frågor framstår som överflödigt och begäran härom skall då avvisas.

Länsrätten noterar avslutningsvis att färjetransporter inte omfattas av i 1 kap. 8 § LUFS specificerade transporttjänster. Sjötransporter, vartill färjetransporter räknas, utgör en B-tjänst, kategori 19 enligt Bilaga 3 till LUFS, på vilken 15 kap. LUFS skall tillämpas oavsett upphandlingens värde. Förfarandet att i stället tillämpa öppen upphandling har emellertid inte påverkat förutsättningarna för bedömningen i detta mål.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3103/1 d)



Joakim von Warnstedt