



SÖKANDE

Fridströms Busstrafik AB, 556357-7120

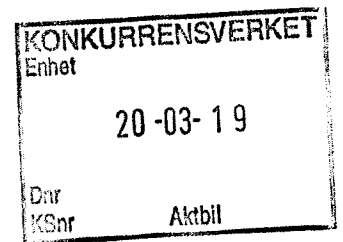
Ombud: Mikael Rendahl
Upphandlingsjuristen i Sverige AB
Box 1241
131 28 Nacka strand

MOTPART

Österåkers kommun
184 86 Åkersberga

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Österåkers kommun (kommunen) genomför en upphandling av linjetrafik med buss, dnr 2019-53. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet görs utifrån tilldelningsgrunden pris. Av tilldelningsbeslut den 9 januari 2020 framgår att kommunen beslutat att teckna avtal med en annan anbudsgivare än Fridströms Busstrafik AB (bolaget).

Av förfrågningsunderlaget framgår avseende uppdragets omfattning och utförande bl.a. att leverantören ska tillhandahålla linjelagda resor med buss med tillräcklig kapacitet (förare och fordon) för att kunna genomföra tjänsten. Vidare anges att leverantören ska tillhandahålla trafik med fordonen mellan kl. 06.00 till 18.00 alla skoldagar, 178 dagar per år. Avtalet omfattar en grundvolym om totalt 4 bussar med 22 sittplatser vardera för passagerare. I leverantörens ersättning ingår en total trafikvolym om 7 350 km per månad under en period om 10 månader. Om faktisk trafikvolym skiljer sig åt från upphandlad trafikvolym justeras priset i efterhand utifrån faktisk trafikvolym. Volymen kan som maximalt avvika 15 % från upphandlad trafikvolym. Av anbudsinbjudan framgår att anbudsgivarna ska offerera ett månadspris för att bedriva bussresor.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om och för bl.a. fram följande. Upphandlingen strider mot transparensprincipen eftersom upphandlingsdokumenten saknar information om uppskattade rutter och tidtabeller. Att få en god bild av hur kommunen avser att disponera bussarna är av väsentlig betydelse eftersom det krävs för att bedöma vilka kostnader som uppdraget kommer att vara förknippade med.

Flera anbudsgivare har under anbudstiden ställt frågor till kommunen i syfte att få ytterligare information men kommunen har inte givit några kompletterande upplysningar. Avsaknaden av efterfrågad information har medfört att det varit omöjligt för anbudsgivarna att beräkna vilka kostnader som ett avtal kommer vara förknippat med då det är högst oklart hur många arbetstimmar som leverantören kommer att behöva lägga ned. Den största kostnaden som uppdraget är förknippat med är personalkostnaden för förarna. Enligt kalkylen för hur trafikmängden kommer att vara förlagd kan uppdraget komma kräva allt från sex till tolv förare. Trots detta får leverantören samma ersättning från kommunen eftersom det är ett fast pris för 7 350 km. Det är brukligt att ange rutter eller tidtabeller och begränsa trafiken till ett visst område i upphandlingsdokumenten vilket det finns exempel på från liknande upphandlingar. Kammarrätten i Stockholm fann i sin dom i mål nr 6090-18 att uppgifterna om tjänstens utförande i upphandlingsdokumenten inte var tillräckliga för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare skulle kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud. I det här fallet innehåller inte heller förfrågningsunderlaget all nödvändig information om uppdragets utförande som krävs för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget lider, eller riskerar att lida skada, om upphandlingen fullföljs.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och för fram bl.a. följande.

Kommunen har valt att upphandla en viss trafikmängd under vissa angivna tider enligt kravspecifikationen som bilagerats förfrågningsunderlaget. Trafikmängden regleras i enlighet med vad som framgår i avtalsförslaget och eftersom denna är begränsad torde det vara möjligt för anbudsgivare att med en tämligen hög grad av exakthet kalkylera hur mycket ersättning denna kommer att erhålla för tjänstens utförande och hur mycket trafik denne förväntas leverera. Rutterna kan löpande komma att justeras under avtalstiden varför det torde vara förenat med en stor risk för anbudsgivaren att prissätta utifrån rutter istället för trafikmängd. Det vore närmast omöjligt

att upphandla förutbestämda rutter för den typ av trafik som ska tillhandahållas. Trafiken kommer till stor del användas för skolskjuts och från termin till termin varierar det vilka elever som ska hämtas och var dessa bor. Dessutom saknas i dagsläget något avtal för motsvarande tjänst varför det saknas tidigare data. Bolaget har placerat sig på andra plats av fem anbudsgivare. Därmed synes bolaget i vart fall ha formulerat ett konkurrenskraftigt, om än inte vinnande anbud. Att anbuden skiljer sig åt är vidare en naturlig del av en öppen marknad där vissa anbudsgivare har bättre förutsättningar att lämna ett konkurrenskraftigt pris eller har ett större intresse av att vinna upphandlingen. Vad gäller bolagets spekulationer om skälen till prisskillnaderna mellan anbuden som lämnats finns det många skäl till att anbudsgivare kan lämna konkurrenskraftiga anbud, se Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 5924-17.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i

LOU. I mål om offentlig upphandling gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på. I det aktuella målet är det bolaget som har bevisbördan för att det finns grund att ingripa mot upphandlingen, jfr RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 53. Frågan i målet är alltså om det finns skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget har fört fram.

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande ha utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

De grundläggande principerna om likabehandling och transparens innefattar ett krav på att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlagen ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. En upphandlande myndighet har dock stor frihet att själv utforma sitt förfrågningsunderlag (RÅ 2010 ref. 78) och det ankommer på myndigheten att avgöra vilket behov den har samt vilka egenskaper föremålet för upphandlingen ska vara behäftat med. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas under förutsättning att dessa är affärsmässiga och att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte överträds (RÅ 2002 ref. 50).

För att det ska vara möjligt för förvaltningsrätten att ingripa mot kommunens upphandling krävs att bolaget kan visa att det på grund av det påstådda felet förhindrats att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen, såvitt framkommit, kan välja fritt i vilken omfattning de vill utföra upphandlingen. Det förhållandet att uppgifterna i upphandlingsdokumenten kan medföra vissa svårigheter att beräkna priset för tjänsten får anses utgöra en konsekvens av denna valfrihet. Förfrågningsunderlaget innehåller information om omfattningen av den tjänst som kommunen vill upphandla i form av trafikmängd. Eftersom bolaget fört fram att kommunens val att beskriva omfattningen av uppdraget skiljer sig från andra kommuner är det förståeligt att anbudsgivarna ställt frågor om vad som omfattas av uppdraget.

Förvaltningsrätten anser att kommunens svar på anbudsgivarnas frågor gällande rutter och tidtabeller kunde ha varit tydligare. Även om höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag får dock mindre brister och oklarheter godtas (se RÅ 2002 ref. 50). Av kommunens svar på bolagets frågor framgår det nämligen med tillräcklig tydlighet vad uppdraget omfattar samt när och var de linjelagda bussarna ska vara tillgängliga. Förvaltningsrätten anser att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare bör förstå förutsättningarna för tjänstens utförande utifrån vad som angetts i förfrågningsunderlaget och med de svar som kommunen lämnat. Bolaget har inte konkretiserat hur de påstådda bristerna försämrat dess möjlighet att konkurrera i upphandlingen. Det är därför tveksamt om de anförda bristerna i förfrågningsunderlaget skulle kunna hindra någon informerad och normalt omsorgsfull leverantör från att lägga ett konkurrenskraftigt anbud och det kan i så fall även ifrågasättas att de påtalade oklarheterna skulle kunna anses

strida mot transparensprincipen i LOU. I vart fall kan prisskillnaden mellan bolagets anbud och den vinnande leverantörens anbud i upphandlingen inte förklaras utifrån tolkningssvårigheter av förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten anser att de uppgifter som kommunen lämnat får anses tillräckliga för att anbudsgivarna ska kunna få en bild av omfattningen och utformningen av upphandlingen och kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Eftersom bolaget inte visat att kommunens upphandling stridit mot transparensprincipen kan upphandlingen inte göras om på denna grund.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser att bolaget inte har visat att kommunen har agerat i strid med transparensprincipen i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU varpå bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Elsa Zakrisson
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande juristen Sara Mansour har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

