



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-06-08
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1597-11 E
Enhet 2

KONKURRENSVERKET	
2011-06-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Åkerlunds Buss AB, 556478-1317
Malmavägen 1
731 12 Kolsva

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Köpings kommun
Box 143
731 85 Köping

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Köping kommuns upphandling av skolskjutsar, dnr. VMKF 2011/21 052

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Västra Mälardalens Kommunalförbund har för Arboga, Köpings och Kungsörs kommun genom ett öppet förfarande genomfört en samordnad upphandling av skolskjutsar. Uppdraget var uppdelat i ett antal turer med olika geografiska områden för respektive kommun. För Köpings kommun (kommunen) tilldelades "Turpaket 1" Taxi Västerås AB (Taxi Västerås) genom tilldelningsbesked den 10 mars 2011.

YRKANDEN

Åkerlunds Busstrafik AB (Åkerlunds) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, i den del den avser Köpings kommun Turområde 1, rättas på så vis att utvärderingen görs om varvid anbud från Taxi Västerås AB (Taxi Västerås) förkastas. Åkerlunds yrkar i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, i den del den avser Köpings kommun Turområde 1, ska göras om.

Kommunen bestrider Åkerlunds samtliga yrkanden.

GRUNDER

Åkerlunds talan

Åkerlunds anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Åberopande av annans kapacitet

Enligt 11 kap. 12 § LOU har en leverantör rätt att vid behov åberopa annat företags kapacitet när det gäller ett visst kontrakt. I bestämmelsen uppställs i sådant fall ett krav på att leverantören på något sätt kan visa att denne förfogar över nödvändiga resurser. Det följer också av praxis från EU-domstolen (se bl.a. mål nr C-176/98 Holst Italia SpA samt avgörande från Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1430-05) att det är tillåtet att åberopa ett annat koncernbolags kapacitet. För att en leverantör ska anses faktiskt förfoga över resurserna hos t.ex. en åberopad underleverantör måste även underleverantören granskas vid bedömningen av om leverantören uppfyller de skall-krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. I annat fall skulle kvalificeringsfasen i en upphandling lätt kunna kringgå. Anbudsgivarna har i bilaga 2 till förfrågningsunderlaget under rubriken "Kvalificering av

anbudsgivare” haft att redovisa bl.a. tidigare erfarenhet, fordonspark samt underleverantörer. Taxi Västerås har i sitt anbud angett referensuppdrag för Taxi Västerås samt för Ramnäs Busstrafik AB. Taxi Västerås har emellertid angett att såväl Ramnäs Busstrafik AB som Berghamra Taxi AB i första hand kommer att användas som underentreprenörer. Taxi Västerås har överhuvudtaget inte angett i vilken utsträckning dessa underleverantörer kommer att anlitas. Några referensuppdrag för Berghamra Taxi AB har inte heller lämnats under den aktuella punkten. Vidare har Taxi Västerås beskrivit sin fordonspark. Någon redogörelse för underleverantörernas fordonspark finns överhuvudtaget inte med i denna redogörelse. Därmed finns inte möjlighet att säkerställa att Taxi Västerås uppfyller kraven för att kvalificeras och skulle därmed inte ha upptagits till utvärdering. Utöver ovanstående saknas också åtagande från Taxi Västerås underleverantörer. Taxi Västerås har inte heller på annat sätt visat att bolaget förfogar över underleverantörernas resurser. Åkerlunds gör gällande att genom ovanstående agerande Köpings kommun har, genom att uppta ett anbud till utvärdering som inte uppfyller ställda skall-krav, brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Mot bakgrund av att det inte av anbudet från Taxi Västerås framgår huruvida bolaget rent faktiskt förfogar över tillräckliga resurser för utförande av uppdraget borde Taxi Västerås inte ha gått vidare från steg 1 i anbudsprövningen. Kommunen anger också i sitt yttrande att särskild vikt lagts vid ett antal skall-krav bl.a. avseende leverantören och dess resurser för uppdraget. Detta synes kommunen i senare skede ha frångått då anbudet från Taxi Västerås kvalificerats. Utvärderingen, vad avser Köpings kommun Turområde 1, ska därmed göras om utan beaktande av anbudet från Taxi Västerås.

Otydligt förfrågningsunderlag

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att anbudet från Taxi Västerås uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav gör Åkerlunds gällande att förfrågningsunderlaget, i den del som avser Köpings kommun Turområde 1, är otydligt vad gäller kvalificeringskraven på anbudsgivarna och står därigenom i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 §

LOU. Genom att kommunen bortsett från att Taxi Västerås har för avsikt att anlita underentreprenörer trots att dessa underleverantörers kapacitet inte beskrivits tillräckligt utförligt i anbudet, medför det att det ställda kravet är otydligt avseende vad som egentligen efterfrågats. Vidare saknas krav på åtagande från underleverantörer enligt 11 kap. 12 § LOU varför förfrågningsunderlaget även av denna anledning är otydligt. Förfrågningsunderlaget står därigenom i strid med grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen ska därför i andra hand göras om i nu aktuell del.

Skada

Till följd av att kommunen genomfört upphandlingen i strid med 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande principer som följer av EU-rätten har Åkerlunds lidit eller kan komma att lida skada. Även potentiella anbudsgivare har lidit skada genom att de ansett sig inte kunna lämna anbud i upphandlingen (Kammarrätten i Stockholm mål nr 8930-10 samt avgörande från Kammarrätten i Jönköping mål nr 2016-08).

Kommunens talan

Kommunen anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Kommunen har inte brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Åberopande av annans kapacitet

Enligt förfrågningsunderlaget punkt 4 framgår att anbudsutvärderingen genomförs i en trestegraket, där varje steg måste uppfyllas för att anbudsgivaren ska gå vidare till nästa steg. Steg 1 omfattade kvalificering av anbudsgivaren genom kontroll att krav enligt kapitel 3 uppfylls samt att anbudsgivaren förfogar över tillräcklig kapacitet för att klara uppdraget genom redovisning av efterfrågade uppgifter i bilaga 2. Steg 2 omfattade prövning att lämnat anbud är komplett och att samtliga skall-krav är uppfyllda. Steg 3 bestod i utvärdering av kvarstående anbud, varvid skulle an-

tas de anbud vilka hade lägst anbudssumma. I förfrågningsunderlagets bilaga 2 punkt 2.4 avseende underleverantörer framgår klart att anbudsgivare ska ange eventuella tilltänkta underleverantörer. I anbudet har Taxi Västerås angett att Ramnäs Busstrafik AB och Berghamra Taxi AB i första hand kommer att användas. Vid utvärderingen gjordes en kontroll av både anbudsgivare och dess angivna underentreprenörer. Det framgår av utdrag från Bolagsverket att Taxi Västerås äger 100 % av aktierna i bl.a. Ramnäs Busstrafik AB, vilket visar att Taxi Västerås tillfullo förfogar över denna resurs. Vad gäller Berghamra Taxi AB är dessa anslutna till Taxi Västerås men kör som eget bolag. Taxi Västerås VD Leif Andersson är även ägare av Berghamra Taxi AB, tillika trafikansvarig i bägge bolagen. Detta visar att Taxi Västerås tillfullo förfogar över även denna resurs.

I förfrågningsunderlaget bilaga 2 punkt 2.2. *Kompetens av liknande uppdrag*, har klart angetts att anbudsgivare kortfattat ska redovisa tidigare liknande uppdrag. I anbudet har Taxi Västerås under denna punkt angett referensuppdrag för Taxi Västerås samt Ramnäs Busstrafik AB, vilket enligt förfrågningsunderlaget är fullt tillräckligt. Några otydligheter finns inte härvidlag. I anbudets bilaga 2 punkt 2.3. *Fordonspark* har Taxi Västerås angett att de tillsammans med angivna underentreprenörer förfogar över cirka 160 fordon, varav ett 20-tal kan användas för skolskjutstrafik. Därutöver anges att vid en eventuell tilldelning kommer ytterligare fordon införskaffas i lämplig omfattning och att de krav som ställs för uppdraget kommer att följas i alla delar. Någon ytterligare redogörelse eller bevisning kan inte krävas av någon anbudsgivare och så har heller inte gjorts av vare sig Taxi Västerås eller någon annan anbudsgivare.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 11 kap. 12 § LOU anges att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges 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.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget bilaga 1, *Kravspecifikation*, anges under punkten 6.1.4 *Underentreprenörer* bl.a. följande. Huvudentreprenör har rätt att anlita underentreprenör för del av trafiken. Som underentreprenör räknas också företag som ska utföra trafik och är delägare och/eller har transportörsavtal med avtalstecknande företag. Huvudentreprenör ansvarar för underentreprenörs verksamhet som för sin egen. Huvudentreprenör ansvarar för att underentreprenör uppfyller kraven på entreprenör enligt lagen om offentlig upphandling. Underentreprenören ska godkännas av beställaren i varje enskilt fall.

I förfrågningsunderlagets bilaga 2 *Allmänna uppgifter* anges bl.a. följande. Efterfrågad information ska vara besvarad i formuläret. I punkten 1, *anbudsgivare*, ska anbudsgivare anges. Under punkten 2, *kvalificering av anbudsgivare*, ska under punkten 2.1 företaget kortfattat beskrivas, årsomsättning, hur organisationen ser ut, platskontor och antal anställda. Under punkten 2.2. ska kompetens av liknande uppdrag, helst i närtid redovisas. Under punkten 2.3 ska företaget redogöra för hur dess fordonspark ser ut idag samt vid eventuell tilldelning av detta uppdrag. Under punkten 2.4 ska eventuella tilltänkta underleverantörer anges.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen vid upphandlingen har brutit mot någon bestämmelse i LOU eller någon av de grundläggande principer som bär upp lagstiftningen. En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är vidare att bolaget har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet.

Åberopande av annans kapacitet

Åkerlunds gör gällande att det av Taxi Västerås anbud inte framgår att företaget rent faktiskt förfogar över tillräckliga resurser för utförande av uppdraget samt att Taxi Västerås inte angett i vilken utsträckning de kommer att använda sig av underentreprenörerna Ramnäs Busstrafik AB samt Berghamra Taxi AB.

Kommunen har gjort gällande att kontroll har gjorts av både anbudsgivare och dess angivna underentreprenörer och att alla anbudsgivare behandlats lika.

EG-domstolen har i mål C 176/98 (Holst Italia) uttalat att det är tillåtet för en tjänsteleverantör att åberopa kapacitet hos tredje man som han avser att utnyttja om kontraktet tilldelas honom. Det ankommer då på den upphandlande enheten att kontrollera underleverantörernas lämplighet i enlighet med de angivna kriterierna.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren kortfattat ska beskriva företaget, kompetens av liknande uppdrag, redogöra för hur dess fordonspark ser ut samt ange eventuella tilltänkta underleverantörer. Vidare

framgår att huvudentreprenören ansvarar för underentreprenörens verksamhet som för sin egen. Av förfrågningsunderlaget går inte att utläsa att anbudsgivarna ska redovisa underentreprenörernas verksamhet på liknande sätt som de ska redogöra för den egna verksamheten. I Taxi Västerås anbud har dock angetts att bolaget tillsammans med underleverantörer förfogar över cirka 160 fordon. Vidare har bolagens inbördes gemenskap redovisats. I målet har inte framkommit några omständigheter som talar mot Taxi Västerås och kommunens påstående att nämnda bolag förfogar över sina underleverantörers kapacitet. Taxi Västerås får därmed anses uppfylla förfrågningsunderlagets skall-krav i nu aktuell del. I målet har inte framkommit annat än att alla anbudsgivare behandlats lika i denna del. Överklagandet kan inte bifallas på denna grund.

Otydligt förfrågningsunderlag

Åkerlunds gör gällande att förfrågningsunderlaget, i den del som avser Köpings kommun Turområde 1, är otydligt vad gäller kvalificeringskraven på anbudsgivarna. Åkerlunds anför att förfrågningsunderlaget är otydligt i den del som avser kraven på underleverantörer.

Kommunen bestrider att förfrågningsunderlaget är otydligt.

Förvaltningsrätten konstaterar att LOU inte ger närmare besked om hur förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller ska vara utformade utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. Förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att varje leverantör kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid utvärderingen och modellen utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, i detta fall att det anbud som hade lägst anbudssumma.

Av förfrågningsunderlaget framgår att huvudentreprenör har rätt att anlita underentreprenör samt att huvudentreprenören ansvarar för underentreprenörens verksamhet som för sin egen. Vidare framgår att underleverantörerna

ska anges i anbudet. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det med tillräcklig tydlighet vilka skall-krav som gäller för anbudsgivare som har för avsikt att anlita underentreprenörer. Den kritik som Åkerlunds riktar mot förfrågningsunderlaget kan inte medföra att förfrågningsunderlaget är så otydligt att det strider mot bestämmelserna i LOU. Överklagandet kan inte bifallas på denna grund.

Förvaltningsrätten finner således sammanfattningsvis att Åkerlunds i målet inte har visat att kommunen vid upphandlingen har överträtt bestämmelserna och de principer som följer av LOU, varför det saknas skäl för ingripande. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Per-Erik Nistér
rådman

Målet har föredragits av Anna Ljung.

