



2009-10-16

Ans	
Dnr	
Doss	Akten

KLAGANDE

Klövsjö-Rätan Trafik AB, 556417-4356
Box 3074
831 03 Östersund

Ombud: Advokat Johan Rappmann
Advokatfirman Glimstedt AB
Box 2259
403 14 Göteborg

MOTPART

Länstrafiken i Jämtlands län AB, 556437-0194
Hamngatan 14
831 34 Östersund

Ombud: Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Jämtlands läns dom den 31 juli 2009 i mål nr 452-09,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet varvid kammarrättens interimistiska
beslut i målet upphör att gälla.

- Klagande/ombud
- Motpart/ombud
- SKV
- FK NFC
- LST/Trp.st
- LR
- Konkurrensverket

- För delgivning
- För kännedom
- För handläggning
-

YRKANDEN M.M.

Klövsvjö-Rätan Trafik AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har gjorts på så sätt att anbud avgivet av Centrala Buss i Jämtland/Härjedalen AB har förkastats alternativt att rättelse har gjorts på så sätt att anbud avgivet av Centrala Buss ska utvärderas efter att ha tilldelats 4 poäng istället för 5 poäng för Infasningstakt av förnyelsebart bränsle i samtliga trafikområden. Bolaget yrkar i andra hand att kammarrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Länstrafiken i Jämtlands län AB (länstrafiken) bestrider bifall till överklagandet.

Kammarrätten har i beslut som meddelats den 10 augusti 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Allmänt

Länsrätten har bristfälligt återgett de grunder och skäl, som bolaget anfört till stöd för sin talan. Länsrätten synes endast ha prövat skälet att vinnande anbudsgivare inte uppfyllde kravet på giltigt trafiktillstånd. Den vinnande anbudsgivaren har inte tillräckliga ekonomiska resurser, den vinnande anbudsgivaren har i sitt anbud angivit att trafikuppdraget ska utföras på ett sätt som avviker från förfrågningsunderlaget och den vinnande anbudsgivaren har lämnat ett orent anbud såvitt avser pris vid trafikförändringar, närmare bestämt vid borttagning av del av trafik. Den vinnande anbudsgivarens anbud har även utvärderats på ett felaktigt sätt vad gäller miljökraven. I förfrågningsunderlaget anges att de krav som ställs i

anbudsunderlaget är, om inte något annat anges, skall-krav, de ska uppfyllas för att anbudet ska vara giltigt. Anbud som förutsätter avsteg från något eller några av de obligatoriska skall-kraven ska inte antas. Upphandlande enhet ska göra en prövning av alla anbudsgivare i två steg. Första steget innebär prövning enligt punkt 1.11.2 i förfrågningsunderlaget, vilket motsvarar kraven i 10 kap. 3 § LUF. Sedan kontrolleras som ett andra steg anbudsgivarens förmåga att fullgöra de tjänster som efterfrågas. Det kan gälla tekniska, ekonomiska och kvalitativa förutsättningar som bedöms erforderliga för uppdraget. Den upphandlande enheten har brutit i kravet på likabehandling. Den vinnande anbudsgivaren har inte uppfyllt alla skall-krav och utvärderingen av anbuden har inte skett på ett korrekt sätt. Den aktuella upphandlingen omfattar två kvalificeringsfaser. Den första fasen utgjordes av en ren prekvalificering innebärande godkännande efter ingivande av intresseanmälan. Den andra kvalificeringen utgjordes av prövning enligt 1.11.1 – 1.11.3 förfrågningsunderlaget. Denna andra kvalificering innefattade prövning av uppfyllande av skall-krav. I förfrågningsunderlaget anges att skall-kraven ska vara uppfyllda för att anbudet ska kunna utvärderas. Vad klaganden anför i kammarrätten utgör alltså samma talan och samma sak som i länsrätt.

Trafiktillstånd

Bolaget vidhåller att vinnande anbudsgivare inte uppfyller kravet på ett giltigt trafiktillstånd vid utvärderingstillfället. Enligt yrkestrafiklagen ska i aktiebolag dess verkställande direktör vara trafikansvarig. Verkställande direktör hos vinnande anbudsgivare är sedan den 8 juni 2009 Stefan Eriksson men någon ändringsanmälan om ny trafikansvarig har inte inkommit till länsstyrelsen. Trafiktillstånd är ett grundläggande krav som innebär att yrkesmässig trafik endast får drivas av den som har trafiktillstånd och endast i den omfattning som anges i tillståndet. Vinnande anbudsgivare har till sitt anbud enbart fogat ett trafiktillstånd som avser ett fordon trots att upphandlingen avser 85 + 5 fordon. Upphandlande enhet har med stöd av 1 kap. 30 § LUF jämställt vinnande anbudsgivare med en grupp

av leverantörer, som lämnar gemensamt anbud, men som antagit en rättslig form i form av det bolag som vinnande anbudsgivare utgör. Kammarrätten bör pröva om det är det bolag som utgör vinnande anbudsgivare eller dess aktieägare som är leverantörer. Om rätten finner att det är vinnande anbudsgivares bolags aktieägare som är leverantörer ska samtliga uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget, inklusive kravet på giltigt trafiktillstånd.

Vinnande anbudsgivares ekonomiska resurser

För att undvika uteslutning av leverantör ska upphandlande enhet göra en prövning av alla anbudsgivare i två steg. Den första prövningen motsvarar prövning enligt 10 kap. 3 § LUF. Som ett andra steg kontrolleras anbudsgivarens förmåga att fullgöra de tjänster som efterfrågas. Den vinnande anbudsgivaren uppfyller inte de ekonomiska förutsättningarna att fullgöra de tjänster som efterfrågas. Länsrätten har inte prövat denna invändning. Den vinnande anbudsgivaren ska stå hela affärsrisken och ska klara de krav som ställs på en operatör. Den vinnande anbudsgivaren saknade och saknar den finansiella förmåga som krävs för att kunna genomföra uppdraget. Trafiktillståndet är en av de säkraste och konkurrensneutralaste parametrar man kan använda vid bedömning av den finansiella förmågan i ett bussbolag. Den vinnande anbudsgivaren har lämnat anbud med 85 bussar jämte 5 reservfordon, vilket kräver ett eget kapital om totalt 4,6 Mkr. Vinnande anbudsgivare har ett eget kapital om 1,8 Mkr. Bolaget hemställer att kammarrätten prövar de garantier och löften från banker, finansinstitut samt i vissa fall bussleverantörer som upphandlande enhet belagt med sekretess. Den vinnande anbudsgivaren kan inte anses ha den ekonomiska förmåga som krävs för att antas som uppdragstagare och uppfyller därmed inte de grundläggande kraven som ställs på anbudsgivare i upphandlingen.

Vem som utför trafiken

Den vinnande anbudsgivaren skulle ha uteslutits antingen med hänsyn till att det av anbudshandlingarna framgår att detta bolag kommer att låta underleverantörer utföra i princip all trafik trots att det i förfrågningsunderlaget anges att underleverantörer får användas endast i begränsad omfattning eller, om ägarna till den vinnande anbudsgivaren anses vara de egentliga leverantörerna, på grund av att skall-kraven inte iakttagits för dessa leverantörer. Enligt förfrågningsunderlaget får underleverantörer användas för en del av trafiken efter skriftligt godkännande av upphandlande enhet. Av den vinnande anbudsgivarens anbud framgår att det bolaget inte kommer att bedriva någon egen trafik, all trafik kommer att läggas ut på underleverantörer tillika delägare, medan den vinnande anbudsgivaren kommer att fungera som administrativ transportförmedlare. Upphandlande enhet har med stöd av 1 kap. 30 § LUF jämställt den vinnande anbudsgivaren med en grupp av leverantörer som lämnar gemensamt anbud, varvid leverantörerna såsom ägare inte ska anses utgöra underleverantörer. Kammarrätten bör pröva om det är den vinnande anbudsgivarens bolag eller dess aktieägare som är att anse som leverantörer i lagens mening.

Trafikförändringar

Klaganden vidhåller att den vinnande anbudsgivaren angivit ett pris vid volymförändringar som utgör ett orent anbud. Länsrätten har inte heller tagit ställning till denna grund. Den vinnande anbudsgivaren har under pris vid volymförändringar angivit följande; ”OBS: I vissa omlopp nyttjas bussar till viss andel –EJ 100 %. Borttag får ske till nyttjande % å aktuell buss”. Utgångspunkten är att vissa bussar som planeras användas i den nu upphandlade produktionen kan samnyttjas med annan produktion på andra linjer eller i annan trafik. Detta är ett sedvanligt förfarande eftersom man i upphandling av trafik upphandlar en tjänst, som utförs med (ofta viss specifik) buss, och inte upphandlar 100 % av en fysisk buss, utan det är anbudsgivaren som har rätt att nyttja bussen i annan trafik om det är möjligt.

I så fall ska anbudsgivaren ange hur stor nyttjandegrad som sker i den upphandlade trafiken. I annat fall kan inte, som upphandlande enhet nu kräver, anges vilket belopp priser ska reduceras med för det fall trafik minskas på en specifik buss. Vinnande anbudsgivare har angivit pris för volymförändringar som utgör reservation och innebär att anbudet är orent.

Infasning av förnyelsebart bränsle

Parterna har i denna del visat på alternativa sätt att bedöma infasning av förnyelsebara bränslen. Länsrätten har utan att ta ställning i frågan gömt sig bakom en bevisregel som knappast har stöd i lag eller praxis. När det gäller krav på miljö hänvisar förfrågningsunderlaget till bilaga M. Denna bilaga beskriver kraven för infasningen och hur beräkningen ska göras. Av innehållet i bilaga M framgår att den upphandlande enheten vill uppfylla Svensk Kollektivtrafiks mål, bl.a. genom att kollektivtrafikens kilometerproduktion ska utföras så att fossila bränslen är avvecklade med minst 40 procent år 2012. I bilaga M anges att följande lägsta krav ställs på infasning av förnyelsebara bränslen: I trafikområdena R, S och T ska 40 procent (sedermera ändrat till 30 procent) av vagnkilometerproduktionen utföras med förnyelsebara drivmedel från och med utgången av år 2012. För övriga trafikområden gäller något lägre krav med samma krav på senaste infasning. Vidare anges att i anbud redovisad eventuell snabbare infasningstakt kommer att värderas i anbudsprövningen. Värderingen sker enligt bilaga P. I denna bilaga anges stigande poängskala med en poäng för varje sex månader som tidigareläggning av infasningen utlovas, vilket i sin tur ger reduktion av anbudspris vid utvärderingen. Poängsättningen sker med utgångspunkt i senaste dag för nämnda infasning inom respektive område, varvid den 31 december 2010 ger 5 poäng samt en fallande skala halvårsvis till den 31 december 2012 som ger 1 poäng. Det kan särskilt noteras att begreppet senast används. För att erhålla högsta poäng börjar infasningsperioden den 1 juli 2010 och är helt genomförd den 31 december 2010. Den vinnande anbudsgivaren har angivit följande. "Bolaget utfäster sig att redan under första avtalsåret uppnå ställda krav för infasning av förnyelsebara

drivmedel lägst till det mål länstrafiken angett som krav från senast utgången av 2012.” Första avtalsåret löper från mitten av juni 2010 till mitten av juni 2011. Ovanstående löfte från vinnande anbudsgivare skulle rätteligen ge 4 poäng eftersom denna skrivning inte binder vinnande anbudsgivare till någon tidigare infasning än senast juni 2011. Upphandlande enhet har inte velat redogöra för hur utvärderingen i denna del utförts. I skriftväxling har framkommit att upphandlande enhet tolkat anbudet så att leverantören visserligen använt uttrycket det första avtalsåret men i bilaga och under förhandling förtydligat vid vilken tidpunkt under det första avtalsåret infasning ska kunna ske, nämligen i oktober 2010. Klaganden kan inte se att den vinnande anbudsgivaren avgett något bindande löfte att infasning med förnyelsebart bränsle ska vara genomfört senast vid årsskiftet 2010/2011. Åberopat protokollsutdrag kan närmast tolkas som en bekräftelse på att infasningen skulle kunna påbörjas i oktober 2010 och vara klar det första trafikåret, dvs. i mitten av juni 2011. Om den vinnande anbudsgivaren baserar sitt anbud på diesel med inblandning av RME med påbörjad infasning i oktober eller november är detta baserat på att de kommer att ha hög inblandning just i oktober 2010. Därefter kommer inblandningen att variera under perioden. Att poängsättning ska ske utifrån när infasning påbörjas verkar vara en efterhandskonstruktion i senare skriftväxling. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att poängsättning sker utifrån när infasning ska vara genomförd. Det framgår inte att beräkningen ska göras utifrån årlig körsträcka. Förfrågningsunderlaget måste tolkas som att produktionen under varje sexmånadersperiod måste utvärderas för sig. Om beräkningen skett korrekt hade klaganden varit att anse som vinnande anbudsgivare.

Länstrafiken i Jämtlands län AB

Allmänt

Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt LUF. Det innebär att prövningen skett i två helt separata skeden. Det första skedet –

uteslutnings- och urvalsskedet enligt 10 kap. och 11 kap. LUF – startade i och med att upphandlingen annonserades och att upphandlande enhet tillhandahöll underlag för urvalet. I underlaget redovisas under punkten 4 vad intresseanmälan skulle innehålla och under punkten 5 vad som skulle prövas i urvalsskedet. Som framgår av punkten 4 efterfrågades inte trafiktillstånd i urvalsskedet. Urvalskraven uppställdes under punkten 5. Under denna punkt anges att ansökan (intresseanmälan) skulle prövas med avseende på sökandens stabilitet, finansiella styrka och yrkesmässiga förmåga. I första hand skulle den prövningen ske gentemot kraven i punkten 5. De handlingar som skulle bifogas intresseanmälan utgjorde bl.a. underlag för prövningen av stabilitet, styrka och förmåga. Den vinnande anbudsgivaren bifogade bl.a. årsredovisningar samt deltagarförteckning. Av dessa handlingar framgick bl.a. att bolaget ägdes av ett antal buss-trafikföretag i Jämtlands län och att omsättningen var omfattande. Upphandlande enhet fann att den vinnande anbudsgivaren inte kunde uteslutas och att bolaget uppfyllde urvalskriterierna. Efter genomfört urval inbjöds vinnande anbudsgivare och det nu klagande bolaget att lämna anbud. I samband härmed ställdes kravet att till anbudet skulle fogas gällande trafiktillstånd. Även om urvalet skett i samband med prövningen av intresseanmälningar uppställdes uteslutnings- och urvalskrav även i punkt 1.11.2 i förfrågningsunderlaget. Under förhandlingen ställde upphandlande enhet en kontrollfråga till vinnande anbudsgivare avseende förmågan. Det svar som lämnades föranledde inte upphandlande enhet att ändra sin tidigare bedömning att den vinnande anbudsgivaren uppfyllde i underlaget för intresseanmälan och i förfrågningsunderlaget ställda urvalskrav. Kraven var desamma som i uteslutnings- och urvalsskedet. Klaganden har i kammarrätten åberopat nya omständigheter som inte har prövats av länsrätten. Sådana nya omständigheter kan inte prövas av kammarrätten. Klaganden har anfört att utvärderingskriteriet avseende infasning av förnyelsebart bränsle varit otydligt och inte uppfyller kravet på affärsmässighet. Upphandlande enhet har inom ramen för LUF stor frihet att utforma och vikta de kriterier som ska ligga till grund för utvärderingen.

Trafiktillstånd

När det gäller trafiktillstånd har i underlaget för intresseanmälan inte ställts något krav om trafiktillstånd. I förfrågningsunderlaget har däremot uppställts ett skall-krav att trafiktillstånd ska fogas till anbudet. Detta är ett skall-krav om anbudets innehåll och inte ett urvalskrav. I till anbudsförfrågan bifogat modellavtal framgår att det som ett kontraktuellt krav uppställs att operatören ska ha ett giltigt trafiktillstånd, dvs. först när den upphandlande trafiken påbörjas. Den vinnande anbudsgivaren har till sitt anbud fogat ett trafiktillstånd. Upphandlande enhet har inte jämfört den vinnande anbudsgivaren med en grupp leverantörer som lämnat anbud. Den vinnande anbudsgivaren utgör en grupp leverantörer som redan intagit en bestämd juridisk form. Det finns inga krav i upphandlingen att trafiktillstånd eller andra formella handlingar ska avse delägarna i bolaget.

Vem som utför trafiken

Inom EU pågår ett fortlöpande arbete med att underlätta för små och medelstora företag att konkurrera vid offentliga konkurrensupphandlingar. Möjligheten för små och medelstora företag att delta i större upphandlingar är att företagen kan samverka. Detta kan antingen ske genom att en grupp av leverantörer lämnar anbud eller – som har skett i den aktuella upphandlingen – genom att gruppen intagit en bestämd juridisk form redan före det att ansökan lämnas in. Det vinnande anbudsbolaget bildades 1987 som en samverkande ekonomisk förening som senare har ombildats till aktiebolag. Upphandlande enhet hävdar i första hand att medlemsföretagens resurser inte ska betraktas som underleverantörer. Om kammarrätten skulle anse att dessa företag utgör underleverantörer hävdar upphandlande enhet att skrivningen i förfrågningsunderlaget om underleverantörer främst är ett kontraktuellt krav och inte en upphandlingsförutsättning. Ifråga vem som är anbudsgivare är det helt klart att det är det bolag som vinnande anbudsgivare utgör som är den juridiska personen. Det skulle stå i strid med kraven på proportionalitet och likabehandling att förkasta anbudet från vinnande anbudsgivare på grund av bolagets uppbyggnad. Avsikten med

bestämmelsen i modellavtalet om underleverantörer har inte varit att förkasta anbud från bolag med motsvarande uppbyggnad som vinnande anbudsgivare. Syftet har inte heller varit att begränsa omfattningen av anlåtande av underleverantörer. Syftet har varit att upphandlande enhet före trafikstart och under utförandet ska kunna pröva om föreslagna underleverantörer på objektiva grunder kan godtas.

Vinnande anbudsgivares ekonomiska resurser

Prövningen av vinnande anbuds tekniska ekonomiska resurser har skett mot de krav som ställts i underlaget för intresseanmälan och motsvarande krav i förfrågningsunderlaget. Upphandlande myndighet har inte hänvisat till 2 kap. 9 § yrkestrafiklagen som en miniminivå för prövning av anbudsgivares lämplighet. Inte heller i övrigt har upphandlande enhet hänvisat till yrkestrafiklagen eller yrkestrafikförordningen för prövning av anbudssökandens ekonomiska förmåga. Upphandlande enhet har inte krävt några lånegarantier men däremot ställdes en kontrollfråga till vinnande anbudsgivare avseende finansiering av de nya bussarna. Underlaget visade att det inte fanns anledning att ändra den bedömning som upphandlande enhet tidigare gjort i urvalsdelen. Upphandlande enhet har en erfarenhet av båda anbudsgivarna från andra uppdrag. Uppdragen har genomförts utan att anledning funnits att ifrågasätta deras förmåga att uppfylla åtaganden.

Trafikförändringar

Upphandlande enhet har i anbudsunderlaget krävt att anbudsgivarna ska lämna pris dels på ökning respektive minskning av vagnkilometerproduktionen, dels på tillägg eller borttag av fordon. Syftet med kravet var att upphandlande enhet i förväg ska veta kostnaden respektive återbetalningen om trafiken utökas eller minskas. I utvärderingen har endast pris för utökad trafik utvärderats, inte borttag. Prissättningen för borttag har således inte påverkat val av anbudsgivare.

Infasning av förnyelsebart bränsle

I upphandlingen har upphandlande enhet satt som mål att del av det fossila bränsleberoendet i trafiken ska minskas. Av miljöbilagan M framgår hur branschföreningen Svensk Kollektivtrafik formulerat det övergripande målet i Sverige. Av samma bilaga framgår hur mätetal för andelen förnyelsebart bränsle ska räknas ut och att beräkningen sker utifrån årlig körsträcka. Upphandlande enhet har anslutit sig till detta sätt att göra beräkningar. Vid slutliga utvärderingen har pris, kvalitet och miljö beaktats. För miljöpoäng gällde att ju snabbare infasningstakt som utlovades i anbudet desto högre poäng. En poäng gavs om endast det grundläggande kravet uppnåddes vid utgången av år 2012. Fem poäng erhöles om infasning genomförs under år 2010. Den vinnande anbudsgivaren har vid förhandlingen bekräftat att infasning skulle ske oktober 2010 och därmed har bolaget tilldelats 5 poäng vid utvärderingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Trafiktillstånd

I likhet med länsrätten tolkar kammarrätten förfrågningsunderlaget på så sätt att kravet på ett giltigt trafiktillstånd utgjorde ett krav på vad som skulle bifogas anbudet. Av handlingarna framgår att den vinnande anbudsgivaren tillsammans med sitt anbud ingav ett då giltigt trafiktillstånd. Förfrågningsunderlaget uppställer enligt kammarrättens uppfattning inte krav på att trafiktillstånd ska företes för senare tid än då anbudet ingavs, för samtliga delägare eller för samtliga fordon. Det har alltså inte framkommit att det vinnande anbudet inte uppfyller det krav avseende trafiktillstånd som ställs i förfrågningsunderlaget.

Vinnande anbudsgivares ekonomiska resurser

Enligt förfrågningsunderlaget ska till anbudet fogas uppgift om företagets ekonomiska och finansiella förutsättningar att genomföra uppdraget. Vidare anges i förfrågningsunderlaget att som ett andra steg i prövningen (efter

prövning av uteslutningsgrunder) kontrolleras anbudsgivarens förmåga att fullgöra de tjänster som efterfrågas, vilket bl.a. kan gälla ekonomiska förutsättningar. Såsom upphandlande enhet anfört finns inte något krav på garantier eller liknande. Den vinnande anbudsgivaren har lämnat redovisning av hur kommande finansiering ska ske genom garantier och löften från banker, finansinstitut och leverantörer. Kammarrätten finner inte att det framgår av utredningen att det vinnande anbudet inte uppfyller de krav avseende ekonomiska resurser som ställs i förfrågningsunderlaget.

Vem som utför trafiken

Av handlingarna framgår att den vinnande anbudsgivaren är ett aktiebolag som ägs av 14 busstrafikföretag samt att anbudsgivaren avser att lägga ut den trafik som upphandlingen gäller på delägarföretagen. Bolaget har gjort gällande att det vinnande anbudet därmed strider mot förfrågningsunderlagets krav avseende underentreprenörer på sådant sätt att anbudet ska förkastas, eftersom det innebär att allt arbete läggs på delägarna som ska betraktas som underentreprenörer. I förfrågningsunderlaget anges att underentreprenör får användas för en del av trafiken efter skriftligt godkännande av beställaren. Enligt kammarrättens mening bör kravet avseende underentreprenör inte uppfattas så att det avser delägare som utför trafik inom ramen för aktiebolagets verksamhet.

Trafikförändringar

Klaganden har anfört att den vinnande anbudsgivaren har lämnat ett orent anbud genom att i bilaga F i anbudsformuläret ange en särskild notering om hur priset kommer att reduceras om bussarna inte utnyttjas fullt ut. Såvitt framgår anser klaganden att anbudet därför ska förkastas. Vid utvärderingen har, enligt vad upphandlande enheten obestritt anfört, endast pris för utökad trafik beaktats. Redovisning av borttag har därför inte påverkat val av leverantör. Kammarrätten anser mot denna bakgrund att den vinnande anbudsgivarens tillägg i anbudsformuläret kan accepteras och att anbudet i fråga inte kan anses vara ett orent anbud.

Infasning av förnyelsebart bränsle

Såvitt gäller infasning av förnyelsebart bränsle hänvisar den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget till övergripande mål som ställts av branschorganisationen Svensk Kollektivtrafik. Enligt dessa mål ska kollektivtrafikens kilometerproduktion med buss utföras så att fossila bränslen är avvecklade med minst 40 procent år 2012 och 90 procent år 2020. I förfrågningsunderlaget ställs med denna utgångspunkt för varje berört trafikområde s.k. ”skall-krav” beträffande vilken procentandel vagn-kilometerproduktion som ska utföras med förnyelsebara drivmedel från och med utgången av 2012 respektive 2014. Vidare anges i förfrågningsunderlaget att vid utvärderingen ska poängsättning ske beträffande redovisad infasningstakt. Om ett anbud redovisar att infasning i enlighet med skall-kravet för 2012 sker senast den 31 december 2010 ska maximalt 5 poäng erhållas. Om anbudet redovisar att detta skall-krav är uppfyllt senast den 30 juni 2011 erhålles 4 poäng. På motsvarande sätt erhålles 3, 2 respektive 1 poäng om anbudet redovisar att skall-kravet är uppfyllt den 31 december 2011, den 30 juni 2011 respektive den 31 december 2012.

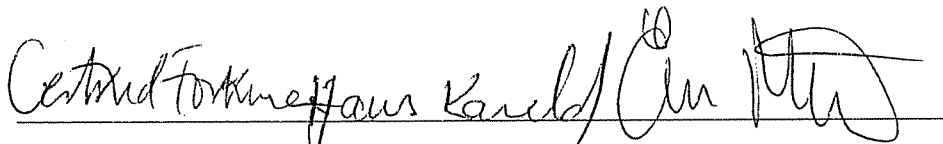
I anbudsformuläret har den vinnande anbudsgivaren utfäst sig att redan under det första avtalsåret uppnå ställda krav på infasning av förnyelsebara drivmedel till lägst det mål länstrafiken angett som krav från senast utgången av 2012. Enligt klaganden har den upphandlande enheten felaktigt utgått från att utfästelsen tar sikte på utgången av 2010 och därför åsatt det vinnande anbudet maximal poäng vid utvärderingen. Klaganden har gjort gällande att utfästelsen istället ska uppfattas så att den avser halvårsskiftet 2011 då avtalet har löpt i 12 månaders tid och att det vinnande anbudet därför endast skulle ha fått 4 poäng vid utvärderingen, vilket skulle ha medfört att klaganden tilldelats anbudet. Enligt kammarrättens mening måste dock beaktas att vinnande anbudsgivare i direkt anslutning till utfästelsen på anbudsformuläret hänvisar till beräkningar på ”Anbudsformulär 2010 sid 10” för respektive trafikområde. I dessa beräkningar anges för varje trafikområde ”Andel av områdets km-

produktion som från Oktober 2010 kan utlovas köras med förnyelsebart bränsle". Den angivna andelen överstiger för varje område skall-kravet för 2012. Om utfästelsen ses mot denna bakgrund måste den enligt kammarrättens mening förstås så att den avser utgången av 2010. Vad klaganden anfört om tolkningen av vinnande anbudsgivares utfästelse medför således inte att det är visat att utvärderingen skett på ett felaktigt sätt. Vad klaganden i övrigt anfört beträffande denna fråga medför ingen annan bedömning.

Sammanfattande bedömning

Med hänsyn till det anförda anser kammarrätten att det inte finns skäl att ändra länsrättens dom. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Gertrud Forkman Hans Kareld Essa Malmqvist
kammarrättsråd kammarrättsråd t.f. assessor
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande



KLAGANDE

Klövsjö-Rätan Trafik AB, 556417-4356
Box 3074
831 03 Östersund

Ombud: Advokat Johan Rappmann
Advokatfirman Glimstedt AB
Box 2259
403 14 Göteborg

MOTPART

Länstrafiken i Jämtlands län, 556437-0194
Hamngatan 14
831 34 Östersund

Ombud: Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt 16 kap 2 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

Klövsjö-Rätan Trafik AB, nedan kallad KR-Trafik, har i framställning till länsrätten ansökt om överprövning av den upphandling av linjetrafik i Jämtlands län (Buss 2010 i Jämtlands län) som Länstrafiken i Jämtlands län AB, nedan kallad Länstrafiken, avser genomföra och som omfattar trafik inom vissa i förfrågningsunderlaget närmare angivna områden. KR-Trafik yrkar - såsom talan slutligen utformats - att rättelse ska ske beträffande utvärderingen av ingivna anbud. Som grund har i huvudsak följande yrkats och anförts:

- I första hand ska det av Centrala Buss i Jämtland/Härjedalen AB, nedan kallat Centrala Buss, avgivna anbudet förkastas, då detta fö-

retag inte uppfyllde kravet på giltigt trafikillstånd vid utvärderings-
tillfället.

- i andra hand ska rättelse ske av utvärderingen till följd av att felaktigheter förekommit i olika avseenden, som närmare angetts i överklagandet.

Det antecknas att länsrätten i särskilt beslut, meddelat den 24 juni 2009, interimistiskt förordnat att den aktuella upphandlingen tills vidare inte får avslutas intill dess att något annat förordnas.

Länstrafiken, som förelagts att svara på KR-Trafiks framställning, har hemställt att ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall. Härvid har Länstrafiken, utifrån de felaktigheter som KR-Trafik ansett ha förekommit, i huvudsak anfört följande under nedanstående rubriker:

1. Innehavare av trafikillstånd

Centrala Buss har till sitt anbud fogat en kopia på giltigt trafikillstånd. Kravet avser således trafikillstånd vid anbudstidens utgång, den 30 mars 2009. Någon anledning att ifrågasätta det av länsstyrelsen utfärdade trafikillståndet har inte förelegat. Centrala Buss har därmed uppfyllt kravet såsom det var utformat i anbudsfrågan.

2. Centrala Buss ekonomiska resurser

När det gäller de ekonomiska resurserna har Centrala Buss lämnat en redovisning av hur finansieringen av kommande fordonsflotta kommer att ske. Det består av garantier och löften från banker, finansinstitut samt i vissa fall av bussleverantörer. Dessa handlingar har belagts med s.k. affärssekretess. Vid analys av denna redovisning, som av naturliga skäl måste vara preliminär, då den kräver ett uppdragskontrakt som säkerhet, har Länstrafiken bedömt att Centrala Buss uppfyllt kvalificeringskraven, såsom de uppställts i förfrågningsunderlaget.

3. Vem som utför trafiken

Länstrafiken har uppgett att Centrala Buss är en paraplyorganisation som bedriver trafik med buss genom sina delägare och består av 14 privata bussföretag i samverkan. Delägarna har bedömts utgöra grunden för Centrala Buss trafikresurser och är en organisation i samverkan. Enligt 1 kap. 30 § LUF är det inte tillåtet att vägra grupper av leverantörer att lämna anbud. Det anbud som Centrala Buss lämnat står inte i strid med det krav såsom det angetts under punkt 1.13 i anbudsförfrågan.

Pris vid trafikförändringar

Beträffande KR-Trafiks påstående att Centrala Buss anbud är orent har Länstrafiken påtalat att i anbudsunderlaget har krävts att anbudsgivarna ska lämna pris på ökning resp. minskning av vagnkilometerproduktionen, dels på tillägg eller borttag av fordon, allt fördelat på fordonstyper. Centrala Buss har i sitt anbud redovisat detta helt enligt uppställda krav. Sammanfattningsvis avvisar Länstrafiken påståendet om att Centrala Buss anbud är orent och att anbudet inte kan utvärderas eller att det finns brister i kravet på likabehandling av de aktuella anbuden.

Infasning av förnyelsebart bränsle

I punkt 1.12 i anbudsförfrågan har Länstrafiken under punkt D - Miljöarbete - uppgett att detta avser redovisad infasningstakt av förnyelsebara drivmedel. Högsta poäng, 5, ges om infasningen är klar senast den 31 december 2010. Vid förhandling den 21 april 2009 har Centrala Buss bekräftat att det löfte som getts i denna del står fast. Av denna anledning och i belysning av den beskrivning som lämnats hur infasningen skall gå till har Centrala Buss erhållit 5 poäng vid utvärderingen i detta hänseende.

Sammanfattningsvis har Länstrafiken anfört att utifrån den redovisning, som lämnats i olika handlingar beträffande de uppgifter som ligger till grund för bedömningen av inkomna anbud, har de formella kraven iaktta-

gits. Bilagor och protokoll som förts vid varje förhandling finns upprättade. Utvärderings- och tilldelningsbeslut finns dokumenterade. Enligt Länstrafikens uppfattning har upphandlingen och utvärderingen skötts på ett korrekt sätt. Av denna anledning hävdas att länsrätten ska avvisa KR-Trafiks framställning.

KR-Trafik, som beretts tillfälle att yttra sig över Länstrafikens svar, vidhåller sina yrkanden och har ytterligare utvecklat grunderna för sin framställning. Därvid har KR-Trafik särskilt framhållit att Länstrafiken gjort en felaktig utvärdering av de olika kriterierna som gett Centrala Buss 5 poäng vid bedömning av faktorn "Miljö". Vid en utvärdering med korrekt tillämpning av förfrågningsunderlaget ställt mot det av Centrala Buss avgivna anbudet skulle KR-Trafiks viktade pris ha varit det lägsta, varför KR-Trafik rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet.

Ytterligare skriftväxling har förekommit och där parterna med utvecklande av sin argumentation vidhållit sina respektive ställningstaganden.

DOMSKÄL

Av föreliggande förfrågningsunderlag framgår att den aktuella upphandlingen sker i form av ett förhandlat förfarande enligt vad som följer av bestämmelserna i 4 kap LUF.

Principerna för upphandling enligt LUF framgår av 1 kap 24 § där det anges att upphandlande enhet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Dessa bestämmelser ger uttryck för ett antal grundläggande rättsprinciper som dels följer av bestämmelserna i EG-fördraget, dels utvecklats i EG-domstolens rättspraxis.

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla ska få samma information som är av betydelse för upphandlingen. En upphandlande enhet får inte gynna eller missgynna vissa leverantörer genom att ställa diskriminerande krav. Vad gäller öppenhetskravet eller kravet på transparens innebär detta att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Detta förutsätter att uppgifter som gäller upphandlingen inte hemlighålls, att upphandlingen annonseras offentligt, att de leverantörer som deltagit i anbudsförfarandet informeras om resultatet av upphandlingen och att upphandlingshandlingarna i princip är offentliga. Denna princip innebär också ett krav på att den upphandlande enheten håller sig till det förfrågningsunderlag som tagits fram. Vad gäller principen om proportionalitet innebär detta att de åtgärder som en upphandlande enhet vidtar inte får vara mer omfattande än vad som är nödvändigt för att den aktuella upphandlingen ska kunna genomföras. Dessutom måste uppställda krav vara effektiva, d.v.s. möjliga att kontrollera och ägnade att leda till att det avsedda syftet med upphandlingen uppnås. Det måste finnas en rimlig avvägning mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som den olägenhet som kan drabba den som påverkas av åtgärderna inte får var oproportionerlig i förhållande till nyttan för den upphandlande enheten.

I nu aktuellt mål har KR-Trafik i första hand gjort gällande att det anbud som Centrala Buss avlämnat skulle förkastas eftersom något giltigt trafik-tillstånd inte förelåg vid tidpunkten för utvärderingen.

Länsrätten gör mot bakgrund av vad som förevarit i målet i denna del följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget har under punkt 1.10 Formella krav på anbud angetts att anbudsgivare är skyldig att lämna anbud där det bl.a. framgår att

det till anbud skulle fogas kopia på giltiga trafik tillstånd. Centrala Buss har ingett ett beslut från Länsstyrelsen i Jämtlands län daterat den 25 mars 2009 om tillstånd för beställningstrafik med buss. I beslutet står Carl Sture Hernerud som trafikansvarig med fyra andra namngivna personer som prövats enligt 2 kap 6 § yrkestrafiklagen. Den omständigheten att Centrala Buss den 8 juni 2009 som verkställande direktör utsett Stefan Fredriksson, som därför inte kunde stå som innehavare av trafik tillstånd när anbudet lämnades in, innebär inte att något giltigt trafik tillstånd saknas. Yrkandet om att Centrala Buss anbud av formella skäl ska förkastas lämnas därmed utan avseende.

Vad härefter övriga omständigheter i sakligt hänseende, som enligt KR-Trafiks uppfattning, ska medföra rättelse av utvärderingen på så sätt att Centrala Buss anbud ska tilldelas lägre poäng vad gäller infasningstakt av förnyelsebart bränsle, gör länsrätten följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget har under punkt 1.12 Anbudsprovning angetts att provningen kommer att ske utifrån en värdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Värderingen kommer att ske utifrån fyra angivna kriterier:

- A – grundpris för trafikutförande enligt anbud,
 - B – Tillägg (enligt närmare beskrivet beräknings sätt),
 - C – Kvalitet,
 - D – Miljöarbete,
- Viktning av dessa kriterier sker enligt följande;
- (A+B) 70 %,
 - C 15 %,
 - D 15 %.

De tre lägsta viktade anbuden enligt det ovanstående går vidare till förhandling (E). Efter eventuell förhandling har upphandlande enhet möjlig-

het att kalla anbudsgivare till förhandling innan slutlig utvärdering av dennes anbud görs.

Efter förhandlingar med de båda anbudsgivarna har Länstrafiken den 15 juni 2009 i beslut tilldelat Centrala Buss kontrakt för linjetrafik i samtliga aktuella trafikområden, varvid uttalats att tilldelningsbeslutet fattats efter principen ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbud”. Kontraktet gäller fr.o.m. 20 juni 2010 och 6 år framåt med förlängningsmöjlighet ytterligare 1 + 1 år därefter. Prövningen har skett med tillämpning av punkterna 1.11 och 1.12 i förfrågningsunderlaget. Kontrakt har tilldelats med avseende på punkterna A-D samt under punkt E enligt omförhandlat och justerat grundpris A.

Beträffande kriteriet, infasningstakten av förnyelsebart bränsle, och för vilket – enligt KR-Trafiken förmenande – Centrala Buss erhållit för hög värdering gör länsrätten följande bedömning. Med ledning av de principer som angetts i förfrågningsunderlaget och den värdering som gjorts i detta avseende av de ingivna anbuden har KR-Trafik inte tillräckligt övertygande förmått visa att Länstrafiken behandlat anbuden på ett sätt som står i strid mot de krav som uppställts av Länstrafiken. Det saknas därför anledning att vidta rättelse av poängsättningen av detta kriterium.

Länsrätten finner sammanfattningsvis mot bakgrund av det ovan redovisade och av vad som i övrigt förekommit i målet att vad KR-Trafik anfört till stöd för sina yrkanden inte är av sådan beskaffenhet att vare sig det faktiska upphandlingsförfarandet eller den gjorda utvärderingen av inkomna anbud utförts på ett sätt som kan anses stå i strid mot de grundläggande principer som gäller för upphandling enligt LUF. Vid sådant förhållande ska KR-Trafiks framställning om överprövning avslås.

DOMSLUT

Med upphävande av det interimistiska beslutet från den 24 juni 2009 beslutar länsrätten att avslå KR-Trafiks framställning om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c)


Ingvar Modig

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

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

