



KLAGANDE

LBC-Frakt Värmland AB, 556478-0293
Lovartsgatan 3
652 21 Karlstad

Ombud: Advokaten Björn Larsson
Ahlford Advokatbyrå
Box 644
651 14 Karlstad

MOTPART

Karlstads kommun
651 84 Karlstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 8 maj 2012 i mål nr 855-12,
se bilaga A

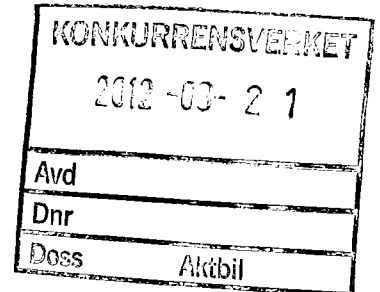
SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten förordnar att Karlstads kommuns upphandling av transport- och anläggningstjänster i den del upphandlingen avser del A, lastfordon med förare, ska göras om.

Kammarrätten avslår det av LBC-Frakt Värmland AB framställda editionsyrkandet.



KONKURRENSVERKET
Dok.Id 224717 FÖR KÄNNEBOK

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

LBC-Frakt Värmland AB (bolaget) yrkar att kammarrätten, med upphävande av förvaltningsrättens dom, bifaller den av bolaget i förvaltningsrätten förda talan att upphandlingen, såvitt avser del A, lastfordon med förare, får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att bolaget tilldelas upphandlingen alternativt att upphandlingen ska göras om, samt att kommunen föreläggs att tillhandahålla Ulvsby Transport AB:s (UTAB) prisbilaga 3.

Karlstads kommun (kommunen) anser att överklagandet ska avslås.

Parterna anför bl.a. följande till stöd för sin respektive talan.

Bolaget

Bolaget vidhåller att dess anbud är lägre än vinnande bud. UTAB:s prisbilaga 3 är av mycket väsentlig betydelse för detta påstående. Det är den enda tillgängliga bevisningen och utgör hela grunden för bolagets talan i denna del. Prisbilagan kan inte anses vara en yrkeshemlighet. Bolagets yrkande om edition ska av nämnda skäl bifallas. – För det fall kammarrätten först prövar yrkandet att upphandlingen ska göras om, och så också beslutar, är det på intet sätt tvistigt att prisbilagan saknar relevans för målet.

Adekvat erfarenhet för de uppdrag som är föremål för upphandlingen kan inte endast utgöras av just kommunal erfarenhet. Kommunen synes i och för sig vitsorda uppfattningen att ett krav på just kommunal erfarenhet inte fullt ut och egentligen är rättsenligt. Kommunen har i stället gjort gällande att detta krav, och dess formulering, rätteligen ska förstås som ett krav på erfarenhet av den typ av köruppdrag som kommunen har och som omfattas av upphandlingen och, som det anges, benämningen till just kommunal erfarenhet ”saknar självständig betydelse för bestämningen av kravets innebörd, såväl formellt och materiellt”. Det kommunen gör gällande är sålunda att tredje stycket i punkten 3.3 i upphandlingsföreskrifterna är att förstå som:

”Anlitade maskinister/chaufförer skall ha minst ett års erfarenhet av *ovan i denna p 3 angivna* gräv och körarbeten”. Kravet är dock inte formulerat på detta sätt. Enligt bolaget är formuleringen otvetydig. Kravet är bestämt till kommunal erfarenhet. Ett sådant krav är diskriminerande och icke-proportionellt. Motsvarande adekvat erfarenhet kan vinnas på otaliga andra sätt och åt andra uppdragsgivare. Vid arbeten för exempelvis Trafikverket ställs samma krav som vid arbeten åt en kommun. Arbeten måste ibland utföras akut. Det finns människor och byggnader runt om arbetsställena och arbetena är att utföra såväl i tätorter, som där trafiken löper. Bolaget har åtskilliga maskinförare som har motsvarande erfarenhet av denna typ av uppdrag, men som vunnit erfarenhet genom arbeten åt annan än en kommun.

Bolaget har lidit skada av att upphandlingen utförts på ett felaktigt sätt. Bolaget har upplevt det som en självklarhet, så är ändå fallet i ekonomisk teori, att ökat utbud medför möjligheter till lägre pris. Genom den begränsning till ”kommunal erfarenhet” som skett i anbudsunderlaget har omfattning av för bolaget tillgängliga, och för uppdraget kvalificerade, underentreprenörer reducerats i högst märkbar utsträckning. Detta har påverkat bolagets prissättning på uppdraget. Inför ett uppdrag av denna art går bolaget ut med en förfrågan bland de av bolagets medlemmar som uppfyller kvalifikationskravet. De får därvid anmäla huruvida de har intresse för att delta i upphandlingen och vilka bilar som de därvid har att tillgå. Medlemmarna får också ange till vilka priser de är villiga att delta i upphandlingen. Vissa medlemmar har fordon som är belagda med uppdrag till visst pris och som därför inte ser skäl att ”byta” uppdrag med mindre arvodet blir högre. Sedan finns det andra medlemmar som har fordon med mindre beläggning av köruppdrag, som till följd härav erbjuder deltagande till lägre ersättning. Ju fler entreprenörer som finns att tillgå totalt, desto fler entreprenörer finns det därmed också att tillgå som inte har full beläggning på sina fordon. Utifrån antalet tillgängliga och kvalificerade entreprenörer och deras respektive beläggning på sina fordon bestämmer bolaget sin prissättning. Denna är

sålunda till mer än ringa del beroende av antalet tillgängliga och kvalificerade underentreprenörer. Med den marknad som var under förra året hade, om bolaget kunnat välja bland fler av sina medlemmar, detta tveklöst återverkat på prissättningen.

Kommunen

Kommunen vidhåller att bolaget inte har lämnat det lägsta anbudet i upphandlingen.

Kommunen vidhåller vidare att prisbilagan utgör yrkeshemligheter enligt 38 kap. 8 § andra stycket 3 rättegångsbalken och att det inte framkommit någon synnerlig anledning för tillhandahållande. I vart fall finns det ingen synnerlig anledning för tillhandahållande av prisbilagan om kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Bifalles bolagets talan i den delen saknar prisbilagan betydelse som bevisning.

Det aktuella kravet utgör ett särskilt kontraktvillkor och det saknas fog för bolaget att uppfatta kravet på det bokstavligen sätt man uppger sig ha gjort.

Utgångspunkten är att en upphandlande myndighet är fri att själv bestämma föremålet för en upphandling och bestämma de kvalitetsnivåer, prestanda m.m. som ska gälla för upphandlingen så länge det sker inom ramen för gemenskapsrätten. Det finns inte några otillåtna skall-krav i förfrågningsunderlaget. Det har från kommunens sida inte vitsordats att kravet avseende kommunal erfarenhet skulle vara oförenligt med LOU.

För att kammarrätten ska kunna ingripa mot upphandlingen krävs att bolaget lidit eller kan komma att lida skada av att kommunen uppställt det aktuella kravet. Bolagets anbud har inte förkastats, vilket inte heller någon annan anbudsgivares anbud har. Redan av denna anledning finns det starka skäl att ifrågasätta om bolaget har lidit skada av kravet.

Kommunen bestrider att bolaget hade kunnat lämna ett lägre pris om kravet inte återfunnits i förfrågningsunderlaget och konstaterar att det enbart är fråga om ett svepande påstående från bolagets sida. Bolaget har haft tillgång till tillräckligt med medlemmar/entreprenörer för att uppfylla kravet. Kommunen kan inte se att det faktum att ytterligare medlemmar/entreprenörer som kan utföra uppdraget skulle kunna påverka priset. Det bör vidare noteras att bolaget i denna del inte åberopat något som styrker påståendet om att prissättningen påverkats av villkoret. Det framgår exempelvis inte att de av bolagets entreprenörer som inte deltog i upphandlingen skulle ha uppfyllt övriga uppställda krav i förfrågningsunderlaget. Bolaget har således inte visat att det lidit eller riskerat lida skada av kravet i fråga.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten konstaterar till att börja med att om en leverantör kan visa att skaderekvisitet är uppfyllt och domstolen övertygas av utredningen i målet om att de påstådda upphandlingsbristerna föreligger, har domstolen att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Valet mellan de två åtgärderna gör domstolen, oberoende av hur yrkandena utformats, med utgångspunkt i vad som är det ändamålsenliga i varje enskilt fall (jfr RÅ 2005 ref. 47).

En av frågorna i målet är om det finns ett krav på att maskinister och chaufförer ska ha minst ett års erfarenhet av gräv- och körarbeten för kommunen som huvudman.

I upphandlingsföreskrifterna punkten 3.3, Teknisk förmåga, anges följande. *Leverantörens maskinister skall vid behov från kommunen kunna gå ur grävmaskinen och hjälpa till på plats.*

Kommunen skall vid behov kunna avropa maskinister/chaufförer med stor erfarenhet av grävning/körning i trånga utrymmen i närheten av olika ledningsnät t.ex. vatten-, avlopp-, dagvatten-, el, fjärrvärme, tele, fiber.

Anlitade maskinister/chaufförer skall ha minst ett års erfarenhet av arbeten inom kommunala gräv- och körarbeten.

Med beaktande av hur kravet har formulerats i förfrågningsunderlaget kan det, enligt kammarrätten, inte tolkas på annat sätt än att det i upphandlingen finns ett krav på att anlitade maskinister/chaufförer ska ha minst ett års erfarenhet av gräv- och körarbeten för kommunen som huvudman.

Frågan är då om ett sådant krav är förenligt med LOU.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska iaktta principen om proportionalitet. Denna princip innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155).

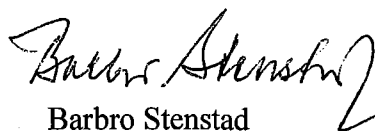
Bolaget har anfört att ett krav på att anlitade maskinister/chaufförer ska ha minst ett års erfarenhet av gräv- och körarbeten för kommunen som huvudman strider mot proportionalitetsprincipen, eftersom man kan ha skaffat sig motsvarande erfarenhet av denna typ av uppdrag hos andra uppdragsgivare än kommuner. Bolaget har vidare lämnat exempel på detta. Kommunen har i kammarrätten invänt att kravet avseende kommunal erfarenhet inte är oförenligt med LOU, dock utan att bemöta bolagets invändningar. Kammarrätten anser att det uppställda kravet på att anlitade maskinister/chaufförer ska ha minst ett års erfarenhet av gräv- och körarbeten för kommunen som huvudman inte står i proportion till det behov som ska täckas då relevant erfarenhet kan erhållas på annat sätt än genom kommunala uppdrag. Kravet strider därför mot proportionalitetsprincipen.

Kommunen har invänt att för det fall ställt krav befins oproportionerligt så har bolaget i vart fall inte lidit eller riskerat lida skada på grund av kommunens överträdelse. Bolaget har utförligt redogjort för på vilket sätt kravet på

ett års kommunal erfarenhet har påverkat prissättningen av deras anbud. Kammarrätten finner att bolaget har gjort sannolikt att det inte har kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud på grund av det ställda skallkravet. Bolaget får därför anses ha lidit skada på grund av den konstaterade överträdelsen, varför skäl till ingripande enligt LOU föreligger. Då konstaterad överträdelse är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.


Eftersom skäl för ingripande, på så sätt att upphandlingen ska göras om, föreligger redan på denna grund, finns inte anledning att pröva bolagets övriga invändningar om överträdelser. Mot bakgrund härav finns inte heller skäl att förelägga kommunen att lämna ut UTAB:s prisbilaga 3 därför att denna under dessa förhållanden inte har någon betydelse som bevis. Det finns således inte skäl för att bifalla det av bolaget framställda editionsyrkandet.

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


Barbro Stenstad


Lennart Berglund
referent


Johan Rubenson


/Marie Andersson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2012-05-08
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
855-12 E
856-12 E

SÖKANDE

1. LBC-Frakt i Värmland AB, 556478-0293 (mål nr 855-12)

Ombud:
Advokat Björn Larsson
Ahlford Advokatbyrå AB
Box 644
651 14 Karlstad

2. Värmlandsschakt ekonomisk förening, 773200-3079 (mål nr 856-12)

Ombud:
Advokat Lena Kvillerud
Ahlford Advokatbyrå AB
Box 644
651 14 Karlstad

MOTPART

Karlstads kommun
Upphandlingsenheten
651 84 Karlstad

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandena om att Ulvsby Transport AB:s prisbilaga 3 ska tillhandahållas samt ansökningarna i övrigt.

BAKGRUND

Karlstads kommun (kommunen) genomför för Karlstads och Hammarö kommuner en offentlig upphandling av transport- och anläggningstjänster utöver kommunernas eget fordonsbestånd. Tjänsterna är uppdelade i två delar; del A lastfordon med förare och del B entreprenadmaskiner med förare. Delarna utvärderas var för sig och leverantörerna kan lämna anbud på en del eller på båda. Kommunen har den 20 februari 2012 beslutat för del A att anta Ulvsby Transport AB (UTAB) med rangordning 1, LBC-Frakt i Värmland AB (LBC) med rangordning 2 och Värmlandsschakt ekonomisk förening (Värmlandsschakt) med rangordning 3 samt för del B att anta UTAB med rangordning 1, Värmlandsschakt med rangordning 2 och LBC med rangordning 3.

YRKANDEN

LBC yrkar såvitt avser del A dels att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att LBC tilldelas upphandlingen alternativt att upphandlingen ska göras om, dels att förvaltningsrätten förelägger kommunen att tillhandahålla UTAB:s prisbilaga 3.

Värmlandsschakt yrkar såvitt avser del B dels att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att Värmlandsschakt tilldelas upphandlingen, dels att förvaltningsrätten förelägger kommunen att tillhandahålla UTAB:s prisbilaga 3.

Kommunen bestrider bifall till ansökningarna.

PARTERNAS TALAN

LBC anför i huvudsak följande

Förstahandsyrkandet

Upphandlingsföreskrifterna har varit sådana att upphandlingen skulle tilldelas den som avgivit lägsta totalpriset. Mot detta finns inget att erinra i och för sig.

Totalpriset har varit att bestämma som summan av ett antal delpriser och utvärderingen har skett genom att, för varje fordonspost, en bedömd årsvolym (bestämd av upphandlande enhet i upphandlingsunderlagen) varit att multiplicera med av leverantören offererat pris per timme för respektive fordon. Summan/produkten (årsvolym x timpris) för respektive fordonstyp har sedan summerats och har den erhållna summan fått utgöra det totalpris som utvärderingen gjorts efter. Mot detta finns inte heller något att erinra.

När LBC erhöll tilldelningsbeslutet önskade LBC kontrollera att utvärderingen skett på ett korrekt sätt och begärde därför att ta del av UTAB:s anbud; allt i syfte att kontrollera utvärderingen.

Kommunen lämnade inledningsvis endast ut UTAB:s anbud i vissa delar och gjorde gällande att stora delar av anbudet omfattades av sekretess. Efter att LBC begärt omprövning hävdades sekretessen på anbudet, förutom såvitt avser den av UTAB avgivna prisbilaga 3.

Det har därför inte varit möjligt för LBC att kontrollera att den summation som kommunen gjort i utvärderingen - och som enligt tilldelningsbeslutet legat till grund för att UTAB tilldelats upphandlingen - är riktig. LBC har sålunda inte beretts möjlighet att göra denna enkla kontrollräkning i syfte att kontrollera huruvida utvärderingen är riktig. Det är väl kanske inte omöjligt att summeringen har gjorts på ett riktigt sätt men som sagt har detta inte varit möjligt för LBC att kontrollera. Annan utväg står därför inte LBC till buds än att göra gällande att kommunen gjort en felräkning och - rätt räknat - LBC:s anbud är mer förmånligt än UTAB:s. Vid ett sådant förhållande ska rättelse ske och LBC tilldelas upphandlingen.

Kommunen har i sitt beslut att sekretessbelägga UTAB:s prisbilaga 3 hänfört sig till 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen och gjort bedömningen att det finns särskild anledning att anta att UTAB lider skada om delpriserna röjs. LBC kan inte biträda uppfattningen att det kan föreligga sådan särskild anledning att anta skada för UTAB att det finns grund att låta prisuppgifterna omfattas av sekretess. LBC yrkar därför med hänvisning till 20 § förvaltningsprocesslagen (FPL) och 37 kap. 8 § rättegångsbalken (RB) att rätten ska förelägga kommunen att tillhandahålla efterfrågad handling (UTAB:s prisbilaga 3 i dess helhet) som LBC med stöd av 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen ska få ta del av.

Andrahandsyrkandet

LBC gör gällande att det finns ett skall-krav i upphandlingen som är i strid mot 1 kap. 9 § LOU och reglerna om diskriminering varför upphandlingen rätteligen ska göras om.

Kommunen har ställt upp som skall-krav (P 3.3 Teknisk förmåga i anbudsunderlaget) att anlitade chaufförer ska ha minst ett års vana vid kommunala gräv- och körarbeten.

De arbeten som upphandlingen avser är på intet sätt särskilda. Det är ingen skillnad utföra körningsarbeten åt kommunen mot att utföra motsvarande körnings-/transportarbeten åt exempelvis Trafikverket, Landstinget, Peab eller andra privata uppdragsgivare. Transporttjänsterna är identiska och innefattar just inte annat än just transporter. Genom att ställa kravet att leverantörerna ska ha just kommunal erfarenhet har kommunen utan godtagbar grund uteslutit samtliga de entreprenörer som skaffat sig motsvarande erfarenhet och kunskaper genom att utföra arbeten åt annan.

Om inte kravet på kommunal erfarenhet angivits hade LBC kunnat erbjuda ett lägre pris. LBC har i sina led ett flertal entreprenörer som haft sin huvudsakliga verksamhet förlagd till annan bransch än den kommunala, men som likväl tveklöst har den tekniska förmåga m.m. som krävs för att klara även de uppdrag som förevarande upphandling avser. Dessa har dock inte kunnat komma ifråga i denna upphandling, varför LBC haft ett begränsat urval av medlemmar/entreprenörer att välja mellan, vilket i sin tur självklart slagit på prissättningen.

Värmlandsschakt anför i huvudsak följande

Förstahandsyrkandet

Av upphandlingsföreskrifterna framgår under punkten 3.3 Teknisk förmåga, att anlitad maskinist ska ha minst ett års erfarenhet av arbeten inom kommunala grävarbeten. Av UTAB:s anbudsformulär framgår att rutan med att samtliga skall-krav för del B uppfylls inte är ikryssad. Vidare framgår av UTAB:s anbud, bilaga 5 Organisation – personalresurser, att de medarbetare som praktiskt utför entreprenadmaskinstjänster har den utbildning och erfarenhet som krävs och av bilaga 8 till anbudet att UTAB avser att anlita Värmlandsschakt och KEWAB som underleverantör för att utföra uppdraget. Värmlandsschakt gör gällande att UTAB:s personal inte har den kompetens som är ett skall-krav varför anbudet skulle ha diskvalificerats i samband med kvalificeringsfasen.

Anbudsfrågan anger som skall-krav att minst 16 entreprenadmaskiner ska omfattas av anbudet, om man väljer att lämna anbud på en väghyvel, vilket UTAB gjort, omfattar anbudet minst 17 maskiner. UTAB:s anbud omfattar 51 entreprenadmaskiner. Värmlandsschakt menar att anbudsgiva-

ren också ska kunna bemanna det antal fordon som anbudet avser med behöriga förare för att budet ska gå vidare till utvärdering.

Värmlandsschakt har i dag avtal med kommunen avseende anläggnings-tjänster. Värmlandsschakt har permanent 14 maskiner som arbetar under avtalet, efter behov fler. UTAB är medlem i Värmlandsschakt. UTAB tillhandahåller 4 av de fordon som permanent arbetar under avtalet. UTAB har i dag 5 maskinister som uppfyller skall-kravet såvitt avser erfarenhet av kommunal verksamhet i ovan angivna upphandlingsföreskrifter. Värmlandsschakt kommer inte att åta sig uppdrag som underleverantör till UTAB, varför den kompetens som dess maskinister har inte kommer att kunna ianspråkta av UTAB. KEWAB:s maskinister har inte heller den erfarenhet som angivet skall-krav anger.

En riktig utvärdering av anbuderna hade medfört att UTAB inte erhållit upphandlingen. Vid ett sådant förhållande ska rättelse ske och Värmlandsschakt tilldelas upphandlingen.

Andrahandsyrkandet

Utöver vad LBC anfört under sitt förstahandsyrkande anför Värmlandsschakt bl.a. följande. UTAB är medlem i Värmlandsschakt och alla medlemsföretags fakturering sker via Värmlandsschakt. I samband med fakturering av arbetena som omfattas av aktuell upphandling kommer därför Värmlandsschakt att erhålla kännedom om priserna i anbudet. Det saknas därför anledning att anta att UTAB lider skada om Värmlandsschakt får ta del av delpriserna.

Av tidigare praxis beträffande sekretess följer att prislistor regelmässigt inte ansetts kunna sekretessbeläggas (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 10 januari 2007 i mål 2769-06). Även RÅ 1992 not. 537 kan vara av intresse, i vilket domstolen inte fann grund för att sekretessbelägga prisuppgifter. Värmlandsschakt gör därför gällande att det saknas tillräcklig grund att sekretessbelägga innehållet i UTAB:s prisbilaga 3, varvid även ska beaktas det legitima intresset hos annan leverantör att ta del av anbudshandlingar i den omfattning som skäligen behövs för att kontrollera riktigheten av den genomförda upphandlingen och utvärderingen.

Kommunen anför i huvudsak följande

LBC:s förstahandsyrkande

UTAB har för kommunen särskilt framhållit just uppgifterna i prisbilagan som känsliga, med motiveringen att UTAB håller dessa uppgifter hemliga och att ett röjande av dem skulle vara ägnat att medföra skada för UTAB i konkurrenshänseende eftersom delprissättningen är ett viktigt konkurrensmedel. UTAB har vidare framfört att den aktuella upphandlingen avser en stor marknad med relativt få enskilda aktörer, där UTAB är en påtagligt mindre aktör än de båda övriga anbudsgivarna, som tillsammans samlar totalt ca 250 aktivt rörelsedrivande aktieägare respektive medlemmar. Av

detta kan enligt UTAB slutsatsen dras att de båda övriga anbudsgivarna har avsevärt större möjligheter att sprida den affärsmässiga risken i en enskild upphandlingsprocess (via sina aktieägare/medlemmar) än UTAB har.

Kommunen har bedömt att fog objektivt sett synes finnas för UTAB:s inställning ifråga om uppgifterna i prisbilagan. Följaktligen har kommunen funnit att de sekretessbelagda uppgifterna avser information rörande affärs- och driftförhållanden, som UTAB håller hemlig och vars röjande skulle vara ägnat att medföra skada för UTAB i konkurrenshänseende, i vart fall tiden innan kontrakt tecknas. Avseende sådan information, så kallade yrkeshemligheter enligt 38 kap. 8 § andra stycket 3 rättegångsbalken krävs för tillhandahållande att synnerlig anledning förekommer. Som kommunen ser saken saknas sådan kvalificerad anledning.

LBC:s andrahandsyrkande

Det kan inledningsvis för tydlighets skull konstateras att samtliga tre anbudsgivare - således även LBC - av kommunen har bedömts vara kvalificerade. Det av LBC ifrågasatta kravet på förarkompetens har vare sig formulerats eller använts som ett kvalifikationskriterium utan är i stället ett särskilt kontraktsvillkor.

Vad gäller kommunens krav på leverantörens tekniska förmåga i materiellt hänseende enligt punkt 3.3 i upphandlingsföreskrifterna, måste det ifrågasatta tredje stycket enligt punkten läsas i ett sammanhang med de båda övriga föregående styckena. Vad kommunen avsett framhålla med kraven enligt punkt 3.3 har varit att de upphandlade tjänsterna måste kunna levereras anpassade för kommunens behov. Dessa behov varierar starkt beroende de konkreta uppdragen - sålunda ställs det exempelvis naturligen betydligt större krav på en förare som ska leverera grus för en akut reparation av en avgrävd vattenledning i ett trångt utrymme vid svår väderlek än när motsvarande leverans ska ske utan sådana komplicerande faktorer. Behoven kan allmänt sett sägas ha en kommunal särprägel såtillvida att kommunen bär det övergripande ansvaret för en stor del av den samhällseliga infrastrukturen, av vilket följer bland annat krav på kommunen på snabb inställelse och snabbt åtgärdande. I upphandlingen har detta delvis framhållits genom de krav som formulerats i första och andra styckena. Kravet enligt det tredje stycket kompletterar de båda föregående styckena, där det är erfarenhetens längd som är det väsentliga rör kommunens del. Ordet kommunala används endast för att framhålla köruppdragens diversifierade karaktär, mot bakgrund av vad som ovan nämnts, och saknar självständig betydelse för bestämningen av kravets innebörd, såväl formellt som materiellt. LBC måste därför, enligt kommunens mening, mot denna bakgrund objektivt sett anses sakna fog för att uppfatta kravet på det bokstavligen sätt man uppger sig ha gjort.

Även om LBC skulle ha anses ägt uppfatta kravet på det sätt man gör gällande, ifrågasätts att det i så fall verkligen har påverkat LBC:s anbudspriser på det sätt man påstår, med uppgiven skada som följd.

Värmlandsschakts förstahandsyrkande

Kompletterat anbudsformulär

Att anbudsformuläret från UTAB saknade ett kryss var ett uppenbart förbi-seende, vilket framgår av att ingen av rutorna för ja eller nej hade kryssats i. UTAB har därför i efterhand tillåtits komplettera sitt anbud genom att kryssa i rutan för ja. UTAB har för övrigt redan genom uppgifterna i sitt anbud i praktiken uppgett att man uppfyller skall-kraven för del B.

Påstådd bristande förarkompetens

Kommunen har vare sig formulerat eller avsett att uppställa kravet på förarkompetens som ett kvalifikationskrav utan i stället som ett särskilt kontraktsvillkor. Det är också så som kommunen har tillämpat det med avseende på samtliga anbudsgivare. Som kommunen ser det hade det snarast varit oproportionerligt att uppställa kravet som en del i kvalifikationsfasen, eftersom det väsentliga är att denna produktionsresurs finns tillgänglig från och med avtalsdagen.

Skulle det ändå bedömas att kravet uppställts som ett kvalifikationskrav, vill kommunen framhålla att en upphandlande myndighet inte är skyldig att kontrollera att uppgifter i ett anbud är riktiga så länge det inte finns anledning att kontrollera dem. Några sådana uppgifter har inte framkommit vid kommunens anbudsutvärdering. Tvärtom har UTAB genom sin redovisning av vilka underentreprenörer man kommer att anlita för uppfyllelsen av sina avtalsåtaganden förstärkt bilden av att man är en habil entreprenör.

Kommunen har inte anledning att kommentera Värmlandsschakts uppgift om att man inte avser att åta sig uppdrag som underentreprenör till UTAB, eftersom den uppgiften inte har lämnats av UTAB. Det kan vidare noteras att punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget ställer som krav att vinnande leverantör kan redovisa vilka underentreprenörer som kommer att anlitas först vid kontraktstecknandet. Under alla omständigheter bedömer kommunen att UTAB kommer att kunna uppfylla åtagandena enligt ett eventuellt avtal även om endast KEWAB skulle användas som underentreprenör.

Särskilt om antalet offererade fordon

Värmlandsschakt framför uppfattningen att UTAB skulle ha att bemanna samtliga de 51 fordon som UTAB:s anbud omfattar. Som kommunen uppfattar det menar Värmlandsschakt att det borde krävas av UTAB att kunna tillhandahålla 51 förare som uppfyller det ställda kompetenskravet.

Inte någonstans i förfrågningsunderlaget har kommunen uttryckt sig på ett sätt som är förenligt med Värmlandsschakts uppfattning i denna del. Här kan för övrigt rent allmänt anföras att den upphandlande enheten i princip själv får bestämma vilka krav som ska ställas i en upphandling och hur förfrågningsunderlaget ska utformas. Ett krav av den innebörd som Värmlandsschakt synes hävda, hade sannolikt ansetts strida mot kraven på icke-diskriminering och proportionalitet.

Prisbilagan

Värmlandsschakt argumenterar i sin inlaga för att kommunens ställningstagande i utlämnandefrågan är felaktigt. Den saken är föremål för särskild prövning vid Kammarrätten i Göteborg och angår därför förevarande mål. Kommunen avser därför inte att kommentera vad Värmlandsschakt anför i detta hänseende. Som kommunen ser det är inte 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen tillämplig eftersom den efterfrågade handlingen inte har gjorts till del av handlingarna i målet hos domstolen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser i LOU och andra lagar

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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

En upphandlande myndighet får enligt 9 kap. 8 § LOU tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får också begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I 9 kap. 9 § LOU föreskrivs att en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de be-

slut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

Av 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) och 38 kap. 8 § rättegångsbalken (1942:740), framgår att om en allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten besluta att handlingen ska tillhandahållas. Detta gäller dock inte för handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, med mindre synnerlig anledning förekommer.

I 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) anges att sekretess inte hindrar att en enskild eller en myndighet som är part i ett mål eller ärende hos domstol eller annan myndighet och som på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen, tar del av en handling eller annat material i målet eller ärendet.

Förfrågningsunderlaget

3.3 TEKNISK FÖRMÅGA

Leverantörens maskinister skall vid behov från kommunen kunna gå ur grävmaskinen och hjälpa till på plats.

Kommunen skall vid behov kunna avropa maskinister/chaufförer med stor erfarenhet av grävning/körning i trånga utrymmen i närheten av olika ledningsnät t ex vatten-, avlopp-, dagvatten-, el, fjärrvärme, tele, fiber.

Anlitade maskinister/chaufförer skall ha minst ett års erfarenhet av arbeten inom kommunala gräv- och körarbeten.

3.5 UNDERLEVERANTÖRER/ENTREPRENÖRER

Vid avtalsskrivning se pos 3.12.1-3.12.2 skall leverantören kunna redovisa vilka underleverantörer/entreprenörer som de kommer att anlita för uppdraget. Leverantören ansvarar gentemot kommunen för underleverantör/entreprenör, som för eget arbete.

3.12.2 Del B Entreprenadmaskiner med förare

Leverantören skall vid anbudstillfället garantera att de har tillgång till ett minsta antal maskiner inom varje maskintyp (maskintyp = t ex hjullastare, grävmaskiner) med steg 3 eller steg 3B/+ fr o m 20 juni 2012 för att kunna

lämna anbud. Se prisspecifikationen bilaga 3 vilka minsta antal som gäller. Inställelsetiden skall vara för hjulburna grävmaskiner inom 4 timmar, bandburna grävmaskiner inom 1 dygn och hjullastare inom 4 timmar, räknat från beställningens mottagande.

Leverantören skall ange i sitt anbud antal maskiner inom varje maskinklass som uppfyller ställda krav vid anbudstillfället samt hur många som kommer att uppfylla kraven fr o m 20 juni. Vid avtalsskrivning skall leverantören kunna redovisa vilka entreprenörer som kommer att köra, deras reg.nr, vilka miljökrav de uppfyller vid avtalsskrivning samt hur de kommer att uppfylla det fr.o.m. den 20 juni t ex genom kopia på beställning av ny maskin, hyra av maskin, beställning av ny motor mm. Om inte leverantören kan redovisa detta vid avtalsskrivning kommer avtal att skrivas med leverantör med rangordning 2 och 3 i stället.

Förvaltningsrättens bedömning

Skall-krav beträffande erfarenhet av kommunala arbeten

Den första frågan i målet är om skall-kravet i 3.3 beträffande att maskinister/chaufförer ska ha minst ett års erfarenhet av arbeten inom kommunala gräv- och körarbeten strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU, framför allt kravet på proportionalitet. En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vad man vill upphandla och vilka krav som ska ställas på det som ska upphandlas. Proportionalitetsprincipen förutsätter dock att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Uppställda krav får inte heller vara onödiga eller oproportionerliga (jfr prop. 2009/10:180 s. 91).

Av praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 1 mars 2012 i mål nr 9636-11). För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträlvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträlvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande

alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet. Enligt förvaltningsrättens mening är det som kommunen anfört en viss skillnad på att utföra arbeten (ibland akuta) inom tätort med trafik, människor och byggnader runt omkring, jämfört med andra arbeten där dessa svårigheter inte föreligger. Förvaltningsrätten finner därför att kravet, som avser endast ett års adekvat erfarenhet, är att anse som proportionerligt och att det därmed saknas skäl att besluta om ingripande i detta avseende.

UTAB:s uppfyllande av skall-krav

Frågan är därefter om UTAB och dess anbud uppfyller de skall-krav som Värmlandsschakt aktualiserat. Vad gäller uppgift i anbudsformuläret om att samtliga skall-krav uppfylls får avsaknaden av kryss i en ruta ses som ett uppenbart fel som kunnat rättas med stöd av 9 kap. 8 § LOU. Det saknar enligt förvaltningsrättens mening betydelse om initiativet till rättelsen/förtydligandet kommer från UTAB eller kommunen då kommunen har möjlighet att begära förtydligande. Det har inte heller framkommit att det är något annat krav som är ifrågasatt än det som avser antal förare m.m. som prövas i detta mål.

Som framgår av skall-kraven i 3.12.2 Del B ska leverantören vid anbudstillfället garantera att den har tillgång till ett minsta antal maskiner inom angivna inställetider samt i sitt anbud ange antal fordon som uppfyller ställda krav vid anbudstillfället och hur många som kommer att uppfylla kraven från och med den 20 juni 2012. Först vid avtalstecknandet ska leverantören redovisa vilka som kommer att köra och vilka fordon/maskiner som kommer att användas. Det har inte framkommit annat än att UTAB uppfyller de krav som gäller vid anbudstillfället och därmed är kvalificerad för utvärdering. Vad Värmlandsschakt anfört i övrigt föranleder inte någon annan bedömning.


Editionsyrkande m.m.

Den åberopade bestämmelsen om edition i 38 kap. 8 § rättegångsbalken gäller inte om yrkeshemlighet skulle uppenbaras genom att handlingen visas. Som framkommit i målet är frågan om sekretess på grund av yrkeshemlighet under prövning i kammarrätten (mål nr 2279-12, vilket ännu inte är avgjort) och förvaltningsrätten finner mot bakgrund härav, samt att det inte framkommit synnerlig anledning att besluta om tillhandahållande, att yrkandet om edition ska avslås. Vidare är 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen inte tillämplig då de aktuella uppgifterna inte ingår i förvaltningsrättens material.

Enligt förvaltningsrättens mening får LBC:s och Värmlandsschakts yrkande om edition och vad de anfört kring detta även uppfattas så att de gör gällande att kommunen brutit mot bestämmelsen i 9 kap. 9 § LOU, genom att inte redovisa hur UTAB:s anbudssumma har beräknats och därmed inte angett skälen för tilldelningsbeslutet. I detta avseende är emellertid först att anmärka att det är fråga om lägsta pris som tilldelningskriterium med en förhållandevis enkel beräkning av i förfrågningsunderlaget angivna mängder multiplicerat med olika à-priser från leverantörerna och en summering av delpriserna. Någon nämnvärd risk för felräkning eller felbedömning torde därmed inte föreligga, förutsatt att den eller de som räknat har iakttagit normal försiktighet och noggrannhet med kontrollräkning, vilket förvaltningsrätten utgår från är fallet. Det har inte heller framkommit några omständigheter som ger anledning till misstanke om att fel har begåtts. Beträffande del A är skillnaden mellan UTAB:s och LBC:s anbudssumma 28 800 kronor och för del B är skillnaden mellan UTAB:s och Värmlandsschakts anbudssumma drygt 1,3 miljoner kronor. Även med beaktande av den begränsade skillnaden i del A bedömer förvaltningsrätten att kommunen får anses ha fullgjort sina skyldigheter enligt 9 kap. 9 § LOU i denna del och beträffande del B torde det vara närmast uteslutet att en felräkning

har medfört att UTAB:s anbud blivit så mycket lägre än Värmlandsschakts anbud. Förvaltningsrätten finner sammantaget att det inte framkommit skäl för ingripande mot upphandlingen och ansökningarna ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU).



Bo Forsberg

Målet har handlagts av förvaltningsrättsjuristen Göran Wirdéus

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

