



SÖKANDE

Taxi Göteborg Ekonomisk förening, 757200-4351

Ombud: Advokaten Roger Wier och jur. kand. Christoffer Erlandsson

MOTPART

Lerums kommun

Ombud: Upphandlingschefen Lisa Edler

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2019-04-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Lerums kommun (kommunen) genomför en upphandling av Skolskjuts, dnr KS17.817. Upphandlingen omfattar fem anbudsdelar och anbud kan lämnas på en eller flera anbudsdelar.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 16 november 2018 framgår att Nettbuss AB (Nettbuss) har vunnit upphandlingen avseende anbudsdel 5.

YRKANDEN M.M.

Taxi Göteborg Ekonomisk förening (Taxi Göteborg) ansöker om överprövning av anbudsdel 5 och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny kvalificering och utvärdering av anbuderna ska genomföras, varvid anbudet från Nettbuss ska förkastas då detta inte uppfyller alla obligatoriska krav. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om, dels på grund av en otillåten sammanblandning av leverantörs-kvalificeringen och anbudens utvärdering, dels att upphandlingen är utformad i strid med principerna om transparens och likabehandling. Bolaget anför vidare bl.a. följande.

Bristande kravuppfyllelse

Av förfrågningsunderlaget framgår att uppdraget i anbudsdel 5 lämpligen ska utföras med personbil medan uppdragen i de andra anbudsdelarna lämpligen ska utföras med buss. Det är en tydlig skillnad mellan typen av uppdrag som anges i anbudsdel 5 och övriga anbudsdelar, då det förstnämnda historiskt sett utförs med personbil och de övriga uppdragen med buss. Anbudsdel 5 avser också i hög grad färdtjänst för barn med särskilda behov, vilket innebär att kraven på detta väsentligen skiljer sig från annan skolskjutsverksamhet.

Det är uppenbart att om ett referensuppdrag ska anses vara ett likvärdigt uppdrag ska detta i vart fall omfatta samma typ av skolskjuts med personbil. Vidare är det uppenbart att kommunen har ställt krav på att referensuppdragen ska vara likvärdiga var och en av de anbudsdelar som en leverantör avser att lämna anbud på.

Nettbuss har lämnat två referensuppdrag, ett för Hallandstrafiken och ett för kommunen. Det förra referensuppdraget avser enbart utförande av skolskjuts med buss. Detta referensuppdrag omfattar alltså inte transport med personbil eller för barn med särskilda behov. Referensuppdraget är därför inte ett sådant uppdrag som karaktäriserar anbudsdel 5. Det senare referensuppdraget omfattar visserligen likartad skolskjutstrafik som sker med personbil men har inte utförts av Nettbuss i egen regi utan genom nyttjande av underleverantörer, däribland Taxi Göteborg. Nettbuss har inte heller åberopat annans kapacitet eller resurser och kan därför inte nyttja uppdraget för kommunen som ett referensuppdrag för att styrka den egna kompetensen och erfarenheten. Nettbuss anbud uppfyller därmed inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och ska därför förkastas.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier

Enligt praxis får kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra ett projekt inte utgöra kriterier för tilldelning, dvs. utvärderingskriterier. Kommunen har i utvärderingen ställt ett flertal frågor till referenterna rörande leverantörens förmåga att utföra referensuppdraget, bl.a. frågor om bemötande och om att hålla tider. Kommunens påstående att frågorna till referenterna syftar till att bedöma hur väl tjänsten kommer att utföras bestrids. Dessa frågor är inte ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan tar i stället sikte på leverantörens kvalifikationer. Då upphandlingen inte heller avser

intellektuella tjänster får denna typ av kriterier därtill inte alls ställas upp som utvärderingskriterier. Det har därmed skett en otillåten sammanblandning av leverantörskvalificeringen och kommunens utvärdering av anbuden i strid med 4 kap. 1 § LOU.

Brister i transparens och likabehandling

Det finns tydliga och naturliga kopplingar mellan kraven på de referensuppdrag anbudsgivaren ska lämna och utvärderingen av de enskilda anbudsdelar som anbud lämnas på. Det är därför naturligt att uppfatta det aktuella kravet på så sätt att återopade referensuppdrag ska vara likvärdiga just den aktuella anbudsdelen eller anbudsdelarna som anbud lämnas på. I vart fall är det naturligt för en normalt omsorgsfull och rimligt informerad leverantör att uppfatta förfrågningsunderlaget på detta sätt. Denna uppfattning styrks ytterligare av att det i förfrågningsunderlaget ställs krav på att anbudsgivaren ska ha kapacitet att utföra uppdrag inom avtalad anbudsdel. Om begreppet likvärdigt inte tolkas med ledning av andra ställda krav och beskrivningar i förfrågningsunderlaget ges kommunen en i praktiken helt fri prövningsrätt. Om det tydligt framgått av förfrågningsunderlaget att det varit möjligt att lämna referensuppdrag som endast generellt omfattar skolskjuts hade Taxi Göteborg kunnat lämna in ett annat referensuppdrag och därmed haft möjlighet att erhålla en högre poäng från sina referenter. Sammanfattningsvis är kraven som ställs på referensuppdragen så otydliga att de står i strid med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Upphandlingsfelen har medfört att Taxi Göteborg inte har getts möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud och därmed gått miste om att tilldelas upphandlingen.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Bristande kravuppfyllelse

Kommunens kvalificeringskrav på referenser syftar till att säkerställa att leverantörerna har erfarenhet av skolskjuts (likvärdigt uppdrag) och därmed teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra uppdraget. Något krav på att det ska vara två referensuppdrag per anbudsdel har inte ställts upp, utan kravet avser skolskjuts. Den utvidgning av kravet som Taxi Göteborg gör står alltså inte i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget och innebär en begränsning av konkurrensen. Taxi Göteborg gör gällande att bedömningen av "likvärdigt uppdrag" ska tolkas utifrån dels skrivningen om "lämpligt fordon", dels utifrån samtliga kontraktsvillkor. Skrivningen under respektive anbudsdel om vad som kan vara ett lämpligt fordon för att utföra uppdraget är inte ett kvalificeringskrav och är inte heller styrande för vad som ska bedömas som ett likvärdigt uppdrag. Det är en beskrivning av hur uppdraget ska utföras. De krav som ställs på utförande av uppdraget regleras i kontrakt med vald leverantör. Dessa kontraktsvillkor prövas inte i kvalificerings- och utvärderingsfasen och kan därför inte läggas till grund för en utslutning på sätt Taxi Göteborg nu gör gällande. Nettbuss har lämnat anbud på alla delar i upphandlingen och uppfyller kravet på referenser och har styrkt sin erfarenhet av uppdraget. Nettbuss har haft kontraktet för Lerums kommun och kan således åberopa det som referens, även om Taxi Göteborg har varit underleverantör. Det avgörande är att Nettbuss har varit avtalspart och haft ansvar för uppdraget. Skäl för att förkasta Nettbuss anbud finns inte.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier

För att säkerställa att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet tilldelas uppdraget har kommunen valt att utvärdera förhållandet mellan pris och kvalitet. I 6 kap. i förfrågningsunderlaget framgår tydligt hur utvärderingen kommer att gå till, bl.a. att två referenspersoner kommer att kontaktas. Vidare anges de frågor som ska ställas vid referenstagningen samt

poängskalan. Frågorna syftar till att bedöma hur väl tjänsten kan komma att utföras och inte leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det finns inget som hindrar att referenstagning används i utvärderingsfasen så länge de är avsedda att användas för att identifiera det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Detta oavsett föremålet för upphandlingen. Någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier har inte ägt rum.

Transparens och likabehandling

Enligt kommunens mening framgår det tydligt av förfrågningsunderlaget vad uppdraget avser, att referenserna ska avse likvärdigt uppdrag och hur referenstagningen för utvärdering ska gå till. En normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare kan utifrån detta lämna sitt bästa anbud. Anbudsgivaren har frihet att lämna de referenser de anser lämpliga. Förutsättningarna är därför lika för alla anbudsgivare. Taxi Göteborgs påstående att de hade kunnat lämna ett annat referensuppdrag om det tillräckligt tydligt framgått av förfrågningsunderlaget att det var möjligt att lämna referensuppdrag som endast generellt omfattar skolskjuts och då fått högre poäng är inte helt givet då, värderingen görs av de referenspersoner man lämnat. Kommunen har genomfört upphandlingen på ett likvärdigt och öppet sätt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i den aktuella upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har

brutit mot de grundläggande principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. Ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska kraven ska förkastas (jfr HFD 2016 ref. 37 I och II).

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen genomför en upphandling av skolskjutstrafik omfattande fem anbudsdelar. Taxi Göteborg klandrar tilldelningen av anbudsdel 5. Av punkten 1.5 *Anbudsdelar* i förfrågningsunderlaget anges att anbudsdel 5 omfattar transporter av dels särskoleelever inklusive korttidstillsyn, KTS, (skoldagar), dels elever med medicinska eller andra skäl från Lerums kommun till skolor i andra kommuner. Lämpliga fordon anges vara personbil för 1–8 passagerare och i vissa fall med specialfordon.

I punkten *1.6 Bakgrund och omfattning* i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha kapacitet att utföra uppdragen inom avtalad anbudsdel och har att beakta eventuella behov att öka eller minska antalet fordon/större fordon under avtalstiden i sitt anbud då ingen ersättning utgår för detta från kommunen. Upphandlingen omfattar skolskjuts till skolor inom Lerums kommun och i annan kommun samt transporter till och från KTS samt transporter mellan skolor under skoldagen.

I punkten *2.9 Referenser* i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att anbudsgivaren ska visa sin erfarenhet genom att ange två referensuppdrag samt att uppdragen ska avse uppdrag som är likvärdigt det som upphandlas och avse uppdrag hos extern kund.

I *6 kap. Utvärdering* i förfrågningsunderlaget anges att en prisavdragsmodell kommer att användas som utvärderingsmetod. Priset kommer att reduceras med ett visst antal kronor per fråga beroende på referenspoäng. Anbudsgivarens referenser kommer att ombes att besvara åtta angivna frågor.

Fråga om bristande kravuppfyllelse

I punkten *2.9 Referenser* i förfrågningsunderlaget anges att leverantören ska lämna två referensuppdrag som visar att leverantören har erfarenhet. Uppdragen ska avse uppdrag som är likvärdiga det som upphandlas. Något krav på att lämna två referensuppdrag per anbudsdel ställs inte upp, utan underlaget får förstås så att det är två referensuppdrag avseende skolskjuts som efterfrågas. Nettbuss har lämnat två referensuppdrag avseende skolskjuts. Det ena av dem har inte utförts i egen regi. Man har emellertid varit avtalspart och ytterst ansvarig för uppdragets genomförande. Nettbuss har sålunda lämnat två referensuppdrag som visar att man har efterfrågad erfarenhet av skolskjuts. Nettbuss uppfyller därför kravet på referenser.

Fråga om sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier

Bolaget gör gällande att det har skett en otillåten sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier samt att utvärderingen inte är ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan tar sikte på leverantörens kvalifikationer.

Kravet i punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska ge in två referensuppdrag syftar till att visa att anbudsgivaren har erfarenhet av skolskjutstrafik och såtillvida är lämplig för uppdraget. Den referenstagning som genomförts vid anbudsutvärderingen syftar emellertid till att utröna hur tidigare tjänster har utförts och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten, och sålunda inte att utröna anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Dessa delar avser anbudsgivarens lämplighet och har bedömts under kvalificeringsfasen.

Det finns inte heller hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr EU-domstolens avgörande i mål nr C-601/13, Ambisig). Denna slutsats bör gälla oavsett om föremålet för upphandlingen är intellektuella tjänster eller inte.

De bedömningsfrågor som nu har ställts till referenterna är att hänföra till kvaliteten på den skolskjuts som utförts, dvs. den tjänst som anbudsgivaren nu erbjuder kommunen, och inte till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier har därför inte förekommit i upphandlingen. Frågorna framstår vidare som relevanta för bedömningen av kvaliteten. Det har således inte kommit fram att kommunens förfarande i denna del strider mot de grundläggande principerna i LOU.

Fråga om transparens och likabehandling

Bolaget gör gällande att upphandlingen är utformad i strid med principerna om transparens och likabehandling samt även att kravet avseende referensuppdrag inte är tillräckligt tydligt utformat för att en normalt omsorgsfull och rimligt informerad leverantör har kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Det noteras att förfrågningsunderlaget visserligen hade kunnat utformas med större tydlighet men att det för en normalt omsorgsfull och rimligt informerad leverantör måste ha stått klart att det för att visa sin erfarenhet endast har krävts två referensuppdrag oavsett hur många anbudsdelar man lämnar anbud på samt att referenstagningen syftat till att bedöma kvaliteten av tidigare genomförda uppdrag. Vidare att det varit tillräckligt att referensuppdragen är likvärdiga det som upphandlas och att det stått anbudsgivaren fritt att välja lämpliga referensuppdrag. Omständigheten att det finns ett oundvikligt inslag av subjektivitet vid bedömningen av om ett referensuppdrag ska anses "likvärdigt" innebär inte att kommunen har någon fri prövningsrätt vid denna prövning eller att principerna som bär upp LOU har trätts för när. Möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud har sålunda inte begränsats. Förfrågningsunderlaget kan sammantaget inte anses stå i strid med principerna om transparens och likabehandling i LOU. Sammanfattningsvis har bolaget inte förmått visa att kommunen har genomfört upphandlingen i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Skäl för ingripande med stöd av samma lag saknas därmed. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Karin Hartmann

Rådman

Föredragande i målet har varit rättslige experten Michaël Koch.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

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

Vilken dag går tiden ut?

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

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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

