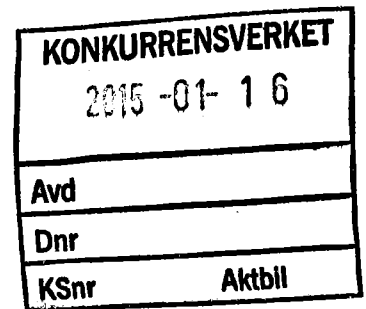




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-01-16
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
4271-14



SÖKANDE

Bergkvarabuss AB, 556294-9973
Box 853
391 28 Kalmar

Ombud: Advokaten Magnus Myrbäck och jur. kand. Mattias Wiklund
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Västtrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

Ombud: Advokaten Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Västtrafik AB (Västtrafik) genomför en upphandling, förhandlat förfarande, som benämns Trafik 2015:1. Upphandlingen är uppdelad i flera trafikåtaganden (anbudsområden). Genom tilldelningsbeslut har, såvitt avser TÅ 10 Orust och TÅ 40 Lerum, andra leverantörer än Bergkvarabuss AB (bolaget) antagits. Bolaget har ansökt om överprövning såvitt avser nämnda trafikåtaganden.

Dok.Id 150323

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Upphandlingsföremålet innefattar att leveratören inom avtalets givna ramar ska ansvara för drift av trafiken, medverka aktivt i tidtabellsarbetet och den långsiktiga trafikplaneringen, samt medverka vid lokala marknads- och informationsinsatser rörande trafikåtagandet. Leveratören kommer att ansvara för personal, fordon och övrig utrustning som krävs för att fullfölja åtagandena. Trafiken ska bedrivas med serviceinriktad och för uppgiften väl utbildad personal med bekväma fordon anpassade för ändamålet. Fordonen ska uppfylla i förfrågningsunderlaget ställda krav. Höga miljökrav kommer att ställas på fordonen. Västtrafik kommer också att ställa krav på fordonens yttre design samt inre färgsättning. Som tilldelningsgrund tillämpas lägsta pris, definierat som på visst sätt beräknat utvärderingspris.

Avseende anbudsprövningen anges bl.a. följande:

I ett första steg prövas om anbudet uppfyller ställda krav för godkännande enligt bilagan A0: Anbudsinnehåll. Om anbudet uppfyller ställda krav vid prövningen betraktas anbudet som godkänt. Om anbudet inte uppfyller ställda krav kommer det inte att betraktas som godkänt och går därmed inte vidare till utvärderingen. Godkänt anbud utvärderas därefter enligt avsnitt 6.3.1 – 6.3.10, beroende på kommande avtalsform. Anbud som innehåller reservationer, villkor eller på annat sätt inte uppfyller kraven, kommer inte att godtas. Västtrafik har rätt att ta upp förhandlingar med anbudsgivarna om anbudet. Anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Prisredovisning och redovisning av fordonsuppgifter, index samt i förekommande fall optioner ska lämnas på bifogade anbudsformulär: Bilaga A1: Anbudsformulär, Bilaga A2: Anbudsformulär och Bilaga A3: Anbudsformulär. Samtliga uppgifter som efterfrågas i formulären ska fyllas i för de trafikåtaganden som anbudet avser. I anbudet ska ingå samtliga kostnader som normalt uppkommer vid verksamhet av beskriven inriktning och

omfattning om inte annat anges i förfrågningsunderlaget. Samtliga priser som lämnas i anbudet ska anges i prisnivå oktober 2013. Priser ska anges exklusive mervärdesskatt.

I den i föregående stycke nämnda Bilaga A2: Anbudsformulär anges bl.a. att lämnade fordonsuppgifter ska överensstämma med de i Dokument B samt Dokument D (med underbilagor) angivna kraven för trafikåtagandet. Samtliga fordon ska anges i fälten nedan. Utöver tursatta fordon ska reservfordon anges. Antal reservfordon är upp till leverantören. Dock ska krav om lägsta andel reservfordon uppfyllas i enlighet med Dokument D. Miljökraven i upphandlingen återfinns i Dokument D med underbilagor (Bilaga D2 Miljökrav), där bl.a. följande anges. I anbudet ska leverantören lämna en beskrivning av hur trafikföretaget planerar att uppfylla miljökraven för samtliga år som avtalet avser. Beskrivningen ska innehålla ett resultat av en beräkning enligt avsnitt 12. Uppgifterna i beräkningen ska redovisa hur många kilometer som planeras per år för respektive fordonstyp och drivmedel, samt planerade fossilandelar i drivmedel. Om vagnparkens sammansättning och fördelningen av drivmedelsanvändning är samma under flera år, räcker det att ange vilka år varje sammanställning avser, d.v.s. varje år behöver inte redovisas. Om det under avtalets gång framkommer andra lösningar än de som leverantören planerat för kan de efter godkännande från Västtrafik användas om miljökraven uppfylls.

I miljökraven förekommer följande kravnivåer:

- Minimikrav: Kravnivå som för utsläppskrav rekommenderas i glest befolkade områden och för miljöarbete en nivå som rekommenderas i upphandlingar där leverantörer kan vara mindre företag som inte har resurser eller kunskap att bygga ett miljöledningssystem.
- Baskrav: Kravnivå som rekommenderas för normal trafik.
- Utökade krav: Kravnivå som rekommenderas där extra stränga krav önskas.
- Beställarens krav: Kravnivå som specificeras av Västtrafik.

Vad gäller avgaskrav anges som baskrav att de bussar som används för den upphandlade trafiken ska vara sådana att de inte överskrider angivna värden i g/kWh som ett genomsnitt per kalenderår (tabell 1: baskrav för klass I, II och III fordon).

Vad gäller drivmedel och energi anges bl.a. följande. Om diesellojla eller bensin används ska den vara av sämst miljöklass 1. Blanddrivmedel får användas om det består av ett biodrivmedel och ett drivmedel som uppfyller ovanstående krav. Den upphandlade trafiken ska använda fossila drivmedel till högst angiven nivå (tabell 2: beställarens krav). Andelen fordonskilometer beräknas enligt beräkningsanvisningarna. Biodrivmedel räknas inte som fossila drivmedel. Vid beräkning av emissioner (avgaser, utsläpp m.m.) ska angivna värden användas (tabell 5: värden vid beräkning av emissioner).

Av **tilldelningsbeslutet** med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Avseende TÅ 10 Orust har fyra leverantörer lämnat kvalificerade anbud. Av dessa hade anbudet från Buss i Väst AB (Bivab) det lägsta utvärderingspriset och antogs därför. Bolagets anbud hade det näst lägsta utvärderingspriset. Även avseende TÅ 40 Lerum har fyra leverantörer lämnat kvalificerade anbud. Av dessa hade anbudet från Nettbuss AB (Nettbuss) det lägsta utvärderingspriset. Bolaget hade även i denna del det näst lägsta utvärderingspriset.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, såvitt avser TÅ 10 Orust och TÅ 40 Lerum, får avslutas först sedan rättelse skett genom ny utvärdering. Därvid bör anbudet från Bivab förkastas såvitt avser TÅ 10 Orust och anbudet från Nettbuss förkastas såvitt avser TÅ 40 Lerum.

Västtrafik anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Västtrafik har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF genom att anta anbuden från Bivab och Nettbuss trots att dessa anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada eftersom bolagets anbud innehåller det näst efter nämnda anbud lägsta utvärderingspriset.

Anbuden från Bivab och Nettbuss

Anbuden från Bivab och Nettbuss saknar en sådan beskrivning av hur de planerar att uppfylla miljökraven som krävs enligt upphandlingens miljökrav. Bolaget har däremot i sitt anbud för respektive trafikåtagande lämnat de uppgifter som efterfrågats. Anbuden från Bivab och Nettbuss skulle således rätteligen ha förkastats.

Västtrafiks påstående om att anbuden från Bivab och Nettbuss innehåller all information som behövs för att kontrollera om miljökraven uppfylls är enligt bolagets mening felaktigt. Eftersom uppgifterna i dessa anbud inte inkluderar tomkilometer är de otillräckliga för att en beräkning enligt förfrågningsunderlagets föreskrifter ska kunna göras. Vidare ingår i båda anbuden fordon med olika miljöklasser som kommer att bytas ut under avtalstiden. Till undvikande av missförstånd får framhållas att det är fråga om en relativt komplicerad beräkning i de fall där leverantören erbjuder en blandad flotta med bussar, där bussar som i olika grad uppfyller olika miljöklasser, är avsedda att köra olika sträckor och bytas ut vid olika tidpunkter. Samtliga dessa variabler måste vara kända och ställas i relation till de

olika krav som gäller för olika avtalsår. Även om samtliga variabler skulle ha varit kända för Västtrafik, vilket de enligt bolaget inte varit, skulle en kontroll ha förutsatt ett förhållandevis omständligt och tidskrävande arbete. Resultatet av en sådan beräkning är inget som är uppenbart vid en granskning av handlingarna, utan kräver ett strukturerat arbetssätt med dokumentation av de ingående parametrarna för att säkerställa resultatet.

Västtrafik grundar sin bedömning på fördelningen mellan antalet fordon med miljöklass Euro V respektive Euro VI. Utöver att en sådan bedömning strider mot förfrågningsunderlagets föreskrifter eftersom körsträcka för respektive fordonstyp inte beaktas, finns det en risk att en sådan bedömning blir direkt felaktig eftersom fordon med Euro V-klass p.g.a. felaktig planering från leverantören kan komma att stå för en oproportionerligt stor andel av körsträckan.

Bolagets anbud

Det finns några signifikanta skillnader mellan innehållet i bolagets anbud och innehållet i anbuden från Bivab och Nettbuss. Framförallt har bolaget redovisat total körsträcka för respektive trafikåtagande.

Bolaget har i sin anbudsbilaga tydligt angivit att samtliga fordon kommer att ha miljöklass Euro VI från trafikstart samt att utsläppsvärdena kommer att överensstämma med de värden som gäller för Euro VI. Bolagets utsläppsvärden kommer således vid varje givet tillfälle att överensstämma med de värden som framgår av Euro VI-klassningen vid en tillämpning av förfrågningsunderlagets beräkningsmodell. Därmed har bolaget redovisat resultatet av en sådan beräkning som ska göras enligt förfrågningsunderlagets föreskrifter.

Västtrafik

Inställning

Västtrafik har inte brutit mot LOU genom att anta anbuden från Bivab och Nettbuss. Det finns därför inte skäl att besluta om åtgärd enligt LOU.

Anbudet från Bivab och Nettbuss

Vid prövning av anbudet från Bivab och Nettbuss har Västtrafik kunnat konstatera att anbudet innehåller beskrivningar av hur trafikföretagen planerar att uppfylla miljökraven. Visserligen saknar beskrivningarna de beräkningar som nämns i aktuella föreskrifter i förfrågningsunderlaget. Anbudet innehåller ändå alla de uppgifter som behövs för att Västtrafik ska kunna kontrollera att miljökraven uppfylls. Det noteras att det inte anges i förfrågningsunderlaget att beskrivningen ska lämnas på visst sätt, t.ex. i en separat handling. Västtrafiks förfarande vid bedömningen av anbudets uppfyllelse av miljökraven har vare sig varit tidskrävande eller inneburit en betydande arbetsinsats.

Det kan vidare konstateras att beräkningen inte behöver genomföras för att Västtrafik ska kunna konstatera att kravet avseende avgasvärdena är uppfyllda. Detta går att utläsa av de uppgifter som redovisats i Bilaga A2: Anbudsformulär.

Samtliga Euro VI-fordon kommer att understiga utsläppskraven för kväveoxider och partiklar. Euro V-fordon kommer att uppfylla utsläppskravet för kväveoxider fram till den 1 januari 2018 och utsläppskravet för partiklar under hela avtalsperioden. Vidare kan konstateras att RME är ett förnybart drivmedel av raps och rybs som kan användas i dieselmotorer; till skillnad mot diesel som är ett fossilt drivmedel som inte är förnybart. Anbudet från Bivab och Nettbuss innehåller uppgifter om miljöklass och drivmedel för offererade fordon.

I instruktionerna till hur bilagan Anbudsformulär Trafik 2015:1 ska fyllas i anges att det är antalet tidtabells-/utbudskilometer som används för kontroll av miljökravsuppfyllnad. Dessutom, eftersom prövningen av utsläppskravet och andelen fossila drivmedel har gjorts utifrån vagnparkens genomsnittliga sammansättning och drivmedelsanvändning har det vid prövningen av dessa krav inte haft någon avgörande betydelse om den skett med utgångspunkt i antalet körda kilometer inklusive eller exklusive tomkilometer.

Bolagets antagande om att Euro V-fordon på grund av felaktig planering kan komma att köra fler tomkilometer är irrelevant. Detta är ett hypotetiskt antagande utan verklighetsförankring. Mot bakgrund av vad som upplysts om drivmedel och miljöklass för Bivabs och Nettbuss respektive vagnpark är det helt osannolikt att dessa leverantörer skulle hamna i en situation där enstaka Euro V-fordon skulle köra en så stor mängd tomkilometer att det får en påverkan på uppfyllandet av miljökraven.

Bolagets anbud

Inte heller bolagets anbud innehåller en beskrivning som motsvarar aktuella uppgifter i förfrågningsunderlaget. Uppgifter om vilken typ av drivmedel som ska användas saknas. Bolagets beräkning av årsmedelvärde för avgasutsläpp har inte gjorts på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget. Utsläppsvärdet för varje buss multiplicerat med antalet kilometer som bussen körs i aktuellt avtal har inte redovisats. Vidare har alla tal inte summerats. Utsläppsmedelvärde har inte beräknats eller angivits i bolagets anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att den upphandlande myndigheten kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval").

Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69). Vad som uttalats om LOU under rubriken Gällande regler och i detta stycke gäller även avseende LUF.

Frågan i målet är om Västtrafik i enlighet med vad bolaget anför brutit mot LUF genom att utvärdera och anta anbud från Bivab och Netbuss. Det fel i upphandlingen som bolaget gör gällande är att upphandlingens miljökrav inte har tillämpats, alternativt har tillämpats på ett felaktigt sätt. Om Västtrafik befinns ha brutit mot LUF har förvaltningsrätten att pröva om felet i upphandlingen inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Av stadgad praxis framgår att det inte strider mot LOU/LUF att en upphandlande myndighet/enhet avviker från sådana obligatoriska krav som saknar betydelse för anbudsprövningen. Det krävs dock inte särskilt mycket för att en avvikelse ska anses ha sådan betydelse (jfr Kammarrätten i Stockholms domar den 15 augusti 2008 i mål nr 5553-08 respektive den 28 april 2011 i mål nr 6969-10, Kammarrätten i Göteborgs dom den 10 september 2013 i mål nr 3467-13 samt Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 augusti 2014 i mål nr 897-14). Vidare gäller att om anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav bedömts på ett likartat sätt har likabehandlingsprincipen inte trätts för när (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012 i mål nr 924-12).

Bolaget har gjort gällande att anbuden från Bivab och Nettbuss saknar en sådan beskrivning av hur de planerar att uppfylla miljökraven som krävs enligt upphandlingens miljökrav. Västtrafik har gjort gällande att Bivab och Nettbuss lämnat tillräckliga uppgifter avseende hur de planerar att uppfylla miljökraven. Det är ostridigt att det i anbuden från Bivab och Nettbuss saknas uppgifter om "resultat av beräkning enligt avsnitt 12". Parterna har motsatta uppfattningar om det finns tillräckliga uppgifter i anbuden från Bivab och Nettbuss för att på annat sätt konstatera att relevanta miljökrav uppfylls.

Enligt förvaltningsrättens mening innehåller anbuden från Bivab och Nettbuss uppgifter som motsvarar en beskrivning av hur de planerar att uppfylla miljökraven. Vidare anser förvaltningsrätten att de uppgifter om bl.a. miljöklass och drivmedel för offererade fordon som lämnats av Bivab och Nettbuss är tillräckliga för att visa att miljökraven uppfylls. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att bolaget inte mot Västtrafiks bestridande förmått göra sannolikt att Västtrafik brutit mot LUF. Ansökan ska därför avslås.

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

Kjell Hammarborg

Kristina Linderöth

Föredragande har varit Ulf Nordberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.