



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2016-10-10
Meddelad i Jönköping

Mål nr 1930-16

1

KLAGANDE
Vetlanda kommun
574 80 Vetlanda

Ombud: Advokat Siv Ann Andermyr
Andermyr Advokat AB
Box 70396
107 24 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2016-10-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 14 juni 2016 i
mål nr 1900-16, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår [REDACTED] med
[REDACTED] ansökan om överprövning.

Dok.Id 194691

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN

Vetlanda kommun yrkar att kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår [REDACTED] med [REDACTED] ansökan om överprövning.

[REDACTED] motsätter sig bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖR

Kommunen

Kommunen anför detsamma som i förvaltningsrätten med följande tillägg. Det är ostridigt att det inte uttryckligen anges krav i förfrågningsunderlaget att en leverantör ska inneha yrkestrafiktillstånd för gods redan i kvalificerings- eller utvärderingsfasen. Kommunen har rätt att förutsätta att anbudsgivare uppfyller de lagstadgade krav som krävs för att den aktuella tjänsten ska kunna tillhandahållas.

Rätt att kräva in bevis finns i 11 kap. LOU och därför är företeende av bevis ett sådant kvalificeringskrav som kan medföra att anbud kan förkastas om kravet inte uppfylls. Kommunen hade rätt att kräva in bevis för att tillstånd innehas inför tilldelningen av uppdraget, eftersom ett avtalstecknande och avtalsstart var nära förestående.

Kommunen kan inte godta en anbudsgivare som uppger att den avser att bilda ett aktiebolag som senare ska ansöka om yrkestrafiktillstånd. En anbudsgivare måste kunna ange vilken fysisk eller juridisk person som ska utföra uppdraget och utföraren måste inneha de kvalifikationer som uppställs i lag. Om detta inte uppfylls måste kommunen förkasta anbudet.

I förfrågningsunderlaget punkten 3.7 anges att anbudsgivare vid behov får åberopa andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Detta gäller emellertid inte grundläggande lagstadgade krav som uppställs på anbudsgivaren som yrkesutövare. Varken [REDACTED] eller [REDACTED] hade yrkestillstånd för gods vid tilldelningsbeslutet den 15 april 2016. ÖstSmå Taxi AB saknade också tillstånd tre månader efter tilldelningsbeslutet.

[REDACTED]

[REDACTED] anför detsamma som i förvaltningsrätten med följande tillägg. [REDACTED] har ombildats till ÖstSmå AB med [REDACTED] som styrelseordförande och [REDACTED] som styrelseledamot. Aktiebolaget har ansökt om yrkestrafiktillstånd. Kommunen har beräknat avtalsstart till den 9 maj 2016 och därmed har aktiebolaget haft tid att ansöka om tillstånd.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om ett i lag ställt krav om tillhandahållande av en tjänst måste framgå av förfrågningsunderlaget för att en anbudsgivare ska kunna uteslutas på den grunden att kravet inte är uppfyllt. I målet är ostridigt att det inte finns något krav i förfrågningsunderlaget på att en potentiell leverantör ska inneha yrkestrafiktillstånd för gods redan i kvalificerings- eller utvärderingsfasen.

Enligt principen om likabehandling krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare. Syftet med kravet på öppenhet är vidare att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndigheten. Kravet på öppenhet innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade – i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget – på ett klart, precist och entydigt sätt. Alla rimligt

informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt. Den upphandlande myndigheten ska på ett effektivt sätt kunna kontrollera om anbuden uppfyller upphandlingskriterierna (se Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 36).

EU-domstolen har konstaterat att likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet hindrar att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne inte uppfyller krav som inte uttryckligen följer av upphandlingsdokument eller av lagstiftning, utan som följer av en tolkning av nämnda lagstiftning och dokument (se C-27/15, punkt 51).

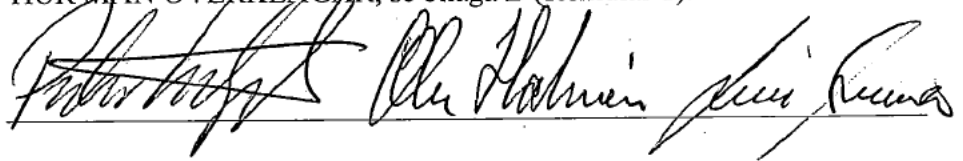
Föremålet för aktuell upphandling är tjänsten utförande av yrkestrafik. Av yrkestrafiklagen (2012:210) följer att yrkesmässig trafik får bedrivas endast av den som har yrkestrafiktillstånd. Att potentiella leverantörer har tillstånd är således en uppenbar förutsättning för att denne ska kunna utföra tjänsten. Enligt kammarrättens mening behöver inte förutsättningar som uttryckligen följer av lag anges som krav i förfrågningsunderlaget. Avsaknad av trafik-tillstånd kan således leda till förkastande av anbud. Frågan blir därmed när kravet behöver vara uppfyllt.

I avsaknad av relevant tidpunkt för kravets uppfyllande i förfrågningsunderlaget anser kammarrätten att det i vart fall ska vara uppfyllt vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet. [REDACTED] styr nämligen inte över om bolaget kommer att beviljas tillstånd, utan är beroende av en myndighetsprocess.

I målet är ostridigt att [REDACTED] inte hade yrkestrafiktillstånd vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet. [REDACTED] har åberopat en annan persons yrkestrafiktillstånd för att uppfylla kravet. Med hänsyn till att inte heller denne hade sådant tillstånd vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet

saknas skäl för kammarrätten att pröva om det är möjligt att åberopa någon annans tillstånd för att uppfylla ställda krav. Slutsatsen är därmed att [REDACTED] inte uppfyllde kravet på tillstånd vid tilldelningsbeslutet. Kommunen har alltså gjort rätt som förkastade anbudet från [REDACTED]. Överklagandet ska därför bifallas.

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



Kammarrättslagmannen Peder Liljeqvist (ordförande), kammarrättsrådet Ola Holmén (referent) och adjungerade ledamoten Lina Sandin har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Lena Lundblad

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING****DOM**
2016-06-14
Meddelad i
JönköpingMål nr
1900-16**SÖKANDE**
[REDACTED]**MOTPART**Vetlanda kommun
574 80 Vetlanda**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom ny anbudsprövning, varvid [REDACTED]
[REDACTED] anbud inte ska förkastas på den grunden att det inte uppfyller krav på yrkestrafiktillstånd.

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Vetlanda kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende matttransporter (dnr UH-2016-18). Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande och tilldelningsgrund är lägsta pris. Enligt utvärderingsprotokoll den 15 april 2016, vilket även utgör kommunens tilldelningsbeslut, har en annan leverantör än [REDACTED] med [REDACTED]
[REDACTED] antagits. [REDACTED] anbud har förkastats av den anledningen att [REDACTED] saknar yrkestrafiktillstånd.

[REDACTED] ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse

Dok.Id 198153

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

skett på så sätt att ny utvärdering görs där [REDACTED] anbud beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

[REDACTED]

Kommunen har handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU och försvårat för nystartade företag att delta i upphandlingen. Firmans anbud uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget. Det finns inte något obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare redan vid anbudsinlämning ska ha yrkestrafiktillstånd. Enligt lag ska yrkestrafiktillstånd finnas när yrkestrafik utförs och sådant tillstånd kommer att finnas senast vid trafikstart. Kommunen kan inte i efterhand ändra de obligatoriska kraven. Till anbudet har bifogats intyg som visar att annan persons resurser och kapacitet kan användas. I anbudet har vidare beskrivits att firman, för det fall den tilldelas kontraktet, kommer att ombildas till ett aktiebolag. Därför har det bifogats referenser och personuppgifter på personer som efter ombildandet kommer att sitta i ledningen och vara delägare i det nya bolaget. Det finns alltså alternativa lösningar på tillståndsfrågan. Anbud har lämnats in för att verksamhet ska kunna påbörjas. Enligt Transportstyrelsen saknas möjlighet att få trafiktillstånd innan fordon finns och verksamhet bedrivs. Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör använda sig av annans ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Firman borde ha tilldelats kontraktet eftersom dess anbud innehållit lägst pris. Firman har därför lidit skada.

Kommunen

[REDACTED] anbud har diskvalificerats eftersom firman saknar yrkestrafiktillstånd. [REDACTED] påstår felaktigt att kommunen i förfrågningsunderlaget inte uppställt obligatoriskt krav att kontrollera att yrkestrafiktill-

stånd finns. I punkten 3.5 i förfrågningsunderlaget anges att ytterligare bevis i enlighet med 11 kap. LOU på begäran ska kunna tillhandahållas. I detta fall avses sådant tillstånd. I punkten 1.5.2 i allmänna avtalsvillkor anges att säljaren ska genomföra uppdraget fackmannamässigt. Det innefattar att följa gällande lagstiftning, dvs. inneha yrkestrafiktillstånd. Enligt Konkurrensverket ska en upphandling inte belastas med lagkrav. Enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1071/2009 får bara den som har yrkestrafiktillstånd bedriva yrkesmässig verksamhet. Ansökan om yrkestrafiktillstånd görs hos Transportstyrelsen och prövningen där tar cirka tre till sex veckor. [REDACTED] har i förtydligande uppgett att firman saknar yrkestrafiktillstånd. Det har vid kontroll framkommit att [REDACTED] registrerades den 30 januari 2015 och ska bedriva taxiverksamhet samt person- och budtransporter. Något yrkestrafiktillstånd har ännu inte utfärdats. [REDACTED] har åberopat annan privatpersons resurser och kapacitet. Enligt 11 kap. 12 § LOU ska det dock vara fråga om andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Transportstyrelsen har även klargjort att [REDACTED] inte kan åberopa annans yrkestrafiktillstånd. Kommunen har inte brutit mot LOU eller de grundläggande unionsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 11 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 11 kap. 6 § LOU framgår följande. Den upphandlande myndigheten får begära att en anbudssökande och anbudsgivare visar att han eller hon är registrerad i aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register, som förs i det land där leverantörens verksamhet är etablerad. I stället för det

som anges i första stycket kan en anbudssökande och anbudsgivare avge en utsaga på heder och samvete eller vidta annan liknande åtgärd eller visa upp ett intyg. I samband med förfaranden för tilldelning av tjänstekontrakt får den upphandlande myndigheten begära att en anbudssökande eller anbudsgivare visar att han eller hon har ett särskilt tillstånd eller liknande i sitt hemland, om detta krävs för att tillhandahålla den aktuella tjänsten.

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

Utredning

I förfrågningsunderlaget punkten 3.5, benämnd teknisk och yrkesmässig kapacitet, anges bl.a. följande. Anbudslämnare ska ha en tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att kunna leverera kontrakt föremålet. Anbudslämnare ska i anbudet lämna en kortfattad företagspresentation som ska styrka att anbudslämnaren har förmåga att klara uppdraget. Presentationen bör innehålla uppgift om företagets huvudsakliga verksamhet, beskrivning av personalresurser, fordonsresurser etc. samt hur leveransen kommer att ske. --- Ytterligare bevis i enlighet med 11 kap. LOU ska på begäran kunna tillhandahållas.

I punkten 3.6, benämnd underleverantör, anges att i de fall anbudslämnare avser att anlita underleverantör/er ska dessa anges i företagspresentationen. Anbudslämnare svarar för underleverantörens arbete som för eget arbete.

I punkten 3.7 anges att anbudslämnare vid behov får åberopa andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Anbudslämnaren ska genom att tillhandahålla och i anbudet bifoga ett åtagande från företaget/-en i fråga eller på annat sätt visa att anbudslämnaren kommer att förfoga över nödvändiga

resurser när kontraktet ska fullgöras. Åtagandet från det/de andra företaget/en ska avse hela avtalsperioden.

Av utvärderingsprotokollet framgår bl.a. följande. [REDACTED] saknar yrkestrafikstillstånd för gods. Enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1071/2009 får bara den som har yrkestrafikstillstånd bedriva yrkesmässig trafik. [REDACTED] har i sitt anbud och i förtydligande hänvisat till annan persons resurser och kapacitet och kommande yrkestrafikstillstånd, vilket inte är godtagbart då anbudslämnaren måste inneha yrkestrafikstillstånd för gods.

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). En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen.

I förfrågningsunderlaget finns inte något uttryckligt obligatoriskt krav att en leverantör ska inneha yrkestrafikstillstånd redan i kvalificerings- eller utvärderingsfasen. Det som anges i punkten 3.5 i förfrågningsunderlaget utgör inte ett sådant obligatoriskt krav som medför att [REDACTED] anbud kan förkastas för att bevis om yrkestrafikstillstånd inte finns i detta skede.

Kommunen har uppgett att enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1071/2009 får bara den som har yrkestrafikstillstånd bedriva yrkesmässig verksamhet. Med detta som grund har kommunen förkastat [REDACTED] anbud, sedan företaget inte inför tilldelning av kontrakt kunnat visa upp yrkestrafikstillstånd. Det faktum att [REDACTED] inte i detta skede inne-

har yrkestrafiktillstånd betyder emellertid inte att företaget inte kommer att inneha tillstånd när det väl bedriver yrkesmässig verksamhet. Kommunen har således inte haft fog för att förkasta anbudet på ovan angiven grund.

Det får anses underförstått att kommunen inte avsett att upphandla ifrågavarande tjänster från en leverantör som inte innehar de tillstånd som krävs enligt lag. I förfrågningsunderlaget under rubriken allmänna avtalsvillkor anges i punkten 1.5.3 att uppdraget ska utföras fackmannamässigt. Uttrycket "fackmannamässigt" får anses innefatta ett krav att erforderligt tillstånd finns. Det framgår dock uttryckligen av förfrågningsunderlaget att detta utgör ett avtalsvillkor. Det är enligt förvaltningsrättens mening inte fråga om ett sådant villkor som måste vara uppfyllt redan vid inlämnande av anbud (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 25 mars 2013 i mål 6756-12 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 7 april 2015 i mål nr 5090-14 och den 28 november 2012 i mål nr 6247-12). Det har inte framkommit att [REDACTED] motsätter sig att uppfylla detta krav vid fullgörande av uppdrag.

Kommunen har genom att på angiven grund förkasta [REDACTED] anbud brutit mot principerna om öppenhet och likabehandling. Detta kan ha påverkat anbudsprövningens resultat till [REDACTED] nackdel. Därmed skulle bolaget ha kunnat lida skada i LOU:s mening. Felet är inte hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Rättelse får därmed anses vara en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom ny anbudsprövning där [REDACTED] anbud inte ska förkastas på den grunden att yrkestrafiktillstånd saknas.

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

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit David Film.

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. 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 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 krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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.