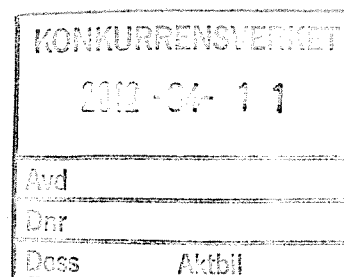




**SÖKANDE**

Buss i Väst AB, 556446-9343  
Storgatan 53  
411 38 Göteborg

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz  
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg



**MOTPART**

Töreboda Kommun, 212000-1678  
c/o Skövde Kommun  
Upphandlingsenheten  
541 83 Skövde

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens beslut den 21 februari 2012 upphör därmed att gälla.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

**Töreboda kommun (kommunen)** genomför en upphandling gällande skolskjutsar med buss. Upphandlingen genomförs med tillämpning av öppet förfarande.

**Buss i Väst AB (bolaget)** yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska göras om och anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Kommunen har utformat ett förfrågningsunderlag som brister vad avser de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget

Dok.Id 65900

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00  
**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

har inte varit tillräckligt förutsebart och transparent för anbudsgivarna. Kommunen har därvid frångått bolaget möjligheten att utforma ett optimalt anbud. Bolaget kan komma att lida skada om den pågående upphandlingen fullföljs. Bolaget lämnade anbud i upphandlingen och genom e-post från kommunen den 7 februari 2012 begärde kommunen att bolaget skulle godkänna den sammanräkning som gjorts avseende bolagets anbudssumma. Då bolaget fick del av kommunens sammanställning insåg bolaget att kommunen tolkat förfrågningsunderlaget tvärtemot dess lydelse. – I förfrågningsunderlagets punkt 6.2.1 anges följande avseende beräkning av förarkostnad: "Förarkostnaden beräknas alltid oavsett köruppdragets längd för minst 180 minuter. Skulle uppehållet efter ett sådant köruppdrag vara mindre än 30 minuter räknas det fortsatta köruppdraget som ingående i det ursprungliga köruppdraget. Om uppehållet är mer än 30 minuter men mindre än 90 minuter är det att anse som ett nytt köruppdrag för vilket ersättning skall utbetalas för minst 120 minuter. Skulle uppehållet vara 90 minuter eller mer är det ett nytt köruppdrag som varar minst 180 minuter." Beräkningen av förarkostnad får förstås som att ersättning för förarkostnad utges för varje enskilt köruppdrag. Det sätt på vilket bolaget tolkat förfrågningsunderlagets bestämmelser kan exemplifieras enligt följande.

Tur 1	6.50 – 7.27	Ersätts för 180 min.
Tur 2	7.30 – 8.10	Mindre än 30 min. uppehåll från Tur 1 och ingår därmed i ersättningen för Tur 1
Tur 3	12.25 – 13.08	Mer än 90 min. uppehåll från Tur 1/Tur 2 och ersätts för 180 min
Tur 4	15.05– 15.52	Mer än 90 min. uppehåll från tur 3 och ersätts för 180 min
Totalt		Totalt ger dagen ersättning för 540 min

Ovanstående exempel ger en total ersättning avseende förarkostnad för 540 min (180 min för Tur 1 och 2, 180 min för Tur 3 samt 180 min för Tur 4), d.v.s. 9 timmar. Enligt de beräkningar som kommunen gjort skulle motsvarande dag emellertid endast berättiga en förarkostnad för 416 min

(vilket motsvarar ca 7 timmar). Detta då Tur 3 och Tur 4 räknas samman. Denna tolkning stämmer emellertid inte överens med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Det saknas stöd i punkt 6.2.1 för att Tur 3 och Tur 4 ska räknas samman. Den skillnad som illustreras i ovanstående exempel (som är hämtat från en av de faktiska dagarna i förfrågningsunderlaget) är genomgående för hela den sammanställning som bolaget erhållit från kommunen. Med hänsyn till att kommunens otydliga förfrågningsunderlag medfört att bolaget lämnat anbud under felaktiga förutsättningar har bolaget efterfrågat om bolaget kunnat justera sitt timpris för förarkostnad från 253 kr per timme till 301 kr per timme. Detta för att den ersättningen för förarkostnad som kommer att utges ska motsvara det sätt som kommunen beräknar ersättningen på. Kommunen har motsatt sig en sådan justering från bolaget och angett att bolagets anbud kommer att förkastas om inte den sammanställning som kommunen upprättat godkänns. En upphandlande myndighet ska genomföra upphandlingar bl.a. på ett öppet sätt, d.v.s. att den gemenskrättsliga principen om transparens ska iakttas. Detta innebär bl.a. att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en anbudsgivare på grundval därav kan avgöra vad som avses med i förfrågningsunderlaget uppställda krav och däri angivna utvärderingskriterier samt hur utvärderingen av anbuden kommer att gå till. Ett förfrågningsunderlag ska således kännetecknas av öppenhet och förutsebarhet. Upphandlingen, särskilt vad gäller beräkningen av ersättning för förarkostnad, har inte varit förutsebar och transparent. Bolaget hänvisar till avgörande från Kammarrätten i Stockholm i mål 1805-10. – Principen om likabehandling utgör grunden för direktivet om offentlig upphandling och innebär bl.a. att alla anbudsgivare ska ges lika möjligheter att utforma sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten (se t.ex. avgörande från EU-domstolen i mål C-470/99 *Universale-Bau*). EU-domstolen har också i mål C-92/00 *Hospital Ingenierie Krankenhausetechnik* slagit fast följande fundamentala utgångspunkt för upphandlingsreglerna som särskilt belyser sambandet mellan

kravet på öppenhet och likabehandlingsprincipen: "Det följer dessutom av domstolens rättspraxis att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling, innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas". Av EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 IAC Construction följer att de utvärderingskriterier som den upphandlande myndigheten uppställer ska vara så tydligt och klart formulerade att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Vid prövningen av anbuderna ska utvärderingskriterierna tillämpas objektivt och enhetligt mot samtliga anbudsgivare. – Kommunen har i upphandlingen använt sig av tilldelningsgrunden lägst pris. Med hänsyn både till att priset utgjort enda tilldelningsgrund och till att det av anbudsgivarna offererade priset ligger till grund för den avtalsenliga ersättningen ställs höga krav på kommunen då sättet att offerera pris beskrivits. Att förfrågningsunderlaget varit otydligt och att kommunen själv inte entydigt kunnat redogöra för förfrågningsunderlaget kan också åskådliggöras med ett exempel från motsvarande upphandling för Skövde kommun. Upphandlingarna handläggs av samma person, genomförs i stort sett parallellt och har i det aktuella avseendet en identisk formulering i förfrågningsunderlagen. I Skövde kommuns upphandling ställdes bl.a. följande fråga:

"Vi önskar ett förtydligande beträffande ersättningskonstruktionen gällande hur antalet timmar man som entreprenör verkligen ersätts för enligt p. 6.2.1. Lämpligtvis förklarar med hjälp av konkreta exempel. Är exempelvis följande tolkningar korrekta om det är en buss med tre köruppdrag under dagen?"

**Exempel 1**

Första köruppdraget för dagen sker mellan kl 7-8. Ersätts med 3 timmar. Nästa köruppdrag sker mellan kl 12-13. Ersätts med 3 timmar (mer än 90 min mellan köruppdragen). Sista köruppdraget för dagen mellan kl 15-16. Ersätts med 3 timmar (också nu mer än 90 min mellan köruppdragen). Om denna tolkning är korrekt ersätts således detta bussomlopp med 9 timmar denna dag.

**Exempel 2**

Första köruppdraget för dagen sker mellan kl 7-8. Ersätts med 3 timmar. Nästa köruppdrag sker mellan kl 12-13. Ersätts med 3 timmar (mer än 90 min mellan köruppdragen). Sista köruppdraget för dagen mellan kl 14-15. Ersätts med 2 tim-

mar (mellan 30 och 90 min mellan köruppdragen). Om denna tolkning är korrekt ersätts således detta bussomlopp med 8 timmar denna dag."

Ovanstående fråga besvarades från Skövde kommun enligt följande: "Ja det är helt korrekt uppfattat, både exempel 1 och 2 är korrekta". Skövde kommun har däremot i ett senare publicerat svar ändrat sitt svar på ovanstående. – Enligt 9 kap. 8 § LOU har en upphandlande myndighet möjlighet att tillåta rättelser, förtydliganden och kompletteringar av ett anbud. Detta under förutsättning att så kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bolaget har efterfrågat en möjlighet att få justera sitt timpris med hänsyn till att offererat pris lämnats under felaktiga förutsättningar. Detta har kommunen nekat. Det är för bolaget svårförståeligt hur det skulle kunna anses vara särbehandlande eller konkurrensbegränsande om bolaget tillåts att höja sitt anbudspris. Det hade också funnits en möjlighet att låta samtliga anbudsgivare i upphandlingen justera sina timpris efter att ha fått del av de rätta förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. – Upphandlingen genomförs i strid med LOU. Till följd av att kommunen förutskickat att anbudet från bolaget kommer att förkastas lider eller riskerar bolaget att lida skada.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Kommunen har inte brutit mot de grundläggande principerna i LOU. Bolaget har valt att inte stå fast vid sitt anbud i upphandlingen. Därför kan deras anbud inte tas med till utvärdering. Det är en komplex uträkning av förarersättningen. Ersättning utgår för från "depån" ("fast kostnad"), ersättning för förare för varje 180 min och en rullkostnad som är rörlig. Uppgifterna matas in i ett program för att få fram ett pris. Detta pris ska sedan bekräftas av anbudsgivarna. Bolaget hänvisar till information i en annan upphandling som lämnats efter utgången av anbudstiden i aktuell upphandling. Detta kan inte ha påverkan i den här prövningen. Det är två olika upphandlingar som avses. – Bolaget har i sin ansökan om överprövning hänvisat till att förfrågningsunderlaget är otydligt avseende

ersättning för förarkostnad. I sin ansökan har de angivit en av turerna som exempel på hur de har uppfattat att uträkning ska göras. Detta exempel är taget från bilaga 5 till förfrågningsunderlaget. Där står det att läsa den exakta körtidskostnaden, 6,45 tim, som uppdraget avser. Där framgår även hur körtidskostnaden beräknas med angivande av minuter. Därmed kan förfrågningsunderlaget inte anses otydligt då det av sammanställningen framgår den exakta körtidskostnaden. Att hävda att man förstår förfrågningsunderlaget på så vis att man får betalt med 540 min (9 tim) i angivet exempel, är orimligt då den exakta förartiden framgår klart och tydligt. Lika tydligt är summan av körtidsberäkningen angivit för övriga turer i bilaga 5, vilka beräknas på exakt samma sätt som exemplet. – Grundregeln vid inlämnande av anbud är att detta efter inlämnande inte får ändras. Det är upphandlaren som bestämmer om en leverantör får rätta en uppenbar felskrivning eller annat fel. Bolaget vill i sin begäran om komplettering inte ändra antal timmar som anbudet ska beräknas på i sitt anbud, utan priset per timme. Det är således inte fråga om en felräkning eller felskrivning. Det är kommunens uppfattning att ett timpris inte kan ändras efter anbudstidens utgång. En sådan ändring kan inte anses påkallad med hänsyn till påstådd otydlighet i förfrågningsunderlaget.

**Bolaget** anför i yttrande i huvudsak följande. Att de uppgifter som lämnas av anbudsgivarna matas in i ett program för att få fram ett pris som anbudsgivarna ska godkänna tyder närmast på att ersättningsmodellen är så pass komplex att anbudsgivarna inte på förhand själva kunnat räkna ut vilket pris som blir utfallet av de lämnade uppgifterna i anbudet. En sådan modell är inte tillräckligt förutsebar och transparent. – Det saknar relevans att kommunen i bilaga 5 till förfrågningsunderlaget angett ”den exakta förartiden” för respektive dag. Det har i själva förfrågningsunderlagets huvudtext angetts hur ersättningen kommer att utges. Av denna formulering kan utläsas att ersättning kan komma att utges för mer än den faktiska körtiden, eftersom minimiersättning för ett körpass är ersättning för 180 min. I punkt 6.2.1 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att

"Förarkostnaden beräknas alltid oavsett köruppdragets längd för minst 180 minuter". Huvudtexten i förfrågningsunderlaget har också företräde framför bilaga 5 varför bolaget haft att utgå från i första hand punkt 6.2.1 i förfrågningsunderlaget.

### DOMSKÄL

Upphandlingen påbörjades före den 1 november 2011, varför LOU:s bestämmelser i dess lydelse före den 1 november 2011 ska tillämpas i målet.

I 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (2007:1091), 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.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt 5 § (ansökan om överprövning). I 5 § samma kapitel anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon 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 gjorts.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Bolaget har gjort gällande att förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet och transparens beträffande punkten 6.2.1 då det inte klart framgår hur förarkostnaden ska beräknas.

I förfrågningsunderlaget anges följande.

**6.2.1. Ersättning och index**

Transportören erhåller en ersättning exklusive mervärdeskatt enligt följande:

Fordon nr

Depå- + fordonskostnad kr/läsår.

Förarkostnad kr/timme.

Rullkostnad kr/vagnkilometer.

Förarkostnaden beräknas alltid oavsett köruppdragets längd för minst 180 minuter och rullkostnaden beräknas garage-garage. Skulle uppehållet efter ett sådant köruppdrag vara mindre än 30 minuter räknas det fortsatta köruppdraget som ingående i det ursprungliga köruppdraget. Om uppehållet är mer än 30 minuter men mindre än 90 minuter är det att anse som ett nytt köruppdrag för vilket ersättning skall utbetalas för minst 120 minuter. Skulle uppehållet vara 90 minuter eller mer är det ett nytt köruppdrag som varar minst 180 minuter.

Vid beräkning av ersättning skall under hela avtalstiden användas platser för fordons depå. Från och med den 1 juli 2013 räknas ersättningarna upp helårsvis enligt följande: Depå- + fordonskostnad med förändringen av KPI (konsumentprisindex), 100 %.

[---]

I bilaga 5 till förfrågningsunderlaget anges följande.

[---]

Starttider, sluttider samt körtid i minuter per tur:

- > (minimitid = 180 minuter)

Följande ursprungliga utkörningstillfällen :

Turen 201 mellan kl 6.50 och kl 7.27 = 37 minuter

Turen 202 mellan kl 7.30 och kl 8.10 = 40 minuter

Turen 208 mellan kl 12.25 och kl 13.08 = 43 minuter

Turen 206 mellan kl 15.05 och kl 15.52 = 47 minuter

Slås ihop till :

Kl 6.50 till kl 8.10 = 80 min

- > 180 min 3.00 tim

Kl 12.25 till 15.52 = 207 min

207 min 3.45 tim

-----  
Summa körtidskostnad

387 min 6.45 tim

Enligt förvaltningsrättens bedömning är den tid som ersätts såsom förarkostnad som ges som exempel i bilaga 5 till förfrågningsunderlaget inte beräknad i enlighet med de anvisningar för beräkningen som anges i punkt 6.2.1 i förfrågningsunderlaget. Den motstridiga informationen gäller en del

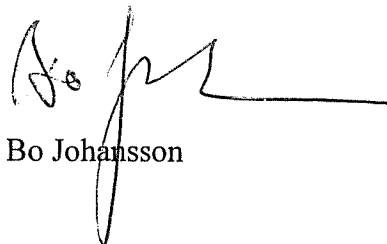


av förfrågningsunderlaget som har stor betydelse för anbudsgivarnas pris-sättning. Enligt förvaltningsrättens mening uppfyller informationen gäl-lande beräkning av den tid som ersätts såsom förarkostnad i förfrågnings- underlaget inte kravet på transparens. Förfrågningsunderlaget är därmed utformat i strid med 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 5 § LOU föreligger därför.

Eftersom bristen hänför sig till förfrågningsunderlaget och därmed kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet, är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Bolagets ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att den aktuella upphandlingen ska göras om.

Vid denna utgång i målet saknas det skäl att pröva de övriga omständighet- er som bolaget har åberopat till stöd för sin talan i förvaltningsrätten.

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



Bo Johansson

