



KLAGANDE

Connect Bus Sverige AB, 556493-1177

Ombud: Advokaterna Sylvia Lindén och Louise Ljöstad
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB

MOTPART

Vaggeryds kommun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 29 augusti 2024
i mål nr 2184-24, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Dok.Id 368614

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 11

Telefon
 (vx)

E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Connect Bus Sverige AB (Connect) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering och tilldelning görs varvid anbudet från Flexbuss Sverige AB (Flexbuss) inte ska beaktas.

Vaggeryds kommun motsätter sig att förvaltningsrättens dom ändras.

VAD PARTERNA ANFÖR

Connect

Det som ska bedömas är om Flexbuss har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter och inte i vilken utsträckning ett åsidosättande har skett. Av 13 kap. 3 § 1 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, framgår inte att åsidosättandet ska ha varit av en viss dignitet för att uteslutningsgrunden ska bli tillämplig. Det står emellertid klart att Flexbuss samtliga åsidosättanden har varit väsentliga.

Förvaltningsrätten har varken tagit ställning till var och en av de skyldigheter som Flexbuss har åsidosatt eller beaktat mängden av dessa. Detta trots att det klart och tydligt framgår av förarbetena att ett åsidosättande av flera skyldigheter innebär att uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § 1 LOU är tillämplig. Även för det fall skyldigheterna som åsidosatts ensamma inte skulle anses vara väsentliga rör det sig uppenbarligen om flera skyldigheter som har åsidosatts. Flexbuss har även genom sina upprepade åsidosättanden av skyldigheterna gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen i enlighet med 13 kap. 3 § 3 LOU.

Det är vidare uppenbart att det rör sig om ett allvarligt fel i yrkesutövningen när Flexbuss bussar, som har använts vid skol-, färdtjänst- och sjukresor, har spontanexploderat. Därtill är det ett allvarligt fel i yrkesutövningen att

Flexbuss, trots uppmaning och med vetskap om tidigare inträffade explosioner, inte har säkerställt att bussarna tömts på gas med följderna att den senaste explosionen inträffade. Det framstår som självklart att Flexbuss har varit vårdslös i sin hantering av gasbussarna och därmed har agerat felaktigt.

Flexbuss har slutligen lämnat oriktiga uppgifter och undanhållit information genom att i sin svarsbilaga ange att krav uppfylls utan att informera om att bolaget faktiskt är föremål för ovan redovisade uteslutningsgrunder. Kommunen har därför även varit skyldig att utesluta Flexbuss med stöd av 13 kap. 3 § 8 LOU.

Det följer av EU-domstolens avgörande C-171/15, EU:C:2016:948, att när en upphandlande myndighet har angett att en anbudsgivare kommer att uteslutas om någon av de situationer som anges i 13 kap. 1–3 §§ LOU föreligger, så ska inte någon proportionalitetsbedömning göras. Detta eftersom det vore i strid med likabehandlings- och transparensprincipen att göra en sådan bedömning när det framgår av upphandlingsdokumenten att uteslutning kommer att ske.

Att Flexbuss är ett stort bolag kan inte användas som ursäkt för att bolaget uppvisat brister vid myndighetskontroll. Detta torde snarare tala för att bolaget har fler resurser och bättre möjligheter att följa gällande skyddslagstiftningar. Såvitt Connect känner till har Flexbuss över huvud taget inte ombetts att redogöra för vilka åtgärder som har vidtagits för att komma tillrätta med bristerna.

Vaggeryds kommun

Av avgörandet RÅ 2010 ref. 79 och EU-domstolens dom C-213/07, EU:C:2008:731, kan man utläsa att de omständigheter som kan medföra uteslutning av en leverantör ska vara relevanta för upphandlingen och stå i

proportion till uteslutningen. Om proportionalitetsprincipen inte skulle behöva beaktas uppstår en märklig situation som kan medföra att leverantörer hamnar i kläm.

Av material i målet framgår att det har funnits brister hos Flexbuss, men att bolaget har samarbetat med myndigheter när brister påpekats samt vidtagit åtgärder för att felaktigheter inte ska upprepas. Vad gäller Flexbuss agerande vid explosionerna framgår att anledningen till att bolaget inte flyttade på bussarna var risker för personalen. Det berodde således inte på en motvilja att samarbeta. De brister som Connect har presenterat är inte av sådan karaktär att Flexbuss redighet kan ifrågasättas. Någon anledning till ingripande föreligger inte.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vaggeryds kommun har genom utformningen av upphandlingsdokumenten gjort de fakultativa uteslutningsgrunderna i 13 kap. 3 § LOU obligatoriska. Det har inte framförts någon invändning mot upphandlingsdokumenten, utan Connect gör gällande att Flexbuss borde ha uteslutits från upphandlingen utifrån uteslutningsgrunderna i 13 kap. 3 § 1, 3 och 8 LOU.

Eftersom Vaggeryds kommun valt att göra uteslutningsgrunderna i 13 kap. 3 § LOU obligatoriska kan inte kommunen, med beaktande av proportionalitetsprincipen eller på annan grund, bortse från kraven vid leverantörskvalificeringen. Med hänsyn till att de absoluta kraven i fråga är direkt överensstämmande med nämnda lagrum bör dock, enligt kammarrättens mening, kravens objektiva innehåll bestämmas utifrån bland annat relevant praxis och angivna syften med regleringen.

Av förarbetena till 13 kap. 3 § LOU framgår bl.a. följande. Ett så ingripande beslut som uteslutning ska inte tillåtas fattas på oprecisa eller vaga indikationer. För att försäkra sig om detta har EU-lagstiftaren sannolikt bedömt

det nödvändigt att genom särskilda formuleringar betona vikten av att så inte sker. Som utredningen påpekar innebär dock redan en tillämpning av proportionalitetsprincipen att sådana indikationer inte är tillräckliga för uteslutning (se prop. 2015/16:195 s. 735).

I förarbetena anges vidare att det inte framgår av LOU-direktivet hur allvarligt ett åsidosättande ska vara för att kunna leda till uteslutning enligt 13 kap. 3 § 1 LOU. Att den skyldighet som åsidosatts bedöms som väsentlig i ett visst sammanhang eller ett åsidosättande av flera skyldigheter som inte anses vara väsentliga torde åtminstone utgöra fall som bör leda till att leverantören får uteslutas (se a. prop. s. 1086 f.).

Begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen i 13 kap. 3 § 3 LOU omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på leverantörens trovärdighet i professionellt avseende. Vanligtvis syftar det på ett agerande som tyder på att leverantören har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning. Att ett kontrakt eller en del av ett kontrakt genomförs felaktigt, ungefärligt eller bristfälligt kan eventuellt visa att den ifrågavarande leverantören har en bristande yrkeskompetens, men innebär inte automatiskt att ett allvarligt fel har begåtts (se EU-domstolens avgörande C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 30).

Vid prövningen måste även beaktas att bestämmelsen syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att utesluta leverantörer som har visat sig vara opålitliga eller oseriösa (se bl.a. skäl 101 till direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling, a. prop. s. 735 samt avgörandet RÅ 2010 ref. 79).

Av utredningen i målet framgår att Flexbuss har varit föremål för tillsyn och inspektion av Arbetsmiljöverket, Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Växjö kommun samt Miljö- och byggnämnden i Nybro kommun. Vid dessa tillfällen har det framkommit brister i verksamheten. Med hänsyn till främst bristernas karaktär, omfattning och svårighetsgrad samt bolagets agerande

anser kammarrätten dock att bristerna vare sig för sig eller tillsammans kan anses innebära ett sådant åsidosättande av miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter som kan ligga till grund för att utesluta Flexbuss från upphandlingen.

Vad gäller bussarna som har exploderat bedömer kammarrätten vidare att utredningen i målet inte visar att Flexbuss har agerat vårdslöst vid tiden för händelserna eller vid hanteringen därefter. Kammarrätten bedömer därmed att det inte har framkommit att Flexbuss har gjort sig skyldig till något sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i 13 kap. 3 § 3 LOU. Det är inte heller visat att Flexbuss i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter eller undanhållit information. Skäl för uteslutning enligt 13 kap. 3 § 3 eller 8 LOU bedöms därmed inte heller föreligga.

Sammanfattningsvis bedömer kammarrätten att det som kommit fram om Flexbuss i målet inte medför att någon av de aktuella situationer som anges 13 kap. 3 § LOU förelegat. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-09).

I avgörandet har kammarrättsrådet Tomas Kjellgren (ordförande), kammarrättsrådet Linda Svärd (referent) och kammarrättsrådet Eva Elvingsson deltagit. Föredragande har varit kammarrättsfiskalen Karin Boeryd.

**SÖKANDE**

Connect Bus Sverige AB, 556493-1177

Ombud: Advokaterna Sylvia Lindén och Louise Ljöstad
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB

MOTPART

Upphandlingsenheten i Vaggeryds kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Vaggeryds kommun (kommunen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande som gäller skolskjutstrafik och undervisningsresor (UH-2024/012). Genom tilldelningsbeslut har leverantören Flexbuss Sverige AB (Flexbuss) antagits. Connect Bus Sverige AB (härefter bolaget), som rangordnats på andra plats, har ansökt om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny utvärdering och tilldelning görs varvid anbudet från Flexbuss inte ska beaktas.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA BLAND ANNAT FÖR FRAM

Bolaget

Om en anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudsgivarna informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget. Detta följer av 4 kap. 8 § LOU. Flexbuss har på begäran av kommunen fått delta i utformningen av upphandlingsdokumenten, där det efterfrågats synpunkter på fallgropar från det gamla upphandlingsunderlaget samt exempel på bra underlag från annan upphandlande myndighet. Någon sådan möjlighet har inte tillhandahållits de övriga anbudsgivarna. Det föreligger därför en stark presumtion för att Flexbuss dubbla funktioner har medfört en konkurrensfördel för dem. Flexbuss har genom sin kontakt med kommunen sannolikt fått kunskaper som övriga anbudsgivare inte har kunnat få enbart genom att ta del av upphandlingsdokumenten. Kommunen har valt att inte dokumentera mötet, så något underlag från dialogen mellan kommunen och Flexbuss finns inte heller att ta del av. Flexbuss har till följd av informationsövertaget kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud än övriga anbudsgivare, och har till följd av detta tilldelats kontrakt i upphandlingen. Det åligger kommunen att visa att likabehandlingsprincipen inte åsidosatts, t.ex. genom att erbjuda övriga leverantörer samma möjlighet. Den kunskap som bolaget har fått i egenskap av befintlig leverantör är endast en naturlig konkurrensfördel. Att bolaget har fått närvara vid driftmöten kompenserar inte denna brist.

Om en upphandlande enhet har uppställt ett obligatoriskt krav ska leverantörer kunna utgå från att kravet är så viktigt att de som inte kan eller vill uppfylla kravet avstår från att lämna anbud. Praxis från Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen förklarar att de grundläggande principerna för upphandling medför att det inte är möjligt för en upphandlande enhet att anta anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Kommunen har i punkt 2.5 i bilaga

Skakrav angett att anbudsgivare kommer att uteslutas från deltagande i upphandling om någon av de situationer som anges i 13 kap. 1-3 §§ LOU föreligger. Genom utformningen av 2.5 har kommunen gjort de fakultativa uteslutningsgrunderna obligatoriska och innebär att kommunen är skyldig att tillämpa uteslutningsgrunderna enligt förevarande paragraf. Flexbuss, som angett att krav uppfyllts, borde därmed ha uteslutits enligt 13 kap. 1-3 §§ LOU. Detta eftersom man åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Vidare har Flexbuss gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas samt i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt 13 kap. LOU eller av att leverantören uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1-5 §§, eller har undanhållit sådan information.

Flexbuss har av domstol ålagts att betala en sanktionsavgift om 400 000 kr då man använt besiktningspliktiga lyftanordningar utan att dessa har genomgått nödvändig besiktning enligt Arbetsmiljöverkets föreskrifter. Därmed har resenärernas säkerhet vid persontransport äventyrats enligt 13 kap. 3 § 1 LOU, vilket ensamt är skäl för uteslutande.

Flexbuss har också enligt tillsynsmeddelande från Arbetsmiljöverket, i strid mot myndighetens föreskrifter, använt en tryckluftsbehållare som inte uppfyller säkerhetskraven. Arbetsmiljöverket har därtill vid inspektion funnit brister i arbetsmiljön relaterade till avsaknad av rutiner för att undersöka och bedöma riskerna för att arbetstagarna utsätts för hot eller våld, och att det inte kunde uteslutas att det fanns arbetstagare som löpte risk att drabbas av ohälsa på grund av nämnda belastning. Arbetsmiljöverket ansåg även att Flexbuss inte hade undersökt tillräckligt vilka risker det finns med de arbetstider som medarbetare har och bedömt risken för ohälsa kopplade till arbetstiderna. Avslutningsvis fann Arbetsmiljöverket att det saknades rutiner som säkerställer

att Flexbuss genomför undersökning och riskbedömning av exponering för arbetsmiljöfaktorer som kan innebära en risk för gravida eller ammande. Sammanlagt identifierades alltså fem olika brister och risker i arbetsmiljöarbetet hos Flexbuss. Till varje brist har Arbetsmiljöverket uppställt krav på åtgärder som Flexbuss har behövt vidta för att komma till rätta med bristerna. Bristerna får således ha ansetts väsentliga.

Av tillsynsrapport från Miljö- och byggnämnden i Nybro kommun framgår att Flexbuss inte har uppfyllt sin skyldighet att anmäla egen transport av farligt avfall till länsstyrelsen i enlighet med 5 kap. 7 § avfallsförordningen (2020:614). Flexbuss har inte heller uppfyllt sina skyldigheter att föra anteckningar över det farliga avfall som uppkommer i verksamheten och har inte rapporterat sitt farliga avfall till Naturvårdsverkets avfallsregister.

Av inspektionsrapporter från Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Växjö kommun framgår att Flexbuss har haft problem med föroreningar till följd av bl.a. spill av bränsle på sin fastighet Krokodilen 4 och att Flexbuss har behövt vidta åtgärder med anledning av dessa brister. Även här har Flexbuss därför åsidosatt tillämpliga miljörättsliga skyldigheter i den bemärkelse som avses i 13 kap. 3 § 1 LOU.

Vid utförande av färdtjänst, sjuk- och skolresor i Kalmar län har inte mindre än tre gasbussar som använts för trafiken exploderat, senast den 23 maj 2024. Risken för spontanexplosion har bedömts så stor att Försvarsmakten har fått förstöra bussarna. Även detta innebär att Flexbuss borde ha uteslutits med stöd av 13 kap. 3 § 3 LOU.

De missförhållanden som bolaget har redogjort för har ägt rum inom sådan tidsram att de måste beaktas.

Slutligen har Flexbuss, genom att ange att kravet uppfylls utan att redogöra för det faktum att Flexbuss faktiskt är föremål för ovan redovisade uteslutningsgrunder, lämnat oriktiga uppgifter och undanhållit information. Kommunen har därför även varit skyldig att utesluta Flexbuss med stöd av 13 kap. 3 § 8 a) och b) LOU. Genom att inte följa upphandlingsdokumentet har kommunen därutöver agerat i strid med likabehandlings- och transparensprincipen.

För det fall Flexbuss rätteligen uteslutits hade bolaget tilldelats kontrakt. Kommunens agerande har därmed medfört att bolaget lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada. Det finns därför skäl för förvaltningsrätten att förordna om rättelse i enlighet med yrkandet.

Kommunen

Totalt inkom fem anbud gällande den i målet aktuella upphandlingen. Kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Genom att tilldela Flexbuss kontrakt har kommunen agerat korrekt och lagenligt.

Kommunen bjöd i april 2023 in Bergkvarabuss och Flexbuss till en dialog inför den kommande upphandlingen av skolskjutstrafiken. Syftet var att efterfråga en allmän bild av marknaden och få input på allmänna skolskjutsfrågor tidigt i processen, vilket även framgår av inbjudan. Flexbuss accepterade inbjudan och träffade representanter från kommunen. Inför mötet efterfrågade Flexbuss underlag till mötet. Upphandlingsdokumentation gällande senast avslutade upphandling lämnades då till Flexbuss. Det gäller alltså dokument som kan begäras ut av alla potentiella anbudsgivare. Bolaget har fått ta del av all korrespondens mellan kommunen och Flexbuss. Det mötet som ägde rum var av informell karaktär. Inga strukturerade anteckningar fördes. Flexbuss har aldrig varit delaktig i framtagning av upphandlingsunderlaget på något sätt. Efter

mötet med Flexbuss beslutade kommunen att förlänga befintligt avtal med bolaget fram till sista juni 2025. Under tiden togs ett externt konsultbolag in som skulle vara behjälplig i framtagningen av upphandlingsunderlaget. Det finns inte något som hindrar att en upphandlande myndighet tar råd och hjälp av andra upphandlande myndigheter, eller presumtiva leverantörer vid upphandlingar, såvida konkurrensen inte snedvrids och anbudsgivarna kan lämna anbud på lika villkor. Snarare uppmuntras till tidig dialog/marknadsdialog från Upphandlingsmyndigheten. Bolaget har varit kommunens leverantör av skolskjuts i minst 50 år. Det är snarare bolaget som besitter kunskaper vilka inte framgår av upphandlingsdokumenten. Dialog har förts även med bolaget kring upphandlingen i samband med inplanerade driftmöten.

Vad gäller de av bolaget framförda skälen för uteslutning av Flexbuss framhålls att en bedömning måste göras i det enskilda fallet i vilken utsträckning omständigheterna för uteslutning är av betydelse för den aktuella upphandlingen. Den upphandlande myndigheten har en skyldighet att låta en leverantör yttra sig över de omständigheter som myndigheten anser utgör skäl för uteslutning (13 kap. 4 § LOU). Om en leverantör kan visa att den är tillförlitlig genom att leverantören har vidtagit vissa åtgärder för att läka de omständigheter som ligger till grund för den eventuella uteslutningen, s.k. självsanering, eller om omständigheterna inte anses vara av betydelse så ska inte leverantören uteslutas. En annan fråga att beakta är hur långt tillbaka i tiden händelser som träffas av uteslutningsgrunder får hänföra sig till (13 kap. 5 § LOU).

När det gäller den av bolaget påstådda bristen i form av att Flexbuss påförts sanktionsavgift avseende besiktningspliktiga lyftanordningar som inte genomgått återkommande eller internationell besiktning i enlighet med gällande regelverk, inträffade händelsen i samband med inspektion den 30 november 2020. Flexbuss har därefter besiktigt sina lyftanordningar. Kommunens bedömning är därmed att Flexbuss har vidtagit åtgärder för att komma till rätta med bristerna i enlighet med 13 kap. 5 § LOU. Därtill visar

statistik från Bilprovningen att 40 procent av landets tunga bussar visade upp brister i samband med kontrollbesiktning år 2023. Utfallet av Bilprovningens besiktningsstatistik visar att fyra av tio tunga bussar hade brister och var tredje fel med krav på efterkontroll. Statistiken är oroväckande men visar å andra sidan tydligt att brister på bussar, mellan årliga kontroller, förekommer ganska ofta.

Gällande det som framförts om exploderad buss så var gastankarna och bussen i fråga besiktigade hos auktoriserad verkstad, enligt de uppgifter som kommunen har. Tankarna byggdes om av en extern part och både ombyggnationen av tankarna och bussen har blivit godkända på besiktningen efter ombyggnationen. Därmed fanns det inga anledningar för Flexbuss att ifrågasätta bussens säkerhet. Att bussen exploderade drygt en månad efter godkänd besiktning är en olyckshändelse som legat utanför Flexbuss kontroll. Omgjorda gasbussar såldes till flera bolag, inte bara till Flexbuss. Under maj och juni 2024 har fyra andra upphandlande myndigheter tilldelat kontrakt till Flexbuss. Bland de fyra ingår även Kalmar länstrafik, d.v.s. inom den region där explosionsolyckan skedde.

Att utesluta ett företag från att delta i upphandlingar har allvarliga konsekvenser för företaget i fråga. Därför är det viktigt att eventuella brister är proportionerliga och ställs i relation till uppdraget. Enligt EU praxis är det upp till varje upphandlande myndighet att bedöma om eventuella missförhållanden påverkar myndighetens förtroende för leverantörer. Kommunens bedömning är att brister i Flexbuss verksamhet, såsom bolaget presenterat, inte kan anses vara av sådan karaktär att Flexbuss redighet kan ifrågasättas. Flexbuss har vidtagit åtgärder (självsanering) så som det stadgas i 13 kap. 5 § LOU. Även hos seriösa företag kan vissa oegentligheter uppkomma.

Vid en ansökan om överprövning ska den som gör gällande att det föreligger fel i en upphandling kunna påvisa bristerna samt orsakssambandet mellan dessa

och åberopad skada. Bolaget har inte kunnat påvisa att kommunen har gjort något fel i den aktuella upphandlingen, eller agerat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och saknar därmed skaderekvisit. Att det avseende den aktuella upphandlingen kommit in fem anbud bekräftar att underlaget varit utformat på ett tydligt och transparant sätt där anbudsgivarna konkurrerade på samma villkor.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande regler

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).

En upphandlande myndighet ska löpande dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentation ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden (12 kap. 14 § LOU).

En upphandlande myndighet får i upphandlingen ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. De krav som ställs ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga (14 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling bl.a. om myndigheten kan visa att leverantören har åsidosatt

tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas, eller om leverantören i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt detta kapitel eller av att leverantören uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1-5 §§, eller undanhållit sådan information (13 kap. 3 § 1,3, 8 LOU). En upphandlande myndighet ska, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning enligt 13 kap. 4 § LOU. En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 3 § ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom åtgärder som anges i 13 kap. 5 §§ 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).

Utdrag från upphandlingsdokument i målet

Krav 2.5

Anbudsgivare kommer att uteslutas från deltagande i upphandling om någon av de situationer som anges i 13 kap. 1-3 § LOU föreligger.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstaterar domstolen 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 talan grundas, där

domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 69).

Framtagning av upphandlingsunderlaget och dokumentationsplikten

Av förarbetena till 12 kap. 14 § LOU framgår att myndigheten ska spara tillräcklig dokumentation för att motivera beslut som fattats i samtliga skeden i upphandlingsförfarandet. Detta innebär dokumentation om kommunikation med leverantörer, interna överläggningar, utformning av upphandlingsdokumenten, eventuella dialoger och förhandlingar samt urval och tilldelning av kontrakt. En upphandlande myndighets dokumentation måste vara tillräcklig för att motivera sådana beslut som kan utsättas för en överprövning (se prop. 2015/16:195 s. 675). Varken av lagstiftningen eller förarbetena framgår dock vilka uppgifter som behöver återges i dokumentationen, eller hur omfångsrik dokumentationen ska vara för att dokumentationsplikten ska anses uppfyllt.

Av handlingarna framgår att det ifrågavarande mötet som ägde rum mellan Flexbuss och kommunen våren 2023 föranleddes av att kommunen tidigt i processen efterfrågade en allmän bild av marknaden och input på allmänna skolskjutsfrågor. Någon skyldighet för kommunen att i enlighet med 12 kap. 14 § LOU ha behövt dokumentera innehållet på själva det informella mötet anser inte rätten föreligger, för att kravet på transparens ska anses vara tillgodosett. Det framkommer även av handlingarna i målet att kommunen, i tiden efter kontakterna med Flexbuss våren 2023, anlidade ett externt konsultföretag för upprättande av själva upphandlingsunderlaget. Rätten anser därmed inte att bolaget har gjort sannolikt att Flexbuss har brutit mot LOU:s dokumentationskrav eller att Flexbuss varit delaktig i framtagning av upphandlingsunderlaget.

Påstådda uteslutningsgrunder i form av brister

När det gäller frågan om kommunen borde ha uteslutit Flexbuss enligt 13 kap. 1-3 §§ LOU får det anses ostridigt mellan parterna att kommunen genom kravet 2.5. på anbudsgivaren, avsett att göra även de fakultativa uteslutningsgrunderna obligatoriska.

Flexbuss har motsatt sig uteslutning enligt 13 kap. 1-3 §§ LOU i dess svar under 2.5 i ska-kravbilagan. De brister som bolaget gör gällande ska enligt förvaltningsrätten beaktas och bedömas. Bedömningen av eventuell uteslutning tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för ett eventuellt uteslutningsbeslut (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 61).

För bl.a. säkerheten på arbetsplatser får det anses vara av vikt att besiktade lyftanordningar används samt att tryckluftsbehållare uppfyller erforderliga säkerhetskrav. Vidare ska det inte bortses från värdet av att arbetsgivare har dokumenterade rutiner för att undersöka och bedöma riskerna för huruvida arbetstagarna utsätts för hot och våld eller att gravida arbetstagare skyddas, samt att farligt avfall/oljeprodukter hanteras korrekt. Uppgifterna om Flexbuss exploderande gasbuss får även anses oroväckande. De av bolaget påstådda bristerna som framkommit, anser rätten är att betrakta som fel i Flexbuss yrkesutövning.

Frågan är då om de i ifrågavarande felen är att betrakta som allvarliga eller inte. Vid prövningen ska det göras en proportionalitetsbedömning. Åtgärdens ingripande karaktär innebär att stora krav ska ställas på proportionaliteten. Hänsyn måste bl.a. tas till verksamhetens karaktär och omfattning. Graden av allvar bör också påverkas av vad som förekommit efter att felen begåtts, och vad som med fog kan förväntas om ett nytt avtal ingås (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom meddelad den 5 december 2012 i mål nr 2022-12). Missförhållandena måste därmed sättas i relation till omständigheterna.

Förvaltningsrätten anser inte att det är alltför anmärkningsvärt att ett så pass stort bolag som Flexbuss uppvisar vissa brister vid myndighetskontroll, eller att man har fordon i sin fordonsflotta som emellanåt drabbas av tekniska problem. Vidare anses det inte i målet förekomma uppgifter som ger anledning att ifrågasätta att Flexbuss verkligen har vidtagit de åtgärder som kommunen har angett för att bristerna inte ska upprepas. Rätten anser därmed inte att de anförda bristerna är av sådan art och omfattning att de utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen, med följd att Flexbuss redbarhet kan ifrågasättas.

Förvaltningsrätten anser inte heller att bolaget förmått visa att Flexbuss åsidosatt sina miljö-, social eller arbetsrättsliga skyldigheter på ett sådant sätt att de ska uteslutas från att delta i upphandlingen. Den framförda omständligheten att Flexbuss inte själva har informerat om de framkomna bristerna utgör därmed inte ett skäl för att angripa mot upphandlingen.

Sammanfattande bedömning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga 1 (FR-05).

Eleonora Dufva

Adjungerade rådet Eleonora Dufva har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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.



Hur man överklagar

KR-09

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga 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 en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

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

Om sista dagen är en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, 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 Högsta förvaltningsdomstolen inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

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

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rätts-tillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser,

och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.

6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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