

PM 2 2008-10-29 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (konkurrensnedvridande villkor jämte antagande av orent anbud).

Det kommunala länstrafikhuvudmannabolaget Länstrafiken i Norrbotten AB har vid upphandling av samhällsbetalda persontransporter med taxi (1) uppställt en föreskrift med innebörden att befintlig produktionskapacitet (krav på "Multifordon") måste finnas redan vid tidpunkten för anbudsgivningen. (2) Bolaget har vidare antagit ett anbud som innefattar en otillåten reservation jämfört med förfrågningsunderlaget.

Det kommunala länstrafikhuvudmannabolaget Länstrafiken i Norrbotten AB¹ (nedan: Länstrafiken) inhämtade i mars 2008 skriftliga anbud avseende en s.k. öppen upphandling av "Samhällsbetalda persontransporter som avropas och administreras av Länstrafikens kundservice" i följande tre kategorier: "Personbil", "Multifordon" samt "Specialfordon". Upphandlingen avser perioden den 1 januari 2009 till och med den 31 december 2012 med möjlighet för Länstrafiken att förlänga avtalstiden med som längst trettiosex (36) månader, till och med den 30 juni 2014, och är uppdelad i totalt 14 kommunvis avgränsade upphandlingsdelar, däribland Arvidsjaurs kommun (dnr 17:2008 059).

Underlaget för upphandlingen består av tre huvudavsnitt enligt följande: en A-del med anbuds-inbjudan, en B-del med uppdragsspecifikation samt en C-del med avtalsmall. Av punkten 2.2 i förfrågningsunderlagets A-del framgår bl.a. följande.

2.2 Obligatoriska krav Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns "skallkrav". Dessa är markerade med fetstil "**skall**" och måste vara uppfyllda redan när anbudet inges.

Förutsättningen för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa skallkrav är uppfyllda. Anbud som inte uppfyller skallkraven kommer att förkastas. Skallkraven avser såväl krav på anbudsgivaren som på efterfrågad tjänst.

Övriga "skall-krav" avser de krav som en leverantör skall uppfylla under avtalstiden. Dessa krav är också obligatoriska så till vida att det av anbudet skall framgå att anbudsgivaren accepterar att de angivna kraven utgör leverantörens åtagande i ett avtal.

Av anbudet **skall** framgå att samtliga skallkrav är uppfyllda

Vidare ska enligt punkten 2.10 följande procedur iakttas i samband med anbudsvärderingen.

2.10 Anbudsprövning Efter anbudsöppningen sker prövning av anbudet.

Prövning och utvärdering av anbud sker i tre steg:

1. Kvalificering av anbudsgivare
2. Prövning av obligatoriska krav, **skall**-krav. I detta steg prövas endast de som kvalificerat sig i steg 1.
3. Utvärdering av anbud

I steg 3 utvärderas endast de anbud som uppfyllt såväl kvalificeringskraven (steg 1) som de obligatoriska kraven (steg 2).

Avtal kommer att träffas utan att någon omsättningsvolym garanteras

Av punkterna 2.6 och 2.8 2 i A-delen framgår bl.a. följande.

2.6 Helt eller delat anbud Anbud kan lämnas för hela eller delar av efterfrågad tjänst. Den upphandlande enheten har rätt att anta lämnade anbud i sin helhet eller i delar. Detta innebär att avtal kan komma att tecknas med flera anbudsgivare.

2.8 Anbudets giltighetstid Anbudet skall vara bindande i minst 3 månader efter anbudstidens utgång.

¹ Länstrafiken i Norrbotten AB, med organisationsnummer 556156-2058, bildades den 21 september 1971 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) 3 januari 1972. Nuvarande firma registrerades den 14 april 1980. Tidigare firma har varit Bröderna Müllers Maskin AB. Gällande bolagsordning registrerades den 19 april 2001. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att "... inom Norrbottens län och angränsande områden - genom avtal med andra trafikföretag eller i egen regi - bedriva kollektivtrafik. Bolaget äger rätt att bedriva verksamhet omfattande planering, upphandling, utförande, samordning och administration av samhällsbetalda resor och därmed förenlig verksamhet". Bolaget ägs till 50 procent av Norrbottens läns landsting och till 50 procent gemensamt av länets kommuner.

Av upphandlingens B-del, punkterna 4.2 och 4.10 andra stycket, framgår följande föreskrifter avseende bl.a. anbudens innehåll och anbudsgivarnas åtaganden m.m.

4.2 Volym Volymen för de samhällsbetalda resorna, som avropats via [den beställningscentral som avropar transporter], under 2007 framgår av volymbilaga [...] Avtal kommer att träffas utan att någon omsättningsvolym garanteras.

4.10 Fordon, allmänna krav alla fordonstyper [...] I denna upphandling **skall** minst ett av fordonen i lämnat anbud och stationerade i primärområdet för kommunens centralort vara ett fordon av typen Multifordon [...]. Eftersom ett sådant fordon är flexibelt och kan utföra alla typer av transporter så är avsikten i upphandlingen att dessa fordon ska nyttjas i första hand.²

För den del av upphandlingen som avsåg startområdet Arvidsjaurts tätort noterades vid anbuds- tidens utgång den 20 maj 2008 i vart fall två (2) inkomna anbud varav båda, här angivna som A och B, upptogs till slutlig prövning och värdering. Vid genomgång av anbudet framgår att Anbudsgivare A infört i sitt anbud ett tillägg med följande lydelse.

[Anbudsgivare A] har i dag ingen verksamhet i Arvidsjaurts kommun, utan det offererade uppdraget medför nyetablering. För att kunna säkra att vi gentemot Länsstrafiken ständigt kan hålla en fullgod service- och resursnivå, måste vi vara förvissade om att vi kommer att ha en viss lägsta basvolym i verksamheten – Vi önskar därför att, om Länsstrafiken under den inledande anbudsvärderingen finner att [Anbudsgivare A] inte erbjuder det lägsta priset för båda fordonstyperna, ska vårt anbud förkastas, alternativt att vi tillåts dra tillbaka detsamma.

Tilldelning i upphandlingen, avseende stationering i Arvidsjaurts kommun, beslutades den 23 juni 2008. Enligt Länsstrafikens protokoll med anbudsutvärdering åsattes Anbudet A högsta poäng inom upphandlingsdelarna "Personbil" samt "Multifordon" och tilldelades därför kontrakt inom dessa delar med första prioritet. I upphandlingsdelen "Specialfordon" synes Anbudsgivare A inte ha kommit in med något anbud.³ Kontrakt tilldelades i denna del Anbudsgivare B.

Länsrätten i Norrbottens län har genom dom av den 25 september 2008, mot Länsstrafikens bestridande, förordnat att den aktuella upphandlingen avseende "Samhällsbetalda persontransporter i Norrbottens län" (dnr 17:2008 059) ska rättas i den del som avser området Arvidsjaurts kommun på så sätt att anbudet från Anbudsgivare A inte tas med i utvärderingen.⁴ Till grund för denna bedömning anför länsrätten dels att det aktuella skall-kravet på minst ett befintligt "Multifordon" redan vid tidpunkten anbudsgivningen inte kan anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen och därmed måste anses strida mot proportionalitetsprincipen i LOU, dels att det ovan refererade tillägg som Anbudsgivare A har gjort till sitt anbud måste betraktas som en otillåten reservation som strider mot LOU.

² Med "Multifordon" avses enligt punkten 4.11, samma underlag: "Flexibla fordon, avsedda att transportera alla typer av resenärer, dvs sittande, liggande och sittande i rullstol. • Fordonet skall rymma minst 7 sittplatser. Om 1 rullstol och 1 bår samtidigt transporteras skall minst 4 sittplatser utöver dessa finnas. • Sänkingsanordning för både bak och sida samtidigt eller var för sig ska finnas i fordonet. Instegshöjden får då vara högst 25 cm. • Fordonet skall ha full ståhöjd i passagerarutrymmet – minst 180 cm och dörröppningens höjd - minst 170 cm. • Fordonets inre miljö ska kännetecknas av "personbilskaraktär". Vägegenskaper och ljudnivå ska upplevas komfortabelt för resenären. • Färgsättning på inredningen ska vara kontrastrik och tydlig. • Stegkanter, stödhandtag, hållstöd och ledstänger mm ska vara i gul kontrastfärg. • Multifordonen ska vara utrustade med bår av typen Alfabår (ambulansbår, vikbar). • Fordonet skall ha en flexibel och lätt anpassningsbar inredning och enkelt kunna förändras till en bårplats, fler sittplatser, plats för större rullstol eller hjälpmedel. • I övrigt gäller krav enligt SLTF Fordonsklass 1. (se www.sltf.se, Projekt, MERIT, Specialfordon)".

³ I vart fall redovisas inte något sådant anbud i Länsstrafikens tilldelningsprotokoll.

⁴ Länsrätten i Norrbottens län, dom av den 25 september 2008 i mål 1350-08. Domen har inte vunnit laga kraft.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

Tjänster för landtransport, däribland taxitjänster (CPV 60115100-8), färdtjänst för handikappade och för äldre personer (CPV 60113400-7 och 60113500-8) samt skolskjuts (60113100-4),⁵ utgör sådana A-tjänster (kategori 2 enligt bilaga 2 till LOU) vilka om det samlade upphandlingsvärdet understiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska handläggas i enlighet med de på EG-direktiv grundade bestämmelserna i 1 kap. - 14 kap. LOU, normalt genom ett *öppet* eller ett *selektivt* förfarande. För närvarande uppgår tröskelvärdet för tjänster inom den s.k. klassiska sektorn⁶ till 1.911.155 kronor.⁷

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är att säkra att den offentliga anskaffningen sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas lika, utan ovidkommande hänsyn. Bestämmelserna är tillämpliga på bl.a. tjänstekontrakt med ekonomiska villkor som ingås av s.k. *upphandlande myndigheter*. Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar begreppet *upphandlande myndighet* även kommunala bolag som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.⁸ Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag⁹ förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Med ledning av den rättsliga regleringen måste kommunala företag således anses utgöra sådana s.k. upphandlande enheter som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser.

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att den offentliga upphandlingen ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet som bär upp den centrala EG-rätten och kommer till uttryck genom bl.a. EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och den inre marknaden i artiklarna 43 och 49 EG.

Den allmänna *likabehandlingsprincipen* är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och innebär i korthet att samtliga tänkbara leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

⁵ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EG-kommissionen, GD XV / B / 4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. - Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom en ny förordning, som trädde i kraft per den 13 september 2008).

⁶ Med *klassiska sektorn* avses upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som inte omfattas av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

⁷ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EG-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling, angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 206.000 euro eller 1.911.155 svenska kronor se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁸ Enligt legaldefinitionen i 2 kap. 12 och 19 §§ LOU avses med *upphandlande myndigheter* bland annat sådana *offentligt styrda organ* i form av bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och (1.) som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, (2.) vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller (3.) i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

⁹ Undantagna från den kommunala självkostnadsprincipen och förbudet mot spekulativ verksamhet är i visst avseende bland annat kommunala ehandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

Av kravet på *öppenhet (transparens)* följer vidare att samtliga leverantörer måste ges tillgång till upphandlingsrelevant information vid ett och samma tillfälle och på liknande villkor. Den upphandlande myndigheten får inte i efterhand ändra villkoren för anbudsgivningen på ett sätt som kan medföra diskriminerande verkan mellan leverantörer. Uppställda förutsättningar eller villkor får exempelvis inte efterges utan att samtliga anbudsgivare eller tänkbara anbudsgivare i sådant fall informeras om detta i så god tid att de kan anpassa sin anbudsgivning därefter.

Innan en upphandlande myndighet beslutar om tilldelning i en offentlig upphandling måste myndigheten förvissa sig om att vinnande anbudet uppfyller samtliga för upphandlingen obligatoriska s.k. skall-krav. Anbud som inte uppfyller ställda krav eller innehåller otillåtna reservationer måste nämligen förkastas såsom orena anbud och får inte antas. Kravet att orena anbud alltid måste förkastas, även om bristerna skulle hänföra sig till administrativa förhållanden eller vara av rent formell karaktär, framgår av fast rättspraxis från EG-domstolen, bland annat av domstolens avgörande i det s.k. Stora Bält-målet, *kommissionen mot Danmark (C-243/98)*.¹⁰ För svenskt vidkommande har tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU)¹¹ med hänvisning till Stora Bält-målet flera gånger erinrat om skyldigheten som föreligger för upphandlande myndigheter att avvisa orena anbud.¹² Vidare har EU-kommissionen i en s.k. grönbok om offentlig upphandling bland annat påpekat följande:

Vid utvärderingen av anbuden får den upphandlande enheten [...] inte medge att anbud avviker från upphandlingsunderlagets skall-krav. Enheten skulle i så fall bryta mot direktivet och principen om likabehandling av anbudsgivare.¹³

Regelverket vid offentlig upphandling medger således inte att de upphandlande myndigheterna beslutar om tilldelning till visst anbud om detta i något hänseende avviker från förutsättningarna för anbudsgivningen, oavsett om förutsättningarna är av materiell eller rent formell natur. Enligt EG-domstolens praxis kan den upphandlande myndigheten dock i vissa fall avbryta en upphandling om myndigheten efter att ha bedömt och jämfört anbuden inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfördran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling.¹⁴

Enligt den s.k. *proportionalitetsprincipen* måste slutligen krav som uppställs i en offentlig upphandling vara relevanta (proportionella) i förhållande till det behov som ska täckas med upphandlingen.¹⁵ Av EG-domstolens fasta praxis, bl.a. i målet *Contse (C-234/03)*, följer bl.a. att det inte kan anses förenligt med det grundläggande gemenskapsrättsliga kravet på bl.a. proportionalitet

¹⁰ EG-domstolens dom av den 22 juni 1993 i mål nr C-243/89, *kommissionen mot Danmark*, REG 1993- I, s.3385. I målet, som avsåg danska statens upphandling för uppförande av en broförbindelse över Stora Bält, hade den upphandlande myndigheten inlett förhandlingar med en anbudsgivare och godtagit dennes anbud trots att anbudsgivaren inte uppfyllt ställda krav och trots att upphandlingsunderlaget inte medgav någon rätt att frångå dessa krav. Förfarandet bedömdes av EG-domstolen som en överträdelse av huvudändamålet med upphandlingsdirektiven, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Vidare, menade domstolen, innebar förfarandet brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare

¹¹ Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Från och med den 1 september 2007 har tillsynsansvaret övergått till Konkurrensverket.

¹² Nämnden för offentlig upphandling: NOU info mars -96, sid. 6 och NOU info okt. -96, sid. 10 och 17f.

¹³ EG-kommissionen antog i november 1996 en s.k. Grönbok om offentlig upphandling. Syftet med Grönboken är att behandla två huvudproblem, dels det otillräckliga och ofullständiga införlivandet av upphandlingsdirektiven i medlemsstaterna dels den relativt begränsade ekonomiska effekt som direktiven hittills har medfört. Se Grönboken, avsnitt 3.29.

¹⁴ Se EG-domstolens beslut av den 16 oktober 2003 i mål C-244-02, *Kaupatalo Hansel*, REG 2003, s. I-12139, p. 36.

¹⁵ Enligt EG-domstolens fasta praxis måste kriterierna i offentliga upphandlingar uppfylla följande fyra villkor. De ska (1) tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de ska (2) motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de ska (3) vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med upphandlingen uppnås och de ska (4) inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål - se EG-domstolens dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, *Kraus*, REG 1993, s. I-1663, p. 32, vidare domstolens dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, *Gebhard*, REG 1995, s. I-4165 samt av den 6 november 2003 i mål C-243/01, *Gambelli*, REG 2003, s. I-1303, pp. 64 och 65. EG-kommissionen har i en handbok från 2004 om miljökrav vid offentlig upphandling, "Buying Green! A Handbook on Environmental Public Procurement" (SEC [2004] 1050) uppmanat upphandlande myndigheter och enheter att "[a]lways make sure that everything you ask of potential bidders and their offers relates to the subject matter of the contract." (s. 5).

att uppställa föreskrifter om att leverantörerna redan på anbudsstadiet ska förfoga över viss utrustning eller kapacitet för den upphandlande tjänsten. Detta, menade domstolen, får till följd att det framstår som hindrande eller i vart fall väsentligt mindre attraktivt att lämna anbud i upphandlingen för företag som inte redan förfogar över sådana befintlig kapacitet.¹⁶

Yttrande

Länstrafiken har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande.

Länstrafikens upphandling har i aktuella delar prövats av Länsrätten i Norrbottens län. I de delar länsrätten har förordnat att upphandlingen ska rättas kommer Länstrafiken att följa länsrättens dom och göra en ny prövning. Hur utfallet av den prövningen blir kan bolaget av naturliga skäl inte avslöja. Länstrafikens uppfattning är att Konkurrenskommissionens rapport saknar betydelse i och med att upphandlingen inte har fullföljts enligt de omständigheter som där beskrivits. Bolaget anser att kommissionen därför ska avskryva ärendet.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Länstrafiken är en sådan s.k. upphandlande myndighet som är skyldig att vid sina anskaffningar iaktta den upphandlingsrättsliga regleringen. Den nu aktuella upphandlingen avseende samhällsbetalda transporter har påbörjats efter den 1 januari 2008 samt utlysts som en *öppen upphandling*. Förfarandet ska av dessa skäl bedömas i enlighet med de av EG-direktiv styrda bestämmelser som finns införda i 1 kap. – 14 kap. LOU. Upphandlingens handläggning förtjänar enligt Konkurrenskommissionens bedömning kritik i följande avseenden.

I) Av punkten 4.10 i förfrågningsunderlaget framgår att anbud ska innefatta minst ett fordon av typen "Multifordon". Som det aktuella kravet har presenterats i förfrågningsunderlaget, markerat med fetstil "**skall**", måste detta i enlighet med vad Länstrafiken har angivit på annan plats i underlaget (punkten 2.2) vara uppfyllt redan vid tidpunkten då anbudet inges. Eftersom krav på erforderlig kapacitet redan vid anbudsgivningen knappast kan anses ändamålsenligt och dessutom är ägnat att hindra eller i vart fall försvåra anbudsgivningen för företag som saknar sådan befintlig kapacitet, strider detta mot den gemenskapsrättsligt grundade proportionalitetsprincipen samt riskerar medföra diskriminerande verkan mellan leverantörer.

II) Enligt punkterna 2.6 och 2.8 i förfrågningsunderlaget ska ingivna anbud vara bindande i minst tre månader efter anbudstidens utgång samt kan komma att antas i sin helhet eller i delar. Vidare kan, enligt punkten 4.2, avtal komma att träffas utan att någon omsättningsvolym garanteras. Mot

¹⁶ Se EG-domstolens dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, *Contse*, REG 2005, s. I-9315. Målet gällde en upphandling avseende B-tjänster över tröskelvärdet, i form av hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd, där den upphandlande myndigheten hade uppställt villkor för deltagande (skall-krav) enligt vilket det anbudsgivande företaget vid tidpunkten för anbudets avgivande skulle förfoga över lokaler som är öppna för allmänheten, samt bedömningskriterier för anbudsvärderingen (bör-krav) som innebär att det skulle beaktas, i form av tilldelning av tilläggsopäng, att anbudsgivaren vid anbudsgivningen besitter egna anläggningar för tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas inom visst geografiskt område eller lokaler öppna för allmänheten på andra angivna orter. EG-domstolen konstaterade i domskälen att de aktuella kraven och önskemålen om befintlig kapacitet redan vid tidpunkten för anbudsgivningen är ägnade att medföra särskilda utgifter för leverantörerna som de endast kan få tillbaka om kontraktet tilldelas dem. Detta, menade domstolen, får till följd att det framstår som hindrande eller i vart fall väsentligt mindre attraktivt att lämna anbud i upphandlingen för företag som inte redan förfogar över sådana befintlig kapacitet (pp. 29 och 30). Efter diverse resonemang avseende de praktiska överväganden som legat till grund för den upphandlande enhetens kravspecifikationer angav EG-domstolen slutligen att förekomsten av de aktuella kraven i en kravspecifikation strider mot artikel 49 i EG-föredraget om etableringsfrihet och den inre marknaden. Detta gäller enligt domstolen även om man utgår ifrån att aktuella krav och önskemål har tillkommit med syftet att garantera leveranssäkerheten och att de därmed i sig kan anses knutna till det mål som eftersträvas i de omtvistade upphandlingarna och lämpade att uppnå detsamma (domskälen p. 71). EG-domstolen menade att den en upphandlande myndigheten istället genom särskilda kontraktsvillkor skulle kunna säkerställa sådan leveranssäkerhet som åsyftades med de uppställda kraven (domskälen pp. 45 och 46). För liknande resonemang, se även EG-domstolens dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, *EVN och Wienstrom*, REG 2003, s. I 14527, p. 39.

denna bakgrund framstår det tillägg som Anbudsgivare A har angivit till sitt anbud – med innebörden att bolaget måtte tillåtas att dra tillbaka anbudet om detta inte antas i sin helhet – som en otillåten reservation. Anbudet skulle av detta skäl rätteligen ha förkastats från upphandlingen och aldrig lagts till grund för beslut om tilldelning. Även i detta avseende strider den aktuella upphandlingens handläggning mot grundläggande gemenskapsrättsliga principer om likabehandling och ickediskriminering samt öppenhet (transparens).

Länstrafiken har vid sin handläggning av den aktuella upphandlingen åsidosatt LOU och grundläggande gemenskapsrättsliga principer. Den omständigheten att Länstrafiken har förklarat att man avser att följa länsrättens dom medför inte att bolaget kan undgå kritik. Detta har inte skett frivilligt utan mot Länstrafikens bestridande i domstol. Att bolaget måste följa länsrättens dom är självklart. Förutsättningarna för en effektiv konkurrens har sammantaget kommit att snedvridas samtidigt som förtroendet för Länstrafiken som upphandlare har undergrävt.