



**LÄNSRÄTTEN
I MARIESTAD**

Agneta Ekroth Yngström

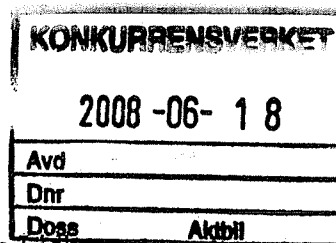
DOM
2008 -06- 17
Meddelad i
Mariestad

Mål nr
372-08 E
Rotel 1

SÖKANDE

Sandarna Transporter AB, 556493-1177
Fältspatsgatan 10
421 30 Västra Frölunda

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



MOTPART

Västrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

Ombud: Advokat Anders Nilsson och Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten bifaller framställningen och förordnar att Västrafik AB:s upphandling av flexlinjetrafik i Majorna-Linnéstaden (trafikåtagande 2) skall göras om.

Länsrättens interimistiska beslut av den 26 april 2007 att upphandlingen inte får avslutas skall fortsatt gälla till dess att lagakraftäggande dom i målet föreligger.

Dok.Id 32544

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 800	Stockholmsvägen 6	0501-676 00	0501-676 46	måndag – fredag
542 18 Mariestad		E-post: lansrattenimariestad@dom.se		08:30-12:00 13:30-15:00

YRKANDE M.M.

Sandarna Transporter AB har i framställning, som kom in till länsrätten den 25 april 2007, yrkat ingripande enligt LOU avseende Västtrafik AB:s upphandling av flexlinjetrafik i Majorna-Linnéstaden (trafikåtagande 2). Sandarna Transporter AB har – såsom talan slutligt bestämts – yrkat i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så vis att Sandarna Transporter AB tilldelas kontraktet och i andra hand att upphandlingen skall göras om.

Länsrätten har i beslut den 26 april 2007 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Länsrätten har i beslut den 4 juni 2007 avslagit ett av Sandarna Transporter AB i målet framställt yrkande att Västtrafik AB skulle föreläggas att utge allmän handling.

Länsrätten har därefter i dom den 5 november 2007, mål nr 957-07, förordnat att Västtrafik AB:s upphandling av flexlinjetrafik (trafikåtagande 2) skall göras om och att det interimistiska beslutet skall bestå.

Domen överklagades av Västtrafik AB. Kammarrätten i Jönköping beslutade den 26 februari 2008, mål nr 3831-07 att undanröja länsrättens dom och visa målet åter för ny handläggning. Kammarrätten anförde som skäl för beslutet följande. "Länsrätten har förordnat att den i målet aktuella upphandlingen ska göras om eftersom det föreligger risk för sammanblandning av kvalificeringsfas och utvärderingsfas. Denna grund har emellertid Sandarna varken åberopat eller berört i sin begäran om överprövning hos länsrätten. Frågan i målet är därför om länsrätten ex officio ägt ta upp brist i upphandlingen som inte åberopats av sökanden och lägga denna till grund för ett ingripande med stöd av 7 kap. 2 § LOU. Med hänsyn till att mål av

aktuellt slag berör affärsrelationer mellan i huvudsak jämbördiga parter där starka motstående intressen gör sig gällande finner kammarrätten att länsrätten inte har bort lägga en av Sandarna icke åberopad brist till grund för sitt avgörande (jmf Kammarrättens i Stockholm dom den 13 januari 2006 i mål nr 3784-05). Länsrättens dom ska därför undanröjas och målet visas åter för ny prövning.

Parterna har härefter förelagts att yttra sig på nytt till länsrätten.

Sandarna Transport AB har därvid i huvudsak anfört följande. Sandarna vidhåller och hänvisar till vad bolaget tidigare anfört i såväl länsrätten som kammarrätten med följande tillägg. Upphandlingen är felaktig då det vinnande anbudet (Orusttrafiken) erhållit för hög poäng avseende utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" och underkriterierna "Organisation" och "Förebygga störningar". Västtrafik AB:s ("Västtrafik") utvärderingsmetod har inte lett till ett rättvisande resultat och upphandlingen står därför i strid med likabehandlingsprincipen samt kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Vidare är förfrågningsunderlaget med avseende på utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" så otydligt och oklart formulerat att det är omöjligt för anbudsgivarna att förstå vad som efterfrågas. Upphandlingen uppfyller därmed inte kravet på transparens och affärsmässighet. Bristerna i förfrågningsunderlaget är av sådan allvarlig art och karaktär att upphandlingen måste göras om. De krav som Västtrafik uppställt i utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" innebär, att en andra utvärdering görs av anbudsgivarna i kvalificeringshänseende. Fråga är således om en ytterligare kvalificeringsrunda. Det föreligger därför en uppenbar risk för sammanblandning av absoluta krav i såväl kvalificerings- som utvärderingshänseende, vilket inte är förenligt med kravet på affärsmässighet. Till stöd för att det av Västtrafik uppställda utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" inte är förenligt med LOU åberopar bolaget EG-domstolens dom av den 24 januari 2008 mål nr C-532/06, Emm. G. Llanakis AE m fl mot Dimos Alexandroupolis m fl.

EG-domstolen slår i detta avgörande fast att en åtskillnad måste göras mellan urvalskriterier och tilldelningskriterier. Urvalskriterier skall syfta till att fastställa anbudsgivarens lämplighet och skall utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. Tilldelningskriterierna däremot skall utgå från kriterierna om lägst pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. EG-domstolen konstaterade att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra tilldelningskriterier. Domstolen ansåg att det föreligger hinder för den upphandlande enheten att såsom tilldelningskriterier, och inte som urvalskriterier, beakta anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projekt inom fastställda tidsfrister. Sandarna anser att de kriterier som Västtrafik uppställt i förfrågningsunderlaget – särskilt utvärderingskriteriet ”Utförandekvalitet” utgör ett sådant krav som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget, varför kriteriet inte utgör ett tillåtet tilldelningskriterium. Utöver vad Sandarna tidigare anfört i länsrätten i mål nr 957-07 gör Sandarna gällande att den av Västtrafik tillämpade utvärderingsmodellen brustit i fråga om proportionalitet genom att utvärderingskriteriet ”Utförandekvalitet” utformats på ett sådant sätt att det innebär att större krav ställs på leverantören att lämna information än vad som egentligen behövs för att erhålla kontraktet i upphandlingen.

Västtrafik AB har i huvudsak anfört följande. Västtrafik har i sitt överklagande till kammarrätten anfört att de brister som länsrätten funnit i upphandlingen d.v.s. att Västtrafik utformat utvärderingskriteriet ”Utförandekvalitet” på ett sådant sätt att det föreligger en risk för sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen, samt att den av Västtrafik tillämpade utvärderingsmodellen brister i fråga om proportionalitet genom utformningen av utvärderingskriteriet ”Utförandekvalitet”, överhuvudtaget inte åberopats eller berörts i Sandarnas ansökan om överprövning. Kam-

marrätten delade Västtrafiks uppfattning att länsrätten inte haft möjlighet att lägga icke åberopade brister till grund för domen. Vid länsrättens förnyade prövning av målet har länsrätten att pröva endast de brister och omständigheter som var åberopade då länsrätten slutligt skiljde sig från målet den 5 november 2007. Skriftväxlingen i målet var då avslutad och inga nya omständigheter kunde åberopas. Länsrätten har nu emellertid förelagt parterna att slutföra sin talan. Sandarna har då i inlägga kommit med nya omständigheter. Dessa omständigheter är identiska med de som kammarrätten konstaterat att länsrätten skall bortse ifrån. De nya omständigheter som Sandarna gjort gällande skall därför lämnas utan avseende. För det fall länsrätten skulle lägga dessa nya omständigheter till grund för dom föreligger, enligt Västtrafiks uppfattning, ånyo ett grovt rättegångsfel. Om länsrätten i sin dom av den 5 november 2007 inte hade beaktat de icke åberopade omständigheterna, hade Sandarna varit förhindrat att åberopa dessa i kammarrätten. Det är givetvis orimligt att Västtrafik skall försättas i en sämre position genom att länsrätten begått ett grovt rättegångsfel. Om länsrätten, ändå skulle pröva dessa omständigheter vill Västtrafik särskilt framhålla följande. Västtrafik har, i likhet med flertalet större upphandlande enheter i Sverige, under ett flertal år tillämpat utvärderingsmodeller där hänsyn bl. a. tas till kvalitet. I den aktuella upphandlingen var ett av utvärderingskriterierna ”Utförandekvalitet”. Att hänsyn får tas till kvalitet vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga framgår uttryckligen av lagtexten. Den aktuella upphandlingen avser tjänster. Bedömningen av en kommande tjänsts kvalitet avser i vilken utsträckning den kommer att uppfylla de önskemål en upphandlande enhet har. En upphandlande enhet blir då tvungen att bedöma hur anbudsgivaren historiskt utfört uppdrag och bedöma anbudsgivarens beskrivning av hur det aktuella uppdraget kommer att utföras. Det är således inte fråga om huruvida anbudsgivarna kan utföra uppdraget (deras förmåga att utföra det aktuella uppdraget, jmf EG-domstolens dom i mål C-532/06), utan fråga om hur väl (kvalité) uppdraget kommer att utföras. Det som Västtrafik utvärderat inom ramen för Utföran-

dekvalitet är således inte anbudsgivarnas kvalifikationer, utan sättet på vilket tjänsterna kommer att utföras. Västtrafik har i förfrågningsunderlaget uppställt ett antal kvalificeringskrav. Kraven har specificerats under avsnitt 4.1 Anbudets form och innehåll i förfrågningsunderlaget. Av nämnda punkt framgår bl.a. att anbudsgivarna skall bifoga en redovisning av hur företaget arbetar eller avser arbeta med utförandekvalitet i efterfrågad och offererad tjänst, enligt de frågor som redovisas i bilaga C 1.1 Beställarens kvalitetskrav. I förfrågningsunderlaget beskrivs hur de aktuella svaren kommer att behandlas vid utvärderingen. Sandarna anför nu även att Västtrafik gjort "en andra utvärdering av anbudsgivarna i kvalificeringshänseende." Vad Sandarna anført i denna del är helt oförståeligt för Västtrafik. Det är helt korrekt att kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen inte får blandas ihop, vilket Sandarna gör. Någon utvärdering sker överhuvudtaget inte av anbudsgivarna i kvalificeringsfasen. Vilken ytterligare utvärdering Sandarna syftar på är därför oklart. Förfrågningsunderlaget ger inte utrymme för någon utvärdering i kvalificeringshänseende. Angående påstådd överträdelse av proportionalitetsprincipen anför Sandarna nu att utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" utformats på ett sådant sätt att det innebär att större krav ställs på leverantören att lämna information än vad som egentligen behövs för att erhålla kontraktet i upphandlingen. Sandarna synes återigen blanda ihop kvalificeringsfasen med utvärderingsfasen. Västtrafik har ställt ett krav på information. Den information som infordrats har sedermera använts för utvärdering. Det synes högst oklart om Sandarna menar att det är kravet på information eller utvärderingskriteriet som strider mot proportionalitetsprincipen. Enligt proportionalitetsprincipen skall alla åtgärder som vidtas vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. Av EG-domstolens fasta rättspraxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts skall genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i EG-domstolens praxis. För det första skall en bedömning

göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att nå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Västtrafiks krav på information har således varit såväl en lämplig och effektiv som nödvändig åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet; att erhålla underlag för utvärderingen. Vad Sandarna anfört kan möjligen tolkas som att det är utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" i sig som Sandarna anser är oproportionerligt. Västtrafik är av den bestämda uppfattningen att utvärderingskriteriet är såväl en lämplig och effektiv, som nödvändig åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet; en kvalitetssäkrad leverans av flexlinjetrafik. Länsrätten synes i föregående dom inte ha tagit ställning till vad Västtrafik anfört avseende att Sandarna varken lidit eller riskerat att lida skada i upphandlingen. Västtrafik vill därför återigen framhålla att Sandarnas anbud inte uppfyllde i förfrågningsunderlaget uppställda krav. Anbudet borde därför ha förkastats. Sandarna har därför inte riskerat någon skada. Västtrafik anser att upphandlingen i alla delar genomförts i enlighet med LOU samt gemenskapsrättsliga regler.

Sandarna har i genmäle anfört i huvudsak följande. De omständigheter som länsrätten lagt till grund för sin slutsats att förfrågningsunderlaget även strider mot proportionalitetsprincipen har åberopats av Sandarna redan i länsrätten i mål nr 957-07. Sandarna har vidare gjort gällande att förfrågningsunderlaget och tillämpningen av detsamma står i strid med kravet på afärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, vilken innefattar samtliga de fem grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Sandarna har således åberopat samtliga omständigheter som länsrätten prövat. I vart fall har Sandarna enligt instansordningsprincipen rätt att åberopa vilka omständigheter Sandarna vill i länsrätten. Länsrätten kan komma till samma slut som länsrätten

gjorde den 5 november 2007 även utan att lägga de av Sandarna anförda grunderna avseende proportionalitetsprincipen och sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfas till grund för sitt avgörande. Av länsrättens dom av den 5 november 2007 s. 22 framgår att länsrätten finner att upphandlingen med avseende på förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell inte uppfyller kraven på likabehandling och transparens. Den omständigheten att länsrätten valt att gå ytterligare ett steg och därvid konstatera att den tillämpade utvärderingsmodellen också brustit i fråga om proportionalitet därigenom att utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" utformats på ett sådant sätt att det innebär att större krav ställs på leverantören att lämna information än vad som egentligen behövs för att erhålla kontraktet i upphandlingen, förändrar således inte slutsatsen att upphandlingen skall göras om på grund av bristande iakttagande av principerna om likabehandling och transparens. Länsrätten kan således komma till samma slutsats utan att hänvisa till proportionalitetsprincipen. Vidare har länsrätten i sista stycket på s. 22 i domen konstaterat att eftersom de angivna felaktigheterna hänför sig till grundläggande principer samt till brister i förfrågningsunderlaget och i angivna förutsättningar för upphandlingen kan felen inte åtgärdas genom en ny utvärdering i enlighet med sökandens yrkande i första hand, varför upphandlingen skall göras om. Länsrätten fann därför inte skäl att särskilt bedöma av sökanden i övriga åberopade grunder för framställningen om överprövning. Länsrätten har därför nu att pröva även dessa av Sandarna åberopade övriga grunder. De kriterier som Västtrafik uppställt i förfrågningsunderlaget – särskilt utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" utgör ett sådant krav som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget, varför kriteriet inte utgör ett tillåtet tilldelningskriterium. Länsrätten har i sin dom av den 5 november 2007 kommit till samma slutsats som EG-domstolen, nämligen att detta utvärderingskriterium inte är tillåtet utan oförenligt med LOU och dess bakomliggande EG-direktiv. Upphandlingen skall därför göras om enbart av detta skälet. Västtrafik gör nu gällande att det som Västtrafik utvärderat inom ramen för Utförandekvalitet är sättet på vilket tjänsterna

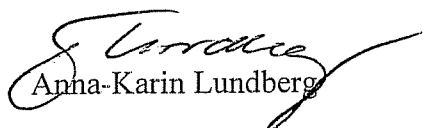
kommer att utföras. Sandarna vill i detta sammanhang anmärka att det inte är så som kravet har angetts i förfrågningsunderlaget. Det föreligger därför en diskrepans mellan hur kravet uppställts i förfrågningsunderlaget och hur det tillämpats. utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" är oförenligt med likabehandlingsprincipen och principen om transparens, samt står dessutom i strid med proportionalitetsprincipen. De omständigheter som visar detta har tidigare åberopats i länsrätten. Västtrafik har under upphandlingen ansett att Sandarna uppfyllde ställda skallkrav och utvärderat detta. Först under pågående process i länsrätten har Västtrafik ändrat uppfattning och nu funnit att så inte skulle vara fallet. Då Västtrafik tidigare godtagit Sandarna som leverantör och utvärderat dess anbud föreligger det således risk för skada för Sandarna, varför det inte på grund av vad Västtrafik anfört föreligger skäl för att inte pröva Sandarnas begäran om överprövning.

Västtrafik har i genmäle anfört i huvudsak följande. Västtrafik vidhåller sin uppfattning att länsrätten skall avgöra målet på grundval av vad som åberopats per den 5 november 2007. Sandarna påstår nu att det föreligger en diskrepans mellan hur utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" angetts i förfrågningsunderlaget och hur det tillämpats. Västtrafik bestrider att någon sådan diskrepans föreligger. Sandarna anför nu att det är utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" strider mot proportionalitetsprincipen. Syftet med utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" att hitta den leverantör som levererar flexlinjetrafik av hög kvalitet och att detta kriterium tillsammans med övriga utvärderingskriterium skall ge Västtrafik en möjlighet att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Västtrafik menar att det aktuella kriteriet är såväl lämpligt som effektivt för att uppnå det aktuella syftet. Sandarnas anbud är bristfälligt och borde rätteligen ha förkastats. Av förbi-seende från Västtrafiks sida noterades inte bristerna i Sandarnas anbud före det att tilldelningsbeslut meddelades. Då Sandarnas anbud rätteligen inte skulle ha kvalificerats till utvärdering och att Sandarna därmed aldrig hade kunnat erhålla uppdraget, har Sandarna inte lidit eller riskerat att lida skada.

Länsrätten gör följande bedömning.

Västtrafik har anfört att Sandarna skulle vara förhindrade att i detta mål åberopa nya grunder till stöd för sitt yrkande om överprövning av Västtrafiks upphandling av flexlinjetrafik i Majorna – Linnéstaden. Något stöd för denna uppfattning har emellertid enligt länsrättens mening inte framkommit i målet. Länsrätten prövar således samtliga nu åberopade grunder. Länsrätten har i sin dom den 5 november 2007, mål nr 957-07, bilaga 1, utförligt redogjort för parternas inställning, uppgifterna i förfrågningsunderlaget samt för i målet aktuell lagstiftning. Länsrätten har i domen vidare gjort bedömningen att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen inte uppfyller kraven på likabehandling och transparens. Denna bedömning kvarstår. Enligt länsrättens mening har den tillämpade utvärderingsmodellen även brustit i fråga om proportionalitet därigenom att utvärderingskriteriet "Utförandekvalitet" utformats på ett sådant sätt att krav ställs på leverantören att lämna mer information än vad som egentligen behövs för att erhålla kontraktet i upphandlingen. Ett slutförande av upphandlingen skulle medföra skada eller i vart fall risk för skada för Sandarna Trafik AB i dess ställning som leverantör. Mot bakgrund av det nu anförda finner länsrätten att Sandarna Trafik AB:s framställning om åtgärder enligt LOU är befogad och skall bifallas. - Med hänsyn till att de angivna felaktigheterna hänför sig till grundläggande principer samt till brister i förfrågningsunderlaget och i angivna förutsättningar för upphandlingen kan felen inte rättas genom en ny utvärdering i enlighet med sökandens yrkande i första hand. Upphandlingen skall vid nämnda förhållanden göras om. Länsrättens interimistiska beslut skall därvid bestå.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1d)


Anna-Karin Lundberg