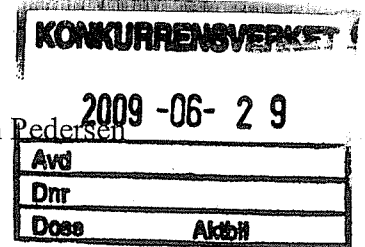




KLAGANDE

Swebus AB, 556057-0128
Armégatan 38
171 71 Solna

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell, jur. kand. Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm



MOTPART

Region Skåne
Skånetrafiken
281 83 Hässleholm

Ombud: Advokat Herman Sahlin
Advokatfirman Lindmark Welinder AB
Kungsgatan 2 C
223 50 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

DOMSLUT

1. Upphandlingen ska göras om i den del som avser Trafikområde Hässleholm.
2. Länsrätten avslår yrkandena om ingripande enligt LUF beträffande Trafikområde Landskrona, Trafikområde Trelleborg och Trafikområde Österlen.

YRKANDEN M.M.

Skånetrafiken genomför en upphandling av busstrafik (Trafikupphandling 2008, dnr 185/2008 056) med förhandlat förfarande. Upphandlingen omfattar fem trafikuppdrag (Helsingborg, Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen).

Swebus AB (nedan Swebus) ansöker om överprövning av upphandlingen i de delar som avser Trafikuppdrag Hässleholm, Trafikuppdrag Landskrona, Trafikuppdrag Trelleborg och Trafikuppdrag Österlen samt yrkar i första hand att upphandlingen i dessa delar ska göras om. I andra hand yrkar Swebus att upphandlingen av Trafikuppdrag Hässleholm ska få avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att anbudet från Orusttrafiken AB förkastas och att Swebus tilldelas kontraktet.

Skånetrafiken motsätter sig bifall till ansökan och yrkar i första hand att länsrätten ska ogilla samtliga Swebus yrkanden, i andra hand att länsrätten ska besluta att Skånetrafiken ska vidta rättelse i upphandlingen av Trafikuppdraget Hässleholm men ogilla Swebus övriga yrkanden, samt i tredje hand att länsrätten ska besluta att Skånetrafiken ska vidta rättelse i upphandlingen av Trafikuppdrag Hässleholm, Trafikuppdrag Landskrona, Trafikuppdrag Trelleborg och Trafikuppdrag Österlen genom att justera förfrågningsunderlaget och låta samtliga kvalificerade anbudsgivare komma in med nya anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga grundläggande bestämmelser

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LUF framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på

talans av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att länsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

En upphandlande enhet ska enligt 1 kap. 24 § LUF 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 om proportionalitet iakttas.

Parternas argumentation och länsrättens bedömning

1. Sammanblandning av leverantörskvalificeringen (urvalskriterier) och anbudsutvärderingen (tilldelningskriterier)

Swebus:

Skånetrafiken har beaktat omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen vid anbudsutvärderingen. Detta har gjorts genom att Skånetrafiken utvärderat driftorganisation, kvalitetssäkrings- och uppföljningsrutiner, lokal ledning samt kompetens och erfarenhet, trots att dessa omständigheter avser anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet och därför rätteligen skulle ha, och även har, beaktats redan inom ramen för leverantörskvalificeringen. Det framgår såväl av lagtexten som av fast rättspraxis från EG-domstolen att kvalificeringsfasen, som avser krav på leverantören, och utvärderingsfasen, som avser krav på och kriterier för bedömning av föremålet för upphandlingen, inte får sammanblandas.

Skånetrafiken:

De trafik tjänster som Skånetrafiken upphandlar för de fem trafikområdena avser utförande av tidtabellslagd linjetrafik med buss. Förutom framförande av buss i rätt tid ingår övervakning av trafiken och underhåll av de fordon som används. Det är ett stort och komplext tjänsteuppdrag som omfattar många kritiska moment. Anbudsgivarens planering och organisering av genomförandet av uppdraget är av stor betydelse för om denne ska lyckas med att på rätt sätt utföra de upphandlande tjänsterna med den kvalitet som resenärerna begär. Av Huvudtexten (7.1 och 10.1) samt ”frågor och svar” framgår att den information som ska finnas med i anbudet och sedan bli föremål för kvalitetsutvärdering, avser anbudsgivarens genomförande av det aktuella uppdraget och inte anbudsgivarens förmåga i allmänhet. Det finns således en tydlig koppling mellan utvärderingskriterierna och upphandlingsföremålet.

Länsrättens bedömning:

Vid en upphandling måste kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier skiljas åt. Detta framgår förutom av 11 kap. 1 § LUF även av EG-domstolens domar i mål C 31/87 (Beentjes), mål C 315/01 (GAT) och mål C-532/06 (Lianakis). I det sistnämnda målet uttalar EG-domstolen att kvalificeringskriterier (”kriterier för kvalitativt urval”) ska syfta till att fastställa anbudsgivarens lämplighet och utgå från kriterierna om ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet, medan tilldelningskriterierna ska utgå från kriterierna om lägst pris eller det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet. EG-domstolen konstaterar att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan anses utgöra tilldelningskriterier. I den aktuella upphandlingen hade den upphandlande enheten som tilldelningskriterier beaktat

anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projekt inom fastställda tidsfrister. EG-domstolen fann att dessa kriterier huvudsakligen avsåg att fastställa anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser och att det därmed rörde sig om kriterier som avsåg anbudsgivarens förmåga att utföra projektet. Kriterierna var således inte tillåtna tilldelningskriterier.

Enligt länsrätten är det inte rimligt att tolka Lianakis-domen som att personalerfarenhet och -kompetens aldrig kan utgöra tilldelningskriterier vid upphandlingar som rör tillhandahållande av tjänster. Avgörande för om sådana kriterier är tillåtna måste vara om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kompetens etc. och kvalitetsnivån på det som upphandlas (jfr Kammarrättens i Göteborgs dom den 7 april 2009, mål nr 6411-08).

Av Huvudtexten i förfrågningsunderlaget till Skånetrafikens upphandling kan i punkt 7.1 och 10.1 samt ”frågor och svar” utläsas att ett det som ska utvärderas under kriteriet kvalitet är kompetens och erfarenhet hos den för det aktuella trafikuppdraget lokala ledningen samt driftssäkerhet i trafikföretagets plan för uppdragets genomförande (driftsorganisation, kvalitets-säkrings- och uppföljningsrutiner samt uppstartsplan). Det som utvärderas avser enligt länsrätten inte leverantörens allmänna kapacitet m.m., utan har en direkt avgörande betydelse för hur väl det enskilda faktiska uppdraget kommer att utföras. Därmed finns det en sådan direkt koppling mellan angivna utvärderingskriterier och kvalitetsnivån på det som upphandlas att dessa kriterier måste anses vara tillåtna vid tilldelningsfasen. Dessa kriterier är inte heller överensstämmande med de mer allmänna kriterier som utgjort grund för leverantörskvalificeringen. Länsrätten anser således att urvals- och tilldelningskriterier inte har sammanblandats på ett sätt som strider mot gällande bestämmelser eller grundläggande upphandlingsprinciper.

2. Otydligt förfrågningsunderlag

Swebus:

Förfrågningsunderlaget är otydligt. Det anges inte med tillräcklig grad av precision enligt vilka parametrar kriteriet kvalitet kommer att utvärderas. I förfrågningsunderlaget anges i avsnitt 10.6 i Huvudtexten att ”Utvärdering av kvalitet kommer att bygga på en bedömning av den information som trafikföretaget lämnar i sitt anbud och poängsättning av varje kvalitetskriterium kommer att göras enligt följande:

1. Anbudet ej godtagbart
2. Anbudet godtagbart utan mervärden
3. Anbudet har några mervärden
4. Anbudet har flera mervärden
5. Anbudet har betydande mervärden”.

Swebus har vid ett flertal tillfällen ställt frågor om vad som menas med de uttryck som använts vid poängsättningen eftersom det, utan vägledning från Skånetrafiken, är omöjligt att på förhand utröna vad som avses med dessa begrepp. I sitt svar anger Skånetrafiken att man inte kan förutse hur anbuden kommer att utformas och att det därför är omöjligt att beskriva vad som avses med uttrycket ”mervärde” och skillnaden mellan ”några”, ”flera” och ”betydande”. Skånetrafiken har inte kunnat visa att utvärderingen inte bygger enbart på subjektiva bedömningar från referensgruppen.

I den aktuella branschen, som har hög omsättning och låga marginaler, skiljer sig anbud från de olika aktörerna på marknaden i princip enbart åt vad gäller kvalitet. I pris är det mycket små skillnader mellan de olika leverantörerna eftersom en leverantörs kostnad att köra buss en viss sträcka inte går att påverka i någon större utsträckning. Oklara förutsättningar för utvärdering av kvalitet leder inte bara till en osäkerhet om hur anbudsgi-

varna ska utforma sina anbud med avseende på kvalitet, utan innebär även osäkerhet vid anbudsgivarnas kalkylering av anbudspriset. Detta eftersom anbudsgivarna – som inte på förhand kan bilda sig en uppfattning om hur Skånetrafiken kommer att utvärdera offererad kvalitet och hur denna förhåller sig till konkurrenternas kvalitet såsom den är allmänt känd från tidigare upphandlingar – inte kan bedöma vilket pris de bör offerera för att ha förutsättningar att vinna upphandlingen. I rättspraxis har det vid upprepade tillfällen slagits fast att oklara krav och kriterier står i strid med principerna om transparens och likabehandling.

Skånetrafiken:

Skånetrafiken har i förfrågningsunderlagets Huvudtext, Avtalsmodell och Kvalitetsbilaga samt under ”frågor och svar” lämnat detaljerad information om utvärderingen av kvalitet för Grundleveransen, Option kvalitetshöjning och Option resandeökning. Kriterierna för utvärdering av kvalitet är tillräckligt preciserade och anbudsgivarna har fått god vägledning om hur kvaliteten kommer att bedömas. Poängsättningen av kvaliteten i Grundleveransen och de två optionerna har gjorts utifrån skalan i punkt 10.6. i Huvudtexten. I praktiken har poängsättningen gått till på följande sätt. Fyra av Skånetrafikens tjänstemän som arbetar med trafikutveckling och den upphandlingsansvarige har gjort kvalitetsutvärderingen. De har var för sig läst anbuden och poängsatt dessa. Endast den upphandlingsansvarige har haft tillgång till anbudspriserna och utvärderingsgruppen har vid två interna möten diskuterat anbuden. Även Skånetrafikens trafikchef har då deltagit. Trafikutvecklarna har gått igenom anbuden ett flertal gånger och efter deras poängsättning har det gjorts en sammanställning inför den totala summeringen.

Det ligger i sakens natur att poängsättning av kvalitetsaspekter i tjänsteupphandlingar med nödvändighet alltid är en fråga om professionell be-

dömning. Vid poängsättningen har trafikutvecklarna gett anbuden poäng utifrån skalan 1–5. Den semantiska beskrivningen av varje poäng, t.ex. att 3 poäng motsvarar ”Anbudet har några mervärden”, är endast ett sätt att med ord beskriva spannet i skalan. Poängsättningen har skett inom ramen för de övergripande kvalitetskraven. Värderingen och poängsättningen tar sin utgångspunkt i trafikutvecklarnas mångåriga erfarenhet av kollektivtrafik. Skånetrafiken menar att villkoren för poängsättning är tillräckligt beskrivna i förfrågningsunderlaget och att Skånetrafiken vid utvärderingen följt förfrågningsunderlaget.

Länsrättens bedömning:

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudet vad avser kriteriet kvalitet kommer att poängsättas mellan 1 och 5 och att fördelningen av poäng mellan 3 och 5 beror på om anbudet anses ha ”några”, ”flera” eller ”betydande” mervärden. Länsrätten kan konstatera att det i förfrågningsunderlaget eller i svar på frågor inte närmare anges vad som avses med ”mervärde”, ”flera” och ”betydande”. Uttrycken är i sig naturligtvis rent semantiskt inte entydiga. Tolkningen av vad som avses måste emellertid ses i sitt sammanhang; anbudsgivarna i upphandlingen vet vilka handlingar som ska lämnas in och vad som kommer att kvalitetsbedömas. Eftersom anbudsgivarna i en upphandling av detta slag är allt annat än amatörer på området, bör de förstå vad som kan anses utgöra mervärden för en upphandlande enhet. Anbudsgivarna har även informerats om att utvärderingen kommer att göras av tjänstemän som arbetar med trafikutveckling.

Kvaliteten tillmäts främst betydelse vid utvärderingen av optionerna (100 respektive 60 procent) och för dessa har Skånetrafiken öppnat upp för kreativa lösningar. Om en upphandlande enhet alltid skulle vara tvungen att exakt ange vad som avses med uttryck som ”mervärde” etc. skulle det aldrig vara möjligt att premiera nytänkande när något ska upphandlas, vil-

ket inte kan vara avsikten med den rättsliga regleringen på området. Mot denna bakgrund finner länsrätten att de uttryck som har använts i förfrågningsunderlaget, för att beskriva hur utvärderingen av kvalitet ska göras, inte innebär att underlaget är otydligt. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

3. Relativ utvärderingsmodell

Swebus:

Utvärderingsmodellen är inte förutsebar (transparent) för anbudsgivarna eftersom den innebär att anbuden jämförs med varandra och att utvärderingen därmed påverkas av ovidkommande faktorer, i detta fall övriga anbudsgivares priser. Anbudsgivarna har poängsatts i förhållande till avvikelser från lägsta pris. Den slutliga bedömningen av ett anbud har således gjorts avhängig av hur de andra anbuden bedömts. Det går inte att utläsa vad som i praktiken tillmäts betydelse vid utvärderingen. Detta illustreras tydligt i ett yttrande från landets ledande experter på utvärderingsmodeller för upphandling, professorn i datalogi Arne Andersson och filosofie doktor i nationalekonomi Anders Lunander, i vilket det klart framgår att utvärderingsmodellen i upphandlingen rangordnar anbuden på ett näst intill godtyckligt, eller i vart fall oförutsebart, sätt i stället för att rangordna anbuden utifrån utvärderingskriterierna pris och kvalitet. Detta gäller för utvärderingen av såväl grundleveransen som Option Kvalitetshöjning. I en simulering visar Lunander och Andersson att viktningen mellan pris och kvalitet inte ger någon vägledning för hur poängsättningen av anbuden kommer att göras eftersom värderingen utgår från de övriga anbudsgivarnas priser som anbudsgivaren inte kan ha vetskap om på förhand.

Utvärderingsmodellen är således inte transparent, utan innebär att de olika utvärderingskriteriernas inbördes vikt varierar beroende på vilka anbud

som kommer in. Modellen är konstruerad på ett sådant sätt att priset får den i de flesta fall helt avgörande betydelsen, vilket innebär att förhållandet mellan pris och övriga utvärderingskriterier inte alls stämmer överens med den viktning som är angiven i förfrågningsunderlaget. Att samtliga anbudsgivares anbudspriser jämförs med det lägsta anbudspriset innebär dessutom att en anbudsgivare inte på förhand kan bedöma hur priset kommer att betygsättas, vilket i sin tur innebär att det inte finns möjlighet att utforma ett anbud på det mest konkurrenskraftiga sättet. Utvärderingsmodellens procentuella viktning ger med andra ord ingen som helst vägledning om hur anbudet ska utformas för att ha störst chans att vinna. En sådan modell är inte tillåten.

Skånetrafiken:

Den relativa utvärderingsmodellen innebär att anbuden jämförs med varandra och att bästa anbud får högst poäng och övriga anbud poäng beroende på hur de förhåller sig till bästa bud. Utvärderingsmodellen för de aktuella trafikuppdragen följer detta upplägg. Skånetrafikens uppfattning är att alla olika utvärderingsmodeller har både för- och nackdelar. Skånetrafiken har inte funnit exempel på någon modell som inte har några svagheter. Inför en förestående upphandling får en upphandlande myndighet välja den mest lämpliga modellen med hänsyn till omständigheterna i den konkreta upphandlingen. Skånetrafiken har valt en modell och presenterat den i förfrågningsunderlaget. Swebus argument bygger inte på att bolaget drabbats av någon konkret skada genom utvärderingsresultatet, utan på att modellen på grund av sin konstruktion automatiskt brister i förutsebarhet och likabehandling. Den relativa modellen för utvärdering av pris har tidigare godkänts av Länsrätten i Skåne län, Kammarrätten i Göteborg och andra förvaltningsdomstolar.

Länsrättens bedömning:

Det finns ett stort utrymme för varierande lösningar vid utformningen av utvärderingsmodeller, under förutsättning att grundprinciperna i upphandlingslagstiftningen och EG-rätten inte överträds. Något uttryckligt rättsligt stöd för att olika relativa modeller av princip skulle vara otillåtna finns inte, utan en bedömning måste göras från fall till fall. Den modell som Skånetrafiken valt för poängsättning av pris, och som finns tydligt redovisad i förfrågningsunderlaget, innebär att lägsta (bästa) anbudspris får högsta poäng och övriga anbud får en lägre poäng beroende på hur de förhåller sig till lägsta pris. Ett anbud med ett pris som är bara något högre än det lägsta priset får en poäng som är bara något lägre än högsta möjliga poäng, medan ett väsentligt högre pris får en väsentligt lägre poäng. Relativiteten är därför förutsebar.

Modellen innebär visserligen att en anbudsgivare inte kan förutse exakt vilken poäng den kommer att få om den inte känner till de andra anbudsgivarnas priser. Enligt länsrätten är poängsättningen emellertid så rättvisande som kan begäras med hänsyn till att anbudsgivarnas prissättning av nödvändighet inte är känd i förväg av vare sig upphandlande enhet eller konkurrerande anbudsgivare. Varje omsorgsfull leverantör bör kunna avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse och har därmed möjlighet att utforma sina anbud utifrån detta. Länsrätten anser därför att de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och förutsebarhet är tillgodosedda.

4. Skånetrafiken har vid utvärdering av Option Kvalitetshöjning använt en annan utvärderingsmodell än som angetts i förfrågningsunderlaget

Swebus:

Skånetrafiken har utan stöd i förfrågningsunderlaget bytt utvärderingsmodell med hänvisning till att priser som lämnades på Option Kvalitetshöjning inte angetts på det sätt som den upphandlande enheten förväntat sig. Detta utgör ett brott mot transparensprincipen och en överträdelse av LUF såtillvida att Skånetrafiken fullföljt upphandlingen i stället för att avbryta och göra om den. Om en upphandlande enhet anser att den valda utvärderingsmodellen inte kommer att leda till ett rättvisande resultat i upphandlingen är det korrekta agerandet att avbryta och göra om upphandlingen och inte, som Skånetrafiken gjort, avstå från att tillämpa modellen och i stället fullfölja upphandlingen med användning av en helt annan utvärderingsmodell.

Anbuden har utvärderats enligt en icke-linjär metod som innebär ett brott mot likabehandlingsprincipen. Av utvärderingsprotokollets punkt 9.1 framgår att bästa anbud fått högst poäng. Däremellan har anbudet fått poäng mellan 1 och 5, men det framgår inte exakt hur poängen har tilldelats. Skånetrafiken har gjort gällande att alla anbud behandlats likvärdigt. Poäng mellan 1 och 5 borde dock i sådana fall ha tilldelats linjärt, dvs. i direkt proportion till högsta respektive lägsta pris. När poängen illustreras i en graf framgår det tydligt att Skånetrafiken bytt utvärderingsformel jämfört med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och att poängen delats ut på ett fullkomligt ologiskt och inkonsekvent sätt.

Skånetrafiken:

Option Kvalitetshöjning innebär ett tillkommande åtagande och därmed tillkommande kostnader för anbudsgivarna. Skånetrafiken utgick från att anbudsgivarna skulle prissätta optionen genom att föra in sina kostnader i optionspriset. Vid öppningen av anbuden överraskades Skånetrafiken därför av att flera anbudsgivare prissatte optionen till ett öre eller noll kronor. En del anbud innehöll ett negativt pris, dvs. rabatt eller sänkning av anbudsgivarnas ersättning om optionen avropades. Den i punkt 10.5 angivna formeln för poängsättning av pris är inte lämplig när anbudsgivare lämnar in nollbud eller negativa anbud. Skånetrafiken beslutade därför att genomföra utvärderingen med utgångspunkten att priset för optionen med angiven viktning även fortsättningsvis skulle vara med i den totala summeringen av varje anbuds poäng.

Metoden för utvärderingen av optionens pris blev följande. Det anbud som hade bäst pris på optionen fick 5 poäng, vilket var helt i linje med Huvudtextens villkor. Bäst pris var för alla fem trafikområden ett negativt pris, dvs. en rabatt. Sämsta anbud, dvs. dyraste priset fick sedan 1 poäng i enlighet med den poängskala 1–5 som fanns angiven i Huvudtexten. De anbudsgivare som varken hade bäst eller sämst pris fick poäng mellan 1 och 5 beroende på var någonstans priset placerade sig mellan bästa och sämsta pris. Efter poängsättningen viktades priserna med angivna $(15 \% \times 40 \%) = 6$ procent. Bästa anbud har således fått viktade 0,3 i poäng och sämsta anbud har fått viktade 0,06 poäng.

Alla fem trafikområden och alla anbudsgivare har behandlats lika. Skånetrafiken anser att poängsättningen av optionen är rättvis och försvarlig och att den inte står i strid med upphandlingsrättsliga regler, eftersom det kriterium i utvärderingsmodellen som har justerats endast utgör som mest 6 procent av den totala mängd poäng som kan tilldelas. Den genomförda

utvärderingen följer nära de ursprungliga villkoren i förfrågningsunderlaget och medför därför inte någon större avvikelse från förfrågningsunderlaget. Alla anbud har behandlats på samma sätt.

Swebus har inte heller förmått visa vilken konkret skada i utvärderingsresultatet som bolaget drabbats av i åtminstone fyra av de fem trafikuppdragen, eftersom Swebus inte hade vunnit upphandlingen oavsett hur utvärderingen genomförts. Utvärderingen av priset för optionen kunde ge som mest 0,3 poäng. Vinnande anbud hade i alla trafikuppdrag utom Trafikuppdrag Hässleholm en marginal till näst bästa anbud överstigande 0,3 poäng. Även om vinnande anbud tilldelats 0 poäng för priset på optionen och näst bästa anbud fått full tilldelning med 5 poäng, hade således vinnande anbud ändå haft sammantaget bäst poäng på fyra av trafikområdena. Slutsatsen är att Swebus inte kan ha anses lidit någon skada för Trafikuppdrag Landskrona och Trafikuppdrag Trelleborg, oavsett hur utvärderingen av priset för optionen gjorts. Swebus lämnade inget anbud på Trafikuppdrag Österlen. Enligt Skånetrafikens uppfattning är utvärderingen av Trafikområde Hässleholm rättvisande och försvarlig.

Länsrättens bedömning:

Det är ostridigt att Skånetrafiken vid utvärderingen av Option Kvalitetshöjning har avvikit från den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen. Åtgärden som sådan har inte på något sätt kunnat påverka utformningen av lämnade anbud och enbart det faktum att Skånetrafiken bytt modell utgör därmed inte grund för ingripande enligt LUF. För att ett sådant ingripande ska bli aktuellt krävs i detta fall att Swebus kan påvisa att bolaget faktiskt kommit eller kan komma att lida skada till följd av att Skånetrafikens förfarande i utvärderingsfasen. I detta sammanhang noterar länsrätten dels att bytet av modell föranleddes av att vissa bolag lämnat nollbud eller negativa bud på vilka den i förfrågningsunderlaget tydligt

redovisade utvärderingsmodellen inte var tillämpbar, dels att Swebus var ett av de bolag som lämnade sådana bud. Swebus borde därför redan vid anbudslämnandet ha kunnat förutse att dess anbud skulle kunna föranleda problem vid utvärderingen.

Swebus har inte lämnat något anbud på Trafikuppdrag Österlen och kan därför inte ha lidit skada i denna del av upphandlingen till följd av att Skånetrafiken valde en annan utvärderingsmodell. Det saknas därmed skäl för ingripanden enligt LUF avseende Trafikuppdrag Österlen.

Beträffande Trafikuppdrag Landskrona och Trafikuppdrag Trelleborg kan länsrätten konstatera att utvärderingen av priset för optionen kunde ge som mest 0,3 viktade poäng, att Skånetrafiken vid viktningen har följt vad som anges i förfrågningsunderlaget samt att vinnande anbud för bägge trafikuppdragen hade en marginal till näst bästa anbud som översteg 0,3 poäng. Swebus kan därför inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av att Skånetrafiken har bytt utvärderingsmodell vid utvärderingen. Det finns således inte heller något skäl för ingripande enligt LUF beträffande Trafikuppdrag Landskrona och Trafikuppdrag Trelleborg.

När det gäller Trafikuppdrag Hässleholm är marginalen mellan vinnande anbudsgivare och Swebus mindre än 0,3 poäng. Den av Skånetrafiken använda utvärderingsmodellen har därför kunnat få betydelse för utfallet av utvärderingen. Så som den i förfrågningsunderlaget redovisade utvärderingsmodellen är utformad innebär en liten prisskillnad också en liten poängskillnad och den är på så sätt förutsebar även om anbudsgivarna inte kan veta exakt vilket pris de övriga anbudsgivarna har lämnat (jfr länsrättens bedömning ovan under rubriken ”3. Relativ utvärderingsmodell”). Med den utvärderingsmodell som Skånetrafiken faktiskt använt sig av i utvärderingen av Option Kvalitetshöjning har däremot även mycket små prisskillnader gett ett relativt stort utslag poängmässigt, något som anbuds-

givarna inte har kunnat förutse. Länsrätten – som inte ens i efterhand kan förstå grunderna för hur poängen mellan bästa och sämsta anbud har fördelats – finner det sannolikt att Swebus har lidit skada eller har kunnat komma att lida skada till följd av att Skånetrafiken bytte utvärderingsmodell. En rättelse är inte möjlig eftersom den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen inte är lämplig att använda för Option Kvalitetshöjning på grund av att det i anbuden lämnats såväl negativa anbudspriser (rabatter) som nollpriser. Upphandlingen av Trafikuppdrag Hässleholm ska därför göras om.

5. Värdering av pris i Option Kvalitetshöjning

Swebus:

Enligt förfrågningsunderlaget skulle priset för optionen utvärderas inom ramen för anbudsutvärderingen, dvs. det pris som anbudsgivarna offererat för optionen skulle påverka respektive prispoäng. Av utvärderingsrapportens bilaga framgår dock att en rabatt på Option Kvalitetshöjning har värderats på samma sätt som ett oförändrat pris, dvs. de anbudsgivare som för optionen lämnat en rabatt på priset för grundleveransen (uttryckt som ett negativt pris för optionen) har inte fått någon poäng för detta trots att ett sådant erbjudande är mer förmånligt för Skånetrafiken än ett anbud utan rabatt eller med prispåslag för optionen. Överträdelsen har medfört att Swebus, som lämnat en rabatt och således inte fått poäng för denna vid anbudsutvärderingen, lidit eller kunnat komma att lida skada.

Skånetrafiken:

Swebus påstående att anbud som lämnat ett pris på noll kronor skulle ha fått samma poäng som anbud i vilka det lämnats en rabatt (ett negativt pris), är felaktigt. Det framgår tydligt av bilaga 1 till tilldelningsbeslutet.

Länsrättens bedömning:

Av bilaga 1 till tilldelningsbeslutet framgår att Swebus, som lämnat ett negativt pris, fått en högre prispoäng än de anbudsgivare som lämnat ett pris på noll kronor. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

6. Felaktig viktning av prispoäng

Swebus:

Enligt förfrågningsunderlagets punkt 10.5 skulle kriteriet för pris för grundleveransen utvärderas på så sätt att det anbud som hade lägst pris skulle tilldelas 5 poäng. Denna poäng skulle sedan viktas med 80 procent, vilket innebär att anbudet med det lägsta priset skulle få den viktade prispoängen ($5 \times 0,8 =$) 4. Lägst priset har inte för något trafikuppdrag fått den viktade prispoängen 4. I stället har anbudsgivarna med lägsta pris fått 3,20 viktade prispoäng för grundleveransen i samtliga trafikuppdrag. Denna poängsättning innebär ett avsteg från utvärderingsmodellen så som den beskrivits i förfrågningsunderlaget.

Skånetrafiken:

Swebus tycks mena att priset för Grundleveransen har viktats till 80 procent av helheten. Detta är dock ett missförstånd. Av punkt 10.7 i Huvudtexten framgår att Grundleveransen viktats till 80 procent av helheten medan Optionerna viktats till 15 respektive 5 procent av helheten. Inom Grundleveransen finns sedan ytterligare en viktning mellan pris och kvalitet, där priset fått vikten 80 procent och kvaliteten vikten 20 procent. Priset för Grundleveransen är således viktat till ($80 \% \times 80 \% =$) 64 procent av

helheten. När poängskalan sträcker sig från 1–5 blir maxpoäng för bästa pris i Grundleveransen ($5 \times 64 \% =$) 3,20 poäng. Skånetrafiken har följt förfrågningsunderlagets villkor för viktning och beräkning av poäng i upphandlingen.

Länsrättens bedömning:

Som Skånetrafiken uppgett framgår det av förfrågningsunderlaget – om än först efter en relativt enkel matematisk beräkning – att maxpoängen för bästa pris i Grundleveransen är ($5 \times 0,8 \times 0,8 =$) 3,2 poäng, vilket också är vad anbudsgivarna med lägst pris har fått vid utvärderingen. Det finns därmed inget skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

7. Underkriterier är inte viktade

Swebus:

När utvärdering enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tillämpas är den upphandlande myndigheten, enligt 12 kap. 2 § LUF, skyldig att ange hur utvärderingskriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, gäller som undantag från denna huvudregel att utvärderingskriterierna i stället får anges i fallande prioritetsordning. Bestämmelserna gäller, vilket framgår av EG-domstolens dom i mål C-532/06 Lianakis, även för de eventuella underkriterier till utvärderingskriterierna som den upphandlande enheten tillämpar. Av domen framgår att en upphandlande enhet inte har rätt att vid anbudsutvärderingen använda underkriterier till utvärderingskriterierna utan att på förhand ange underkriteriernas viktning.

Skånetrafiken har i förfrågningsunderlagets punkt 10.1, under utvärderingskriteriet kvalitet, endast angett ett antal underkriterier som kommer att utvärderas. Det framgår inte på något sätt hur dessa underkriterier kommer att viktas inbördes eller ens vilket underkriterium Skånetrafiken kommer att lägga mest vikt vid. Skånetrafiken har således varken viktat eller rangordnat underkriterierna. Swebus har inte kunnat förutse hur värderingen av utvärderingskriteriet kvalitet skulle gå till. Utvärderingsmodellens otydlighet strider därför även mot principen om transparens i 1 kap. 24 § LUF.

Skånetrafiken:

Utvärderingsmodellen har kriterier på fyra nivåer. Kriterierna är beskrivna med ord på samtliga nivåer. Kriterierna är viktade på nivåerna 1 och 2, med angivande av exakt procentsats. På nivåerna 3 och 4 ansåg Skånetrafiken att det inte var möjligt att ange någon exakt procentsats. Därför angavs i stället att de skulle utvärderas i fallande prioritetsordning. Viktning av alla kriterier på alla nivåer har angetts i enlighet med kravet i LUF.

Länsrättens bedömning:

Av punkt 10.1 och 10.7 i förfrågningsunderlaget framgår att Grundleveransen har två utvärderingskriterier, pris och kvalitet, som viktats till 80 respektive 20 procent. Vidare framgår att det finns en rad underkriterier till utvärderingskriteriet kvalitet. Swebus anser att LUF och EG-rätten ställer krav på att även dessas viktning anges i förfrågningsunderlaget. Enligt länsrätten har dock Skånetrafiken, genom att ange viktningen för pris och kvalitet, uppfyllt kravet i 12 kap. 2 § LUF om att den upphandlande myndigheten vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska ange hur utvärderingskriterierna kommer att viktas inbördes.

Länsrätten anser inte att det, som Swebus gör gällande, av EG-domstolens praxis kan utläsas att alla skilda former av underkriterier i olika nivåer måste viktas i förväg. Underkriterier ska visserligen anges i förväg, vilket Skånetrafiken också har gjort, men viktningskoefficienter för dessa kan fördelas i efterhand (se EG-domstolens mål C-331/04 ATI EAC m.fl. och C-532/06 Lianakis). Länsrätten anser således att det faktum att viktningen för de olika underkriterierna till utvärderingskriteriet kvalitet inte har angivits, inte innebär ett brott mot reglerna om offentlig upphandling. Dessutom har Skånetrafiken i svar på en fråga uppgett att underkriterierna anges i fallande prioritetsordning. Något skäl för ingripande med stöd av LUF med hänvisning till att underkriterierna inte är viktade finns alltså inte.

8. Tidpunkt för avrop av optioner

Swebus:

Skånetrafiken har varken i förfrågningsunderlaget eller bland frågor och svar uppgett någon tidpunkt för när optionerna Kvalitetshöjning och Resandeökning skulle avropas. Om anbudsgivarna inte vet om och när nämnda optioner kommer att avropas, kan de inte heller veta hur dessa ska prissättas. Särskilt problematiskt är detta i samband med utvärderingen, eftersom de aktuella optionerna viktats till 20 procent. Av anbudssammanställningen framgår att skillnaden i optionspriser blev stora, vilket visar såväl på bristen i förutsebarhet som anbudsgivarnas svårigheter att till följd av den stora osäkerheten prissätta optionerna.

Skånetrafiken:

I punkt 5.1, 5.5. och 5.9 i Avtalsmodellen finns villkor för avrop av optionerna. LUF tillåter uttryckligen upphandlande enheter att använda sig av optioner.

Länsrättens bedömning:

Det är tillåtet för Skånetrafiken att använda sig av optioner och villkoren för när avrop av dessa kan bli aktuella framgår av förfrågningsunderlaget. Ett påstående att det är svårt att prissätta optionerna är inte i sig något bevis för att det finns brister i förfrågningsunderlaget beträffande förutsebarhet. Det finns således ingen anledning till ingripande enligt LUF på denna grund.

9. Förlängning av anbudstiden

Swebus:

Skånetrafiken har väsentligen förändrat förutsättningarna i upphandlingen genom att under upphandlingens gång förlänga anbudstiden med tretton dagar och tillföra förfrågningsunderlaget omfattande ny information. Dessutom har förutsättningarna förändrats ytterligare genom att Skånetrafiken inte i motsvarande mån anpassade tidsfristen för att ställa frågor. Detta innebär att Skånetrafiken inte besvarade de frågor som ställdes efter den 24 november 2008, trots att ny information tillfördes efter detta datum. Förändringarna har, särskilt med beaktande av att inga frågor som ställdes beträffande den tillkommande informationen besvarades av Skånetrafiken, inneburit att Swebus har fått kraftigt försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen genom att i stora delar tvingas lämna sitt anbud på grundval av bristfällig eller obefintlig information. Swebus har således lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Skånetrafiken:

Skånetrafiken har besvarat frågor som anbudsgivarna skickat in. Mot slutet av anbudstiden inkom en stor mängd frågor. För att i rätt tid hinna besvara inskickade frågor och kontrollera tidigare svar, flyttade Skånetrafiken fram sista dag för inlämnande av anbud med tretton dagar. Syftet var inte att tillåta anbudsgivarna att inkomma med ytterligare nya frågor. Förlängningen av anbudstiden kommunicerades med alla anbudsgivare. Därefter skickade Skånetrafiken kompletterande svar i några fall, men besvarade inte nya frågor efter den 24 november 2008. Skånetrafiken har svårt att se vilken skada Swebus har drabbats av till följd av de tillkommande svar som företaget fått under förlängningstiden. I 8 kap. 12 § LUF anges uttryckligen att en upphandlande enhet under anbudstiden kan lämna kompletterande information eller kompletterande handlingar ända fram till sex dagar före anbudstidens utgång. Swebus påstående att Skånetrafikens svar på frågor i sent skede av upphandlingen väsentligt skulle ha förändrat förutsättningarna för upphandlingen saknar helt grund.

Länsrättens bedömning:

Att Skånetrafiken förlängde anbudstiden med tretton dagar, för att i rätt tid hinna besvara nya frågor och kontrollera tidigare svar, innebär enligt länsrätten inte att förutsättningarna för upphandlingen förändrades på något väsentligt sätt. Detsamma gäller för de kompletteringar som gjordes och för det faktum att Skånetrafiken inte besvarade samtliga sent inkomna frågor. Swebus har enligt länsrätten därutöver inte visat på vilket konkret sätt bolaget skulle ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av detta agerande. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

10. Orusttrafikens anbud har antagits trots att det inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav

Swebus:

Av annonsen för upphandlingen framgår att det är ett skall-krav att anbudsgivaren ska bifoga ett giltigt trafiktillstånd. Orusttrafiken AB har inte bifogat något sådant, utan har i stället bifogat ett beslut om utbyte av trafikansvarig daterat den 14 augusti 1997. Av Orusttrafikens anbudsansökan i övrigt inte utläsas att Orusttrafiken har ett giltigt trafiktillstånd, i vart fall inte efter den 14 augusti 1997. Skånetrafiken skulle därför ha förkastat Orusttrafikens anbudsansökan.

Länsrättens bedömning:

Länsrätten har ovan (under rubriken ”4. Skånetrafiken har vid utvärdering av Option Kvalitetshöjning använt en annan utvärderingsmodell än som angetts i förfrågningsunderlaget”) funnit att upphandlingen ska göras om i den del som avser Trafikuppdrag Hässleholm. Eftersom det trafikuppdraget är det enda där Orusttrafiken AB tilldelats kontrakt och där Swebus skulle kunna lida skada till följd av att det konkurrerande bolaget eventuellt har blivit felaktigt kvalificerat i upphandlingen, saknas det anledning för länsrätten att ta ställning till den frågan i sak.

11. Väsentlig förändring avseende avtalstid p.g.a. direktupphandlingar

Swebus:

Skånetrafiken har genom direktupphandling tecknat avtal med de leverantörer, Orusttrafiken AB och Veolia Transport AB, som enligt tilldelningsbeslut den 4 mars 2009 tilldelats trafikuppdragen Hässleholm, Landskrona,

Trelleborg och Österlen. Skånetrafiken har, för det fall Skånetrafiken skulle vinna målet i länsrätten, för avsikt att ersätta direktupphandlingskontrakten med de ”vanliga” och upphandlade kontrakten. Detta innebär att avtals-tiden för de upphandlade kontrakten förskjuts kraftigt i tid. Denna förskjutning i tid är att anses om en väsentlig förändring vilket medför att det är fråga om helt nya upphandlingar som inte annonserats eller hanterats på ett korrekt sätt enligt LUF.

Länsrättens bedömning:

Länsrätten anser att Swebus inte visat att det angivna förfarandet med direktupphandlingar – eller förhandlade förfaranden utan föregående annonsering – skulle innebära att de upphandlade kontrakten förskjuts kraftigt i tid. Enligt länsrätten är det därför inte fråga om en sådan väsentlig förändring som ska medföra ett ingripande enligt LUF.

Frågan om ”direktupphandlingarna” är tillåtna eller inte är föremål för länsrättens prövning i ett annat mål (nr 5581-09), efter att Swebus ansökt om överprövning.

12. Anbudet inte längre giltiga

Swebus:

Enligt förfrågningsunderlaget gäller att anbud ska vara giltiga till och med den 3 juni 2009. Det är möjligt att fullfölja en upphandling trots att anbuds-tiden löpt ut, dock endast om samtliga anbudsgivare efter förfrågan från den upphandlande enheten förlänger anbudens giltighetstid. Skånetrafiken har bett anbudsgivarna om detta, men Swebus har medgett förlängning av anbudets giltighetstid endast till den 8 juni 2009.

Skånetrafiken:

I rättspraxis görs en tydlig skillnad mellan fall där anbudstidens giltighetstid gått ut *före* tilldelningsbeslutet och fall där anbudstiden gått ut först *efter* beslutet. I Skånetrafikens upphandling meddelades tilldelningsbeslut den 14 mars 2009, dvs. drygt två och en halv månad innan anbudstiden gick ut den 3 juni 2009. Av vikt för den aktuella situationen är att Swebus själv valt att inte förlänga anbudstiden.

Länsrättens bedömning:

Vid tidpunkten för Skånetrafikens tilldelningsbeslut hade inte anbudens giltighetstid löpt ut. Enligt länsrätten innebär det faktum att samtliga anbudsgivare inte därefter medgett förlängning av anbudstiden inte nödvändigtvis att upphandlingen måste göras om. Om de vinnande anbudsgivarna har förlängt sina anbud så att dessa fortfarande är giltiga, anser länsrätten att Skånetrafiken måste vara oförhindrad att avsluta upphandlingen trots den fördröjning som domstolsprocessen medfört. En annan tolkning av upphandlingsreglerna skulle innebära att en anbudsgivare som inte vinner en upphandling skulle kunna ansöka om överprövning och förhala processen till dess den i förfrågningsunderlaget angivna anbudstiden gått ut, för att därefter inte medge förlängning av sitt eget anbud och därmed tvinga fram att en kanske helt korrekt genomförd upphandling måste göras om. Länsrätten anser att detta vore helt orimligt och inte på något sätt i linje med de syften som ligger bakom upphandlingslagstiftningen. Vad Swebus anfört om anbudens giltighetstid utgör följaktligen inte skäl för ingripande enligt LUF.

Sammanfattning

Länsrätten har sammanfattningsvis funnit att upphandlingen ska göras om i den del som avser Trafikområde Hässleholm, eftersom Swebus får anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av att Skånetrafiken bytt utvärderingsmodell vid utvärderingen av Option Kvalitetshöjning. I övrigt ska Swebus yrkanden om ingripanden enligt LUF avslås.

Övriga upplysningar

Länsrättens interimistiska beslut från den 12 mars 2009, som omprövades den 23 mars 2009, upphör genom denna dom att gälla. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av domen inte prövas efter det att tio dagar gått från domens meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Detta gäller även om domen överklagas inom den anvisade tiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Peder Liljeqvist



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

