



FÖRVALTNINGSRÄTTEN **DOM**
I JÖNKÖPING 2010-03-16
 Enhet Mariestad Meddelad i
P Lars Ch Nilsson Mariestad

Mål nr
 897-10 E
 Rotel 2:3

SÖKANDE

DB Regio Sverige AB, 556628-6547
 Årstaängsvägen 9, 6 tr
 117 43 Stockholm

Ombud: Advokaten Niklas Sjöblom
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 2235
 403 14 Göteborg

MOTPARTER

1. Hallandstrafiken AB, 556225-2998
 Box 269
 311 23 Falkenberg

2. Jönköpings Länstrafik AB, 556206-0755
 Box 372
 551 15 Jönköping

3. Västtrafik AB, 556558-5873
 Box 123
 541 23 Skövde

Ombud för 1 -3: Advokaten Anders Nilsson
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 11911
 404 39 Göteborg

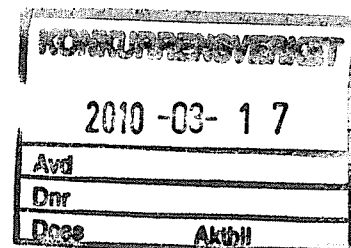
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår framställningen.

De interimistiska besluten av den 7 september 2009 upphör härmed att gälla.



Dok.Id 530

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 800	Stockholmsvägen 6	036-15 65 00	0501-676 46	måndag – fredag
542 18 Mariestad		E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se		08:30-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Trafikhuvudmännen Hallandstrafiken AB, Jönköpings Länstrafik AB och Västtrafik AB genomförde gemensamt genom ombud (Västtrafik AB) upphandling av Region- och pendeltåg i Väst 2010 omfattande pendeltågstrafik och regiontågstrafik enligt förfrågningsunderlag daterat den 16 oktober 2008. Upphandlingen har genomförts som en urvalsupphandling enligt LUF och avser ett trafikåtagande omfattande persontågstrafik på vissa angivna linjer under två trafikperioder under tiden 12 december 2010 – 8 december 2018. Anbudsförfarandet föregicks av en prekvalificering av nio sökande leverantörer. Av dessa avgav fyra anbud i upphandlingen. I tilldelningsbeslut, daterat den 27 augusti 2009, anges att trafikhuvudmännen beslutat ingå avtal med DSB First Väst AB för hela trafikåtagandet.

DB Regio Sverige AB har i likalydande framställningar till länsrätterna i Hallands län, Jönköpings län och Mariestad begärt överprövning enligt LUF av upphandlingen och har därvid yrkat i första hand att rätten skall förordna att upphandlingen får avslutas först sedan den rättats på så sätt att det vinnande anbudet från DSB First Väst AB förkastas från utvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Länsrätterna har i separata beslut den 7 september 2009 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Länsrätterna i Hallands län och Jönköpings län har vidare genom beslut samma dag överlämnat de dit ingivna framställningarna till Länsrätten i Mariestad för gemensam handläggning i där anhängiggjort mål (1806-09). Sedan länsrätterna upphört den 15 februari 2010 handläggs målet i Förvaltningsrätten i Jönköping, enhet Mariestad, under nytt målnummer (897-10).

Sökanden (DB Regio) har till stöd för sin framställning åberopat och anfört i huvudsak följande.

Vid DB Regios genomgång av upphandlingsmaterialet har det framkommit att DSB First Väst AB (DSB First) i sitt anbud inte uppfyllt samtliga s.k. skall-krav i upphandlingen. Upphandlingens kärna är åtagandet att trafikera de relevanta region- och pendeltågslinjerna. Att trafikera dessa linjer i enlighet med av beställaren fastställda tidtabeller och fordonskrav utgör alltså grunden i den framtida operatörens trafikåtagande. Detta krav konkretiseras i förfrågningsunderlagets olika delar varvid operatörens skyldighet att utföra trafikåtagandet enligt vissa krav anges tydligt. DSB Firsts anbud uppfyller dock inte alla skall-krav i detta avseende. DSB First har nämligen i anbudet inte erbjudit trafik enligt skall-krav i tidtabell eller med de fordon som föreskrivs. Det rör sig alltså om två tydliga fall av icke uppfyllda skall-krav.

Felaktig fordonsanvändning i anbudet – Ej uppfyllt skall-krav

Av punkt 3 i Dokument A, första stycket framgår att ”*Handlingarna i förfrågningsunderlaget framgår av nedanstående tabell. Anbud skall helt vara grundat på de krav, beskrivningar, tidtabeller, produktionsuppgifter m.m. som redovisas i handlingarna*”.

I den ovannämnda tabellen anges även Dokument B och Bilaga B2. Dessa två dokument innehåller ett antal skall-krav på anbudets innehåll. I dokument A, punkt 6.1. har Västtrafik med avseende på anbudsprövningen och -utvärderingen vidare angett att: ”*I ett första steg prövas anbuden ifall de uppfyller ställda krav för godkännande enligt Bilaga A3: Anbudsinnehåll. [...] I de fall anbuden ej uppfyller ställda krav, betraktas anbuden som ej godkända och går ej vidare för utvärdering, [...] anbud som [...] inte uppfyller kraven, kommer inte att godtas*”.

Av detta följer att anbuden skall baseras helt på de krav som framgår av Förfrågningsunderlaget och att anbud som inte uppfyller dessa krav skall uteslutas från anbudsutvärderingen.

När det gäller hur anbudet innehållsmässigt skall återspegla förfrågningsunderlagets, anges i förfrågningsunderlagets Bilaga A3: Anbudsinnehåll: *"Av nedanstående framgår de dokument som skall redovisas i anbudet [...]."*

Produktionsplan

Redovisning för att Beställaren skall kunna säkerställa att trafiken utförs med rätt fordon på rätt ställe och med efterfrågad kapacitet, och att anbudet därmed är grundat på rätt förutsättningar. Beställarens krav för detta framgår av Bilaga B2: Tidtabeller och fordonsanvändning.

Den produktionsplan som skall bifogas anbudet skall således följa de krav som ställs i Bilaga B2: Tidtabeller och fordonsanvändning. Nämnda Bilaga B2 är en underbilaga till förfrågningsunderlagets Dokument B: Objektbeskrivning. För att förstå Bilaga B2:s betydelse skall därför följande formuleringar i Dokument B beaktas:

Punkt 4.1 *"Nedan ges grunddata angående tidtabellen samt vilken typ av fordon som skall användas på linjen. Detaljerade tidtabeller och krav på fordonsanvändning finns i Bilaga B2: Tidtabeller och fordonsanvändning."*

Punkt 4.3: *"Detaljerade krav för enskilda turer, i de fall sådana finns, framgår av Bilaga B2: Tidtabeller och fordonsanvändning."*

Slutligen anges i Punkt 4.3.12: *"Observera att de produktionsplaner som skall redovisas i anbudet skall uppfylla dels de krav som beskrivs i avsnitt 4.3, dels de specifika krav för enskilda turer som beskrivs i Bilaga B2: Tidtabeller och fordonsanvändning."*

I Bilaga B2, anges under punkt 1: *"Denna bilaga ger en detaljerad beskrivning dels av den tidtabell som anbudet skall baseras på, dels de krav på fordonsanvändning som skall ligga till grund för anbudet."*

Av ovanstående följer således att den produktionsplan som enligt förfrågningsunderlagets Bilaga A3 skall bifogas anbudet, *skall* baseras på de detaljerade uppgifter om dels tidtabeller, dels fordonsanvändning som framgick av Bilaga B2 samt att ett anbud som inte uppfyller dessa krav skall förkastas.

Av en justerad version av Bilaga B2, utgörande en uppdaterad version av den relevanta tidtabellen, följer att tågen nummer 129 och 144 (linje 60, Töreboda-Göteborg) endast fick trafikeras med fordon av typ X53 (tre delat motorvagnståg av typen "Regina"). Detta följer av det faktum att tidtabellen för dessa tåg i raden "fordon" anger "X53" och av det följande upplysning i den stora rutan på dokumentets andra sida:

"Fordonsanvändning linje 60: Primär fordonstyp X53 (skall vara minst 80 % av fordonskm på linjen). Sekundär fordonstyp X14/Xf2 (får vara max 20 % av fordonskm på linjen). X53 skall användas i alla tåg där det anges i tabellhuvudet. I övriga tåg kan X53, X52 eller X14 användas."

DSB Firsts anbud uppfyller inte detta krav. Som framgår av Västtrafiks "Protokoll vid öppning av anbud", hade DSB First i sitt anbud istället erbjudit att trafikera tågen med X52 fordon (tvådelad motorvagnståg av typen "Regina"). Västtrafik antecknade detta i protokollet såsom brist med avseende på "Skallkraven" nummer 5 och 7, "Fordonsanvändningen skall uppfylla såväl de övergripande kraven per linje som kraven för enskilda turer". Skillnaden mellan fordonstyperna är bland annat X53:s betydligt större sittplatskapacitet (294 sittplatser i X53 jämfört med 182 i X52). För själva anbudet är användningen av en viss fordonstyp av stor betydelse, bl.a. eftersom olika fordonstyper har olika driftskostnader, egenskaper och för att fordonens rörelser måste koordineras med andra fordons rörelser, med de krav som finns för fordonens tillgänglighet och med krav på fordons icke tidtabellslagda rörelser, exempelvis för överföring till trafik på andra linjer eller till underhållsverkstäderna. Att byta en fordonstyp mot en annan fordonstyp kan således ha följder för andra delar av produktionsplanen och påverka trafiken på andra linjer och med andra fordonstyper. Att ta fram produktionsplanen enligt de mycket specifika krav på fordonsanvändning som beställaren har ställt var således en stor utmaning för samtliga anbudsgivare. En anbudsgivare som kan planera trafiken på ett skickligt sätt har då bland annat möjligheter att vinna fördelar genom att i så stor utsträckning som möjligt använda fordonstyper som är billigare i drift, skapa en större reserv av fordon som inte är trafiksatta (och som således

kan sättas in vid störningar) samt att undvika onödiga eller ineffektiva fordon rörelser. Vidare är beställarens krav avseende användning av en viss fordonstyp inte på något sätt villkorliga. De är istället baserade på bland annat det genomsnittliga antalet resenärer. Om antalet platser i fordonstypen är otillräckligt leder detta till dålig punktlighet eftersom av- och påstigning drar ut på tiden samt till missnöjda resenärer vilket i slutändan påverkar antalet resenärer och trafikens lönsamhet.

Istället för att, enligt sina egna krav och kraven enligt LUF, förkasta DSB Firsts anbud, tog Västtrafik dock upp frågan i ett förhandlingsmöte den 20 maj 2009. Västtrafik bad i ett E-mail av den 12 juni 2009 åter igen DSB First att bekräfta att DSB First skulle kunna trafikera linje 60 med den tillåtna fordonstypen X53 istället för den offererade X52.

I sitt svar av den 12 juni 2009 bekräftade DSB First att man skulle kunna trafikera linjen 60 med X53 och uppgav att detta hade beaktats i det nya priset, som inlämnades den 4 juni 2009. Trots att DSB First i samma E-mall erbjöd att lämna in en ny uppdaterad produktionsplan, har detta, enligt den information DB Regio fått del av, inte skett. DB Regio måste således utgå ifrån att den produktionsplan som utgör bilagan till DSB Firsts vinnande anbud fortfarande inte innehåller produktionsuppgifter avseende trafikering med X53 på tåg 129 och 144 på linjen 60 och således inte ens efter anbudets – otillåtna – ändring uppfyller förfrågningsunderlagets skallkrav i Bilaga B2. Sammanfattningsvis har således DSB First, genom att avseende linje 60 offerera trafik med fordon av typ X52 istället för med fordon av typ X53, brutit mot förfrågningsunderlagets skallkrav.

Anbudet innehåller inte all efterfrågad trafik –Ej uppfyllt skallkrav

Som framgår av de ovan citerade delarna i förfrågningsunderlaget, är inte bara fordonsanvändningen per linje utan även själva utförandet av trafiken för samtliga tidtabellslagda turer ett skallkrav i upphandlingen. Detta framgår bland annat av punkt 4.3.12 i Dokument B, som anger att produktionsplanen skall vara baserad på tidtabellerna i förfrågningsunderlagets Bilaga B2. Detta är även en självklarhet eftersom grunden i upphandlingen

utgörs just av kravet att kunna tillhandahålla trafiken enligt tidtabellen och för att beställaren inte medgett alternativa utföranden.

Av den uppdaterade versionen av tidtabellen i Bilaga B2 framgår att ett tåg nummer 3215 skall trafikera lördagar på Linje 72 (Vänersborg-Göteborg) under 'Trafikperiod 2' (perioden 9 december 2012 t.o.m. 8 december 2018). I ett E-mail av den 10 augusti 2009 påpekar Västtrafik att denna tur saknas i DSB Firsts produktionsplan. DSB Firsts anbud inkluderade således ej denna tur, vilket innebär att detta tåg inte skulle gå av enligt anbudet. Istället för att förkasta anbudet, vilket hade varit nödvändigt enligt Västtrafiks uppställda krav i förfrågningsunderlag och LUF, frågar Västtrafik om detta är korrekt uppfattat och om DSB First i så fall kan ändra sitt anbud så att produktionsplanen omfattar även detta tåg.

I sitt svar av den 14 augusti 2009 förklarar sig DSB First vara införstådd med ändringen, lämnar in en i detta hänseende justerad produktionsplan samt förklarar att ändringen lett till ett mera effektivt trafikupplägg och offererar en prisreducering med 3 000 000 kronor, vilket är en betydlig summa jämfört med avtalets årliga värde (jämför prisuppgifterna i tilldelningsbeslutet).

I ett E-mail av den 24 augusti 2009, således bara tre dagar innan tilldelningsbeslutet officiellt fattades, godtar Västtrafik ändringen.

Sammanfattningsvis har således DSB First, genom att över huvud taget inte offerera trafik för de aktuella turerna med nummer 3215 på linje 72, brutit mot förfrågningsunderlagets skall-krav.

Konsekvens av ej uppfyllda skall-krav

En anbudsgivare som inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav skall uteslutas från att delta i upphandlingen, då en utvärdering av anbudet skulle innebära ett brott mot den för upphandling grundläggande likabehandlingsprincipen

Av ovan angivna omständigheter framgår att det i upphandlingen uppställts absoluta krav på att anbudsgivarna i aktuellt hänseende skulle offerera viss typ av tåg samt särskilt angivna rutter. Eftersom Västtrafik accepterat och

utvärderat DSB Firsts anbud trots att det stått klart att det i två olika avseenden inte uppfyllde sådana absoluta krav (skall-krav) har Västtrafik överträtt sina skyldigheter enligt LUF. DSB Firsts anbud borde istället rätteligen omedelbart ha förkastats.

Till det ovanstående kan läggas att Västtrafik tillåtit DSB First att efter ingivandet av bolagets anbud göra ändringar i detta i syfte att "läka" det förhållandet att DSB First inte uppfyllde samtliga skall-krav. Att på detta sätt tillåta ändringar av ingivet anbud, i syfte att gynna enskild leverantör, är ej förenligt med LUF och dess allmänna princip om likabehandling.

Det kan också konstateras att DSB First, trots Västtrafiks otillåtna välvilliga behandling av dess anbud, uppenbarligen inte ens i sitt slutanbud förmått att möta uppställda absoluta krav avseende ingivande av omloppsplan omfattande trafikering av Linje 60, tåg 129 och tur 144 med fordon av typ X53.

Sammanfattningsvis har Västtrafik förfarit i strid med LUF när Västtrafik (i) accepterat DSB Firsts anbud trots bristande uppfyllelse av två olika skallkrav, (ii) ensidigt gynnat DSB First under upphandlingsprocessen genom att tillåta otillåtna ändringar i anbudet samt (iii) utvärderat DSB Firsts otillåtet ändrade anbud och tilldelat bolaget kontraktet trots att inte heller detta otillåtet ändrade anbud uppfyller samtliga skall-krav. Ett sådant förfarande står i strid med principerna om likabehandling och transparens och därmed även med 1 kap. 24 § LUF och skall därför föranleda att DB Regios förstahandsyrkande bifalles.

Övrigt

I en skrivelse av den 23 mars 2009, påpekar Västtrafik vissa brister avseende DSB Firsts anbud vad gäller kraven på miljöpolicy och efterföljning av ersättningsbussarnas ålder och bränsleanvändning.

Vid genomgång av det av Västtrafik upprättade utvärderingsprotokollet, har vidare DB Regio kunnat konstatera att kritik kan framföras mot det sätt på vilket poäng för kvalitet tilldelats.

Skada

Om Västtrafik hade behandlat DSB Firsts anbud i förenlighet med LUF:s krav hade detta förkastats och således inte blivit föremål för utvärdering i upphandlingen. Upphandlat kontrakt med ett värde om cirka. SEK 320 000 000 per år under åtta år, hade då tilldelats DB Regio. Mot denna bakgrund anser DB Regio att det står helt klart att DB Regio har lidit skada eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LUF till följd av beskrivet förfarande.

Trafikhuvudmännen har i gemensamt svar bestritt sökandens framställning samt sammanfattningsvis anfört och åberopat följande.

Förfrågningsunderlagets föreskrift om hur tågtyperna X52 och X53 får användas på linje 60, Töreboda-Göteborg, är otydligt, eftersom den står i strid med andra föreskrifter i förfrågningsunderlaget. Föreskriften kan därför ej ligga till grund för att förkasta DSB Firsts anbud.

DSB First har i sitt anbud uttryckligt angett att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. I den mån anbudet ändock inte överensstämmer med förfrågningsunderlagets föreskrifter rör det sig således om uppenbara förbiseenden/uppenbara fel från DSB Firsts sida. Trafikhuvudmännen har haft en skyldighet, eller i vart fall en möjlighet, att bereda DSB First möjlighet att justera dessa uppenbara fel. Så har också skett. Efter denna justering uppfyller DSB Firsts anbud förfrågningsunderlagets krav. Den justering av anbudet som DSB First gjort är dessutom en tillåten komplettering då den inte inneburit någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Den aktuella upphandlingen är genomförd som ett urvalsförfarande enligt LUF, inom ramen för vilket förhandlingar är tillåtna. De aktuella justeringarna av anbudet är av marginell betydelse och har skett för att anpassa anbudet till krav i förfrågningsunderlaget. Justeringarna är därför en tillåten följd av de förhandlingar som skett.

Om rätten skulle finna att DSB Firsts anbud inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och att de justeringar som skett inte varit tillåtna, var-

ken såsom rättelser, kompletteringar eller till följd av förhandling, menar Trafikhuvudmännen att det skulle strida mot principen om proportionalitet att förkasta DSB Firsts anbud på grund av bristande uppfyllnad av dessa krav.

Om rätten skulle finna att brister föreligger i upphandlingen är dessa i vart fall inte av sådan art och dignitet att de motiverar ett ingripande enligt 16 kap. LUF.

Trafikhuvudmännen har vidare anfört bland annat följande.

I förfrågningsunderlaget för upphandlingen har Trafikhuvudmännen uppställt ett krav på att anbudsgivarna skulle ge in produktionsplaner för den aktuella trafiken. Dessa produktionsplaner skall enligt förfrågningsunderlaget baseras på ett mycket stort antal krav avseende fordon, tidtabeller och turer.

Skälet för att kräva in sådana planer var att anbudsgivarna skulle visa att de förstått omfattningen av trafikåtagandet och att de baserat sina anbud på samma förutsättningar.

Den trafik som skulle bli aktuell att köra enligt verkliga tidtabeller när avtalstiden börjar kommer inte att exakt överensstämma med den trafik som presenteras i förfrågningsunderlaget. Ordinarie trafik enligt avtalet är nämligen den trafik som fastställts i officiell tidtabell, se punkten 4.1.1 i Modellavtalet till förfrågningsunderlaget. De officiella tidtabellerna är således ännu inte fastslagna.

Genom att trafikutbudet successivt förändras under avtalstiden var införandet av produktionsplan således inte något krav av väsentlig betydelse för upphandlingen.

Trafikhuvudmännen valde att kräva in produktionsplaner från anbudsgivarna i syfte att ”kunna säkerställa att trafiken utförs med rätt fordon på rätt ställe och med efterfrågad kapacitet, och att anbudet därmed är grundat på rätt förutsättningar”.

Samtliga anbudsgivare har ingett efterfrågade produktionsplaner. I samband med genomgången av inkomna anbud har Trafikhuvudmännen bland

annat gjort en översiktlig granskning av de ingivna produktionsplanerna. Produktionsplanernas kravuppfyllnad garanteras, utöver redovisningen i själva planen, också genom att anbudsgivarna skall bekräfta att de uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Detta har DSB First gjort i sitt anbud.

Vid genomgång av de ingivna produktionsplanerna kunde Trafikhuvudmännen konstatera att två av de fyra anbudsgivarna, DSB First och Svenska Tågkompaniet AB, i de ingivna produktionsplanerna angett att linje 60 skall trafikeras med X52-tåg i för hög grad. Vid en närmare genomgång av de krav som uppställts avseende den aktuella linjen, kunde konstateras att förfrågningsunderlaget kan betraktas som oklart i denna del. Utöver vad DB Regio angett i ansökan om överprövning rörande krav i denna del, anges följande i punkten 4.3.1 i Dokument B Objektsbeskrivning i förfrågningsunderlaget avseende linje 60: "I tågen skall X53 användas. X14 och X52 kan få förekomma om behov finns att överföra fordon från linje 65 till underhåll i Göteborg, om Operatören väljer att lägga underhållet där, eller för att samordna omlopp med X14 eller X52 på andra linjer."

Trafikhuvudmännens avsikt var i och för sig att X53-tåg till minst 80 procent skulle användas på den aktuella linjen, och specifikt på vissa utpekade turer på samma linje. Konstateras kan dock att detta inte klart framgår av förfrågningsunderlaget.

Vid förhandlingmöte i Göteborg den 20 maj 2009 mellan Trafikhuvudmännen och DSB First, påpekade Trafikhuvudmännen att avsikten med förfrågningsunderlaget var att X53-tåg skulle användas på ett antal särskilt angivna turer på linje 60 men att DSB First i de ingivna produktionsplanerna angett X52-tåg på enstaka turer där upphandlaren avsikt var att X53-tåg skulle användas. DSB First förklarade att detta enkelt kunde rättas till genom omdisposition i trafikomloppen och justerade sitt anbud i enlighet härmed.

Prismässigt har det haft ingen eller i vart fall mycket liten betydelse vilken tågtyp som angetts i produktionsplanerna.

Efter klarläggandet på förhandlingsmötet har Trafikhuvudmännen, med stöd av DSB Firsts produktionsplan, bedömt att DSB First kan säkerställa att trafiken utförs med rätt fordon på rätt ställe och med efterfrågad kapacitet och att anbudet därmed är grundat på rätt förutsättningar. Anledning att begära in nya produktionsplaner från DSB First avseende hela den aktuella trafiken har helt saknats.

I ett sent skede av upphandlingen noterade Trafikhuvudmännen att en tur, nummer 3215 mellan Vänersborg och Göteborg, saknades under trafikperiod 2 i DSB Firsts anbud. I ett mail till DSB First ställde Trafikhuvudmännen frågan om det är korrekt att den aktuella turen saknas och om så är fallet, om produktionsplanen kunde justeras så att turen läggs till. DSB First uppgav att turen av förbiseende inte lagts in i produktionsplanen och ingav en ny plan för trafikperiod 2 som utvisade att turen fanns på plats. Trafikhuvudmännen har uppfattat bristen i DSB Firsts anbud som ett rent förbiseende/uppenbart fel. Trafikhuvudmännen har följaktligen accepterat den korrigerade produktionsplanen.

Trafikhuvudmännen meddelade DSB First att rättelsen av det uppenbara misstaget inte medförde att även priset skulle kunna justeras. Trafikhuvudmännen förklarade följande: "... med hänsyn till att samtliga anbudsgivare skall ha samma möjligheter, kan vi inte beakta de nya anbudspriserna som var bilagda ert svar". Dessa priser beaktades således inte av Trafikhuvudmännen vid utvärderingen.

Som framgått ovan har förfrågningsunderlaget inte varit klart rörande användningen av X53-tåg kontra andra tågtyper på linje 60. Det rör sig således överhuvudtaget inte om något "skall-krav". Under alla förhållanden måste ett "skall-krav" vara klart och tydligt utformat för att få ligga till grund för förkastande av anbud. Att så är fallet framgår av fast rättspraxis av vilken framgår att uteslutningsgrunder måste vara transparenta för att få tillämpas. Detta innebär att förfrågningsunderlaget måste vara utformat på ett sådant sätt i sätt att anbudsgivarna förstår dels vilka uppgifter som skall anges i anbudet, dels att utelämnandet av dessa uppgifter leder till att anbudet förkastas. Trafikhuvudmännen menar således att detta krav varit

otyddigt utformat och att det inte stått klart för anbudsgivarna att det skulle leda till att anbudet förkastades om X52-tåg offererades på de aktuella turenerna. Det skulle därför stå i strid med LUF att förkasta DSB Firsts anbud på denna grund.

Trafikhuvudmännen har insett att felet i DSB Firsts anbud måste bero antingen på att förfrågningsunderlaget varit oklart eller har berott på ett uppenbart misstag från DSB Firsts sida. Givetvis skulle en stor och professionell anbudsgivare som DSB First inte medvetet frångå ett helt obetydligt krav. I anledning härav har Trafikhuvudmännen berett DSB First tillfälle vid förhandlingsmötet att rätta detta fel. DSB First har också rättat felet i enlighet med Trafikhuvudmännens begäran. Trafikhuvudmännen har inte endast haft möjlighet att bereda DSB First möjlighet att rätta felet, utan också en skyldighet att göra så.

Som konstaterats ovan har DSB First, på grund av ett uppenbart misstag, inte inkluderat turen nummer 3215 mellan Vänersborg och Göteborg för trafikperiod 2. Trafikhuvudmännen har insett att detta berott på ett misstag från DSB Firsts sida och därför haft såväl en möjlighet som skyldighet att bereda DSB First möjlighet att rätta detta fel. Så har Trafikhuvudmännen även gjort genom det E-mail som skickades till DSB First den 10 augusti 2009. DSB First har också rättat detta fel och inkluderat turen i sitt anbud. Även om fråga inte varit om rättelser av uppenbara fel i DSB Firsts anbud hade bristerna i detsamma kunnat undanröjas genom infordrandet av kompletteringar. Tre av fyra anbud innehåller liknande misstag. Samtliga dessa tre anbudsgivare har beretts tillfälle till komplettering.

Den aktuella upphandlingen avser försörjningssektorn och är genomförd som ett urvalsförfarande. Som framgår av 2 kap 28 § LUF är förhandlingar tillåtna inom ramen för ett urvalsförfarande. Varken LOU [Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling] eller LUF ger några klara besked rörande vad en upphandlande myndighet får förhandla med anbudsgivarna om inom ramen för upphandlingsförfaranden där förhandlingar är tillåtna. I vissa sammanhang har hävdats att förhandling aldrig får ske rörande s.k. skall-krav. Denna slutsats är emellertid inte korrekt. Ledning i detta avse-

ende kan dras bland annat av bestämmelsen i 4 kap 3 § LOU som stadgar att en upphandlande myndighet, inom ramen för förhandlat förfarande med föregående annonsering, skall förhandla med anbudsgivarna om de anbud som lämnats.

DB Regio har i yttrande vidhållit sin inställning i målet på följande grunder.

I förfrågningsunderlaget uppställs skall-krav som DSB First genom sitt anbud ostridigt ej har uppfyllt.

De skall-krav som DSB First inte uppfyller i sitt anbud kan Trafikhuvudmännen ej lagligen frågå.

Bristerna i DSB Firsts anbud utgör inte ett uppenbart fel enligt LUF.

Trafikhuvudmännen saknade enligt LUF möjlighet att, på sätt som skett, efter anbudsgivning tillåta DSB First att komplettera sitt anbud.

DSB Firsts anbud uppfyller alltså inte samtliga skall-krav även efter genomförda tillägg till sitt anbud.

DB Regio har härefter utvecklats sin talan i målet enligt de nu angivna grunderna samt sammanfattningsvis anfört följande.

Av det anförda följer att DSB First lämnat ett orent anbud och att möjlighet att komma till rätta med en sådan brist med stöd av LUF saknas. Följden av detta är att Trafikhuvudmännen genom att utvärdera och slutligt anta DSB Firsts anbud har överträtt de EG-rättsliga likhets- och transparensprinciperna till skada för DB Regio. DSB First kan, genom att inge ett anbud som inte uppfyller absoluta krav, omöjligen utses till vinnare i upphandlingen, dvs. valet av bästa anbud måste alltid stå mellan de anbudsgivare som mött samtliga de absoluta krav som Trafikhuvudmännen uppställt. Utifrån de förutsättningar som gäller i upphandlingen är det således DB Regios bestämda uppfattning att bolaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Under sådana förutsättningar föreligger rättslig grund för rätten, att i enlighet med framställt yrkande, förordna om rättelse av upphandlingen.

Trafikhuvudmännen har i nytt yttrande sammanfattningsvis framhållit följande.

I den nu aktuella upphandlingen har Trafikhuvudmännen antagit ett anbud som, i vart fall efter de justeringar som gjorts, överensstämmer med uppställda krav.

I den nu aktuella upphandlingen har DSB First tillåtits rätta uppenbara felaktigheter.

I den mån förhandlingar skulle anses ha skett beträffande de påstådda "bristerna", har de skett för att anpassa anbudet till förfrågningsunderlagets krav, inte för att anpassa förfrågningsunderlaget till anbudet.

De påstådda "bristerna" i DSB Firsts anbud kan på intet sätt anses avse grundläggande och väsentliga krav i upphandlingen.

Om ställda "krav" skulle upprätthållas och leda till att DSB Firsts anbud förkastas, skulle detta stå i strid med principen om proportionalitet.

De aktuella "kraven" i denna upphandling avser inte anbudsgivarens tekniska kapacitet eller finansiella och ekonomiska ställning utan s.k. särskilda kontraktsvillkor.

För det fall rätten, i strid med Trafikhuvudmännens uppfattning, skulle finna att upphandlingen är behäftad med sådana brister att åtgärd enligt 16 kap. LUF är motiverad, delar Trafikhuvudmännen DB Regios uppfattning att rättelse är en tillräcklig åtgärd.

Ytterligare skriftväxling har skett i målet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Fråga är i målet om en sådan upphandling av B-tjänster som anges i bilaga till LUF och på vilken bestämmelserna i 15 kap. LUF med där gjorda hänvisningar är tillämpliga. Tillåtna upphandlingsformer är enligt 15 kap. 3 §

LUF förenklat förfarande, urvalsförfarande och – i vissa fall – direktupphandling. Urvalsförfarande, vilket är aktuellt i detta mål, definieras i 2 kap. 28 § LUF som ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Upphandlingsformen infördes från och med 1 januari 2001 och motsvarar selektiv upphandling i den direktivstyrda delen av den svenska lagstiftningen om offentlig upphandling (jfr. prop. 1999/2000:128 sid. 23f.).

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 15 kap. 12 § första stycket LUF följer att en upphandlande enhet får medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar fel-skrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökan om att få lämna anbud. Enheten får vidare enligt bestämmelserna i andra stycket av samma lagrum begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bestämmelserna motsvarar vad som i dessa delar är intaget i 9 kap. 8 § LUF avseende direktivstyrda upphandlingar.

Motsvarande bestämmelser, som i 9 kap. 8 § LUF, fanns i 1 kap. 21 § första och andra styckena i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU), som upphört att gälla den 1 januari 2008. I specialmotiveringen

till sistnämnda bestämmelse uttalas följande (prop. 1992/93:88 sid. 70-71). ”Behovet av att anbud sinsemellan skall kunna jämföras ligger bakom bestämmelsen. Här regleras förutsättningarna för rättelser och för vad som i gällande ordning kallas för nollställning. Det är sålunda tillåtet att formlöst medge att anbudsgivare ändrar fel som är uppenbara. Även i andra fall får anbud finputsas, om det kan ske utan att diskriminering av andra leverantörer uppkommer. I och för sig skulle väsentliga ändringar kunna vara tillåtna enligt bestämmelsen, förutsatt att särbehandling eller konkurrensbegränsning inte uppkommer. Risk för diskriminering kan uppkomma om den rättelse som görs innebär att anbudet i praktiken blir ett annat än det som ursprungligen lämnades. Hur den upphandlande enheten skall agera för att undvika en sådan otillåten särbehandling anges inte, utan får avgöras av den upphandlande enheten från fall till fall. Bestämmelsen i andra stycket om nollställning innebär bland annat att enheten skall kunna ta kontakt med anbudsgivare och fråga t.ex. om alla kringkostnader beträffande arbetskraft är medräknade i ett visst anbud. Det kan finnas skäl därtill t.ex. om det angetts i annonsen hur anbudet skall se ut och det inte framgår av anbudet att kravet har iakttagits. Vidare kan det förekomma att ett anbud är dunkelt på en punkt där ett annat anbud är klart. För att dessa två anbud skall kunna jämföras kan nollställning behöva tillgripas. Riksrevisionsverket har betonat vikten av att bestämmelsen utnyttjas restriktivt. Departementschefen ansluter sig till verkets uppfattning.”

Bestämmelsens andra stycke erhöll genom lagstiftning 1996 följande lydelse: ”Enheten får *begära* att ett anbud eller en ansökan förtydligas om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.” Orden ”kompletteras” och ”nollställning” togs således bort från lagtexten. Ändringen innebar enligt motiven (prop. 1995/96:165 sid. 16) en skärpning av paragrafens andra stycke: ”Det är inte tillåtet att komplettera anbud, däremot är det fortfarande tillåtet att ett anbud eller en ansökan förtydligas. Initiativet till ett sådant förtydligande skall emellertid komma från den upphandlande enheten. En sådan begäran om förtydligande lyder där-

med under huvudregeln om affärsmässighet. I paragrafen har ytterligare betonats att ett förtydligande inte får innebära risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning”.

Bestämmelserna erhöll sin nuvarande utformning (från och med den 1 januari 1999) genom att orden *eller kompletteras* åter infördes i 1 kap. 21 § andra stycket ÄLOU. I författningskommentaren (prop. 1997/98:170 sid. 21-22) sägs bland annat följande. ”Rådet och kommissionen har förklarat (avseende art. 7.4 i direktiv 93/37 EEG och artikel 20 i direktiv 93/38EEG) att i öppna och selektiva förfaranden får den upphandlande enheten inte föra förhandlingar med anbudssökande och anbudsgivare om grundläggande kontraktsförhållanden, särskilt beträffande prisvillkor, om eventuella ändringar skulle kunna snedvrída konkurrensen. Diskussioner får föras, men enbart i syfte att klargöra eller komplettera anbudet eller kraven från den upphandlande enheten och under förutsättning att detta inte medför diskriminering. Paragrafen har ändrats så att det är tillåtet att komplettera ett anbud eller en ansökan på det sätt rådet och kommissionen uttalat.”

Handlingarna i målet

Förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen, Dokument A, Upphandlingsföreskrifter, innehåller bland annat följande.

6.1 Anbudsprövning och utvärdering.

I ett första steg prövas anbudet ifall de uppfyller ställda krav för godkännande enligt *Bilaga A3: Anbudsinnehåll*. Om anbudet uppfyller ställda krav vid prövningen, betraktas anbudet som godkänt. I de fall anbudet ej uppfyller ställda krav, betraktas anbudet som ej godkänt och går ej vidare för utvärdering. Anbudet utvärderas därefter enligt avsnitt 6.3.1. *Utvärderingskriterier*, 6.3.2, *Utvärdering av anbudspriser* samt 6.3.3, *Utvärdering av tjänstekvalitet*.

Anbud som innehåller reservationer, villkor eller på annat sätt inte uppfyller kraven, kommer inte att godtas.

6.2 Förhandling

Efter utvärdering av inkomna anbud, se nedan avsnitt 6.3, äger Beställaren rätt att ta upp förhandlingar med anbudsgivarna om anbuden. Resultatet av förhandlingarna kan påverka utvärderingen. Resultatet kommer därtill att utgöra en del av Anbudsgivarens anbud.

Anbud kan antas utan föregående förhandling.

6.3.1 Utvärderingskriterier

Val av Operatör kommer att ske så att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt kommer att antas för uppdraget.

Tilldelningsbeslutet i upphandlingen innehåller under rubriken anbudsprövning och utvärdering bland annat följande.

5.1 Anbudsprövning

Efter öppning av anbuderna har samtliga anbud granskats för kontroll huruvida de uppfyller uppställda krav i Förfrågningsunderlaget för godkännande enligt *Bilaga A3: Anbudsinnehåll*.

Samtliga anbudsgivare har i sina anbud inlämnat samtliga i Förfrågningsunderlaget efterfrågade handlingar.

Samtliga anbudsgivare har bekräftat att samtliga skallkrav, i enlighet med Förfrågningsunderlaget uppfylls i anbudet och under avtalstiden.

Efter avslutad prövning har Västtrafik konstaterat att samtliga anbudsgivare uppfyllt ställda krav i Förfrågningsunderlaget. Resultatet har dokumenterats enligt särskild prövningsmall.

5.2 Förhandling

Västtrafik har haft förhandlingsmöten med anbudsgivare avseende anbuderna. För att tillgodose likabehandlingsprincipen i upphandlingsreglerna har Västtrafik genomfört förhandlingsmöten med samtliga operatörer och med likalydande agenda. Föremål för förhandling har varit i huvudsak berört genomförande av trafikåtagandet (produktionsvolym och fordon) samt eventuella förändringar av offererade priser. I övrigt har förhandlingarna dokumenterats i form av kortfattade noteringar som delgivits respektive operatör.

5.3 Anbudsutvärdering

5.3.1 Utvärderingskriterier

Utvärderingen av anbuderna har skett mot de i Förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna, dvs. det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet har antagits.

Som grund för bedömning av ekonomiskt mest fördelaktiga anbud har tillämpats följande kriterier för utvärdering, med angiven viktning av dessa.

Utvärderingspris 75 procent. Tjänstekvalitet 25 procent.

Förvaltningsrättens bedömning

En grundläggande utgångspunkt är att det inte är tillåtet att ändra anbuderna efter den dag som har bestämts för ingivande av anbud eller anbudsöppningen. Detta förbud utgör en grundläggande princip i offentliga upphandlingsförfaranden. Förbudet är ett uttryck för likabehandlingsprincipen, vilken är grundläggande för alla upphandlingsförfaranden och som dessutom uttryckligen bekräftas bland annat i 1 kap. 24 § LUF. Mot denna bakgrund måste det i målet undersökas om en anbudsgivare har gjort senare ändringar av sitt anbud, vilka den upphandlande enheten rättsstridigt har beaktat.

Det är dock tillåtet för den upphandlande enheten att på sätt anges i bland annat 15 kap. 12 § LOU tillåta rättelser av uppenbara fel i anbud samt att begära förtydliganden och kompletteringar i redan lämnade anbud under förutsättning att detta kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Som framgår av vad ovan anförts bör möjligheten att begära förtydliganden och kompletteringar utnyttjas restriktivt och med utgångspunkt i de allmänna principerna för upphandling. Varken lagen eller de bakomliggande direktiven innehåller emellertid några definitioner om innebörden av begreppen förtydligande och kompletteringar. Det sägs inte heller på vilket sätt kontakterna ska tas och diskussionerna ske. Rättspraxis innehåller i och för sig flera avgöranden rörande situationer där förtydliganden och kompletteringar i det enskilda fallet godtagits eller förkastats. Något vägledande rättsfall angående räckvidden av bestämmelserna i lag-

rummet föreligger emellertid inte. Grundprincipen bör dock vara att en ändring i ett lämnat anbud bara är tillåten i den mån den inte strider mot någon i lagen eller direktiven angiven grundläggande princip.

Det är i detta mål ostridigt att DSB Firsts anbud i trafikåtagandet varit bristfälligt i två i målet påtalade avseenden, nämligen dels att i anbudet lämnade uppgifter om fordonsanvändning på vissa linjer inte stämt överens med anbudsunderlagets krav, dels att en efterfrågad, tidtabellsstyrd tågförbindelse helt utelämnats. Med hänsyn till anbudsunderlagets utformning i aktuella delar anser förvaltningsrätten att fråga är om obligatoriska krav på anbudets innehåll, s.k. skallkrav, som måste vara uppfyllda för att anbudet skall kunna utvärderas som ett med andra anbud likvärdigt anbud. Den omständigheten att den upphandlande enheten i anbudsunderlaget angett att tidtabellerna inte är slutligt fastställda och vidare under upphandlingens gång meddelat att förutsättningarna för genomförandet av kontraktet kan komma att ändras på grund av förändringar avseende tillgängliga fordon utgör inte skäl till annan bedömning än att fråga fortfarande är om skallkrav.

Det får vidare genom vad parterna uppgett i målet och ingivna handlingar anses utrett att den upphandlande enheten i samband med prövningen av anbudens giltighet uppmärksammat ovannämnda brister och påtalat dessa hos DSB First samt att DSB First efter förfrågan härom från den upphandlande enheten ändrat sitt anbud genom tillägg av de i anbudsunderlaget efterfrågade uppgifterna. Den upphandlande enheten har härefter funnit nämnda skallkrav vara uppfyllda och tagit DSB Firsts anbud till utvärdering enligt de förutsättningar som angetts i anbudsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar först att rekvisiten för rättelse med stöd av bestämmelserna i 15 kap. 12 § första stycket LUF inte är uppfyllda. De påtalade bristerna är nämligen inte av den arten att de framkommer vid en självständig granskning av anbudets innehåll utan först vid en jämförelse

med anbudsunderlaget i motsvarande delar. Bristerna är med andra ord inte uppenbara i den i lagrummet avsedda meningen.

Fråga får därför anses vara om sådant förtydligande eller sådan rättelse som enligt andra stycket av samma lagrum är tillåten i den omfattning det kan ske utan att diskriminering av andra leverantörer uppkommer. Inom ramen för vad som är tillåtet ligger därvid i första hand enligt praxis att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras eller att endast marginella sakuppgifter tillförs anbudena och att något utbyte av uppgifter inte sker. Enligt förvaltningsrättens mening utsluts emellertid, mot bakgrund av rådets och kommissionens ovan återgivna uttalande, inte att även annan, i anbudsunderlaget efterfrågad information, som utelämnats i ett anbud, kan tillföras utan att likabehandlingsprincipen träds för när. Förvaltningsrätten finner vid prövningen härav att i målet anförda omständigheter inte utgör stöd för att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att godta de aktuella ändringarna. De får därför anses tillåtna.

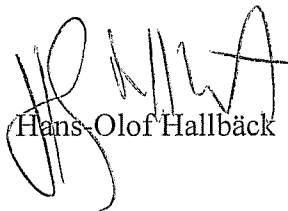
Beträffande förfrågningsunderlagets krav på produktionsplan är det även här fråga om skall-krav i så måtto att produktionsplanen utgör ett för anbudsgivningen obligatoriskt dokument. DSB First har i sitt anbud lämnat detta dokument. Senare ändringar i produktionsplanen föranledda av ovan nämnda förtydliganden och kompletteringar kan inte bedömas på annat sätt.

Mot bakgrund av det nu anförda finner förvaltningsrätten att den upphandlande enhetens i målet ifrågasatta förfarande att begära och tillåta förtydliganden och kompletteringar av avgivna anbud inte strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten finner vidare att det inte heller i övrigt i målet är visat att grund föreligger för ingripande enligt 16 kap. 2 § LUF. Sökandens framställning om åtgärder enligt nämnda bestämmelser skall därför lämnas utan bifall.

Vid denna utgång skall de interimistiska besluten av den 7 september 2009 inte längre gälla.

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

Av 16 kap. 1 § LUF följer att en ansökan om överprövning inte får prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Detta gäller även för prövning i kammarrätten. Ansökan får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att rätten upphävt tidigare interimistiskt beslut.



Hans-Olof Hallbäck

