



KLAGANDE

Baneservice Skandinavia AB, 556765-8827

Ombud: Advokat [REDACTED] och biträdande jurister [REDACTED]
och [REDACTED]

MOTPART

Göteborgs Hamn AB

Ombud: Advokat [REDACTED]

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

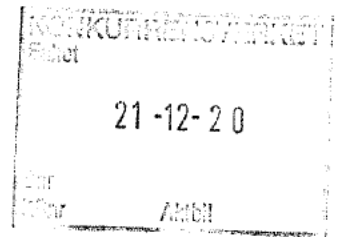
Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 25 november 2020 i mål nr 1350-20, se bilaga A

SAKEN

Upphandling av koncessioner

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.



YRKANDEN M.M.

Baneservice Skandinavia AB yrkar att upphandlingen rättas på så sätt att ProTrain Trafik AB:s anbud förkastas och att kontraktet i stället tilldelas dem, alternativt att upphandlingen görs om. Baneservice anför följande.

Avtalsperioden

Göteborgs Hamn AB har varken genom förfrågningsunderlaget eller under processens gång gjort det sannolikt att det krävs en längre avtalsperiod än fem år. Baneservice har genom inhämtande av offerter visat att en

leverantör kan kompenseras för sina investeringar under en avtalsperiod om tre år. För aktörer i branschen är det uppenbart att en växlingsoperatör kan kompenseras för gjorda investeringar inom i vart fall fem år.

Genom en avtalsperiod om maximalt sju år är upphandlingen utformad i strid med 4 kap. 11 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK. En så lång avtalsperiod begränsar konkurrensen på marknaden. Baneservice och övriga leverantörer utestängs från möjligheten att lämna anbud och Baneservice lider eller kan komma att lida skada.

Baneservice är väl insatt i vilka investeringar som krävs för den aktuella koncessionen, eftersom bolaget har haft uppdraget under flera år. De två enskilt största investeringarna för uppdraget är kostnaderna för lok och personal. Att leasa lok är vanligt vid den här typen av uppdrag och det har Baneservice gjort vid sitt hittillsvarande utförande av uppdraget. Ett leasingavtal anpassas då till den period som koncessionsavtalet löper på.

ProTrain har i sitt anbud utgått från köp av lok av märket Voith Gravita 10 BB. Det loket har en större kapacitet än vad som krävs för att utföra tjänsterna. Baneservice har tidigare använt sig av det loket vid uppdrag för Göteborgs hamn och vet därför att loket har en större kapacitet än vad som krävs. Därför har Baneservice under de senaste fem åren i stället använt sig av loket Vossloh G6, som både till sin kapacitet och kostnad är anpassat till de tjänster som ska utföras.

Baneservice har i december 2019 fått ett offererat pris för köp av loket Vossloh G6 om 1 349 000 kronor per lok (dvs. cirka 14 miljoner kronor). Även om de lok som ProTrain erbjuder är en dyrare modell är det osannolikt att priset skulle uppgå till 50 miljoner kronor per lok. Rimligheten i offerten ifrågasätts därför.

Baneservice har genom en offert från december 2019 visat att tre lok kan köpas för en total summa om cirka 45 miljoner kronor till skillnad från de 75–120 miljoner kronor som hamnen anger totalt för tre lok. Baneservice offert visar att koncessionshavaren kan kompenseras för investeringarna under en avtalsperiod om tre eller i vart fall fem år.

Baneservice har även i november 2016 fått ett offererat pris för leasing av lok av modellen Voith Gravita 10 BB om 29 000 euro per månad, motsvarande 17,5 miljoner kronor per lok för en period om fem år.

Den offert för köp av lok som Göteborgs hamn åberopar är inhämtad i maj 2021 av vinnande anbudsgivare. Det är troligt att hamnen i efterhand gjort de beräkningar som krävs enligt 4 kap. 11 § LUK för att motivera en längre avtalsperiod än fem år och inte i samband med utformningen av förfrågningsunderlaget. Dessutom är priser från maj 2021 inte aktuella för beräkningen av om en leverantör ska kunna kompenseras för sina investeringar vid en upphandling genomförd under år 2019. Göteborgs Hamn har inte lagt någon oberoende beräkning till grund för att motivera en längre avtalsperiod än fem år.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte vilken typ av lok som krävs för utförande av tjänsterna. Det framgår inte heller av den offert som Göteborgs Hamn hämtat in. Offerten är därmed otydlig och kan inte utgöra grund för beräkningen av vilka investeringskostnader som krävs.

Baneservice har också hämtat in en offert, daterad den 24 november 2019, avseende leasing av lokmodellen Voiths Gravita 10 BB med en leasingkostnad om 300 000 kronor per månad och lok, vilket totalt för en treårsperiod innebär en kostnad om cirka 33 miljoner kronor för tre lok. En investeringskostnad kan därmed hämtas in under tre år.

Baneservice har i dag ett täckningsavtal med Göteborgs Hamn motsvarande de tjänster som ska utföras under upphandlingen med en avtalsperiod om ett år med en leasingkostnad om cirka 3 miljoner kronor för ett år. Täckningsavtalet visar tydligt att investeringskostnaden inte alls är i de nivåer som hamnen gör gällande och att leverantören kan kompenseras för investeringskostnaderna under en så kort avtalsperiod som ett år. Detta visar också att det saknas rimlighet i den långa avtalsperiod som hamnen har bestämt.

De av Baneservice ingivna offerterna visar att samma leasingkostnad gäller för såväl tre som sju år och att avtalsperioden inte har någon betydelse för koncessionshavarens priser.

Utvärderingsmodellen

Göteborgs Hamn har förbehållit sig rätten att avvika från prioritetsordningen vid utvärderingen och har därmed inte följt kravet i 13 kap. 3 § LUK att ange och följa en prioritetsordning.

Utvärderingsmodellen är dessutom otydligt utformad och har gett stort utrymme för godtycklighet, vilket strider mot principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LUK. Det gäller särskilt angivna volymer och vad som tillmäts betydelse i utvärderingen av anbuden. Därutöver har hamnen sammanblandat kriterier för kvalificering och utvärdering.

Det saknas beräkning eller grund för uppskattningen av förväntade volymer.

Baneservice har till följd av utvärderingsmodellens otydliga och godtyckliga utformning inte kunnat förutse hur dess anbud skulle komma att utvärderas och har till följd därav inte kunnat utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Baneservice har lämnat anbud med en hög miljöklassificering utan att Göteborgs Hamn tillmätt det betydelse i utvärderingen. Hade man vetat att

miljöklassificeringen på lok inte skulle beaktas, hade bolaget kunnat lämna helt andra priser och därmed även ett konkurrenskraftigare anbud. Detta visar att utvärderingsmodellen varit otydlig.

Väsentliga ändringar av underlaget

Göteborgs Hamn har efter anbudstidens utgång vid minst två tillfällen gjort ändringar och justeringar i underlaget och de prislister som ligger till grund för anbudslämnandet. Det rör sig om väsentliga förändringar av såväl åtagande som omfattning av koncessionen som gjorts i ett sent skede av upphandlingen. Om Baneservice hade fått mer tid på sig hade man haft en reell chans att utifrån de ändrade förutsättningarna offerera alternativa lok som är betydligt billigare än dieselloken. De omfattande ändringarna i prisbilagan har alltså påverkat deras anbuds- och prisstrategi.

Referensuppdragen

ProTrains anbud uppfyller inte det obligatoriska kravet i punkten 2.7.4.2 i förfrågningsunderlaget, eftersom ProTrain inte har redovisat referenser som dels motsvarar de tjänster som ska utföras i upphandlingen, dels motsvarar samtliga de moment som innefattas i upphandlingen. Anbudet borde även på denna grund ha förkastats, vilket medfört att Baneservice lidit skada.

Göteborgs Hamn AB anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Avtalsperioden

Det har gjorts en bedömning av investeringskostnaderna och motiven för den angivna avtalsperioden när villkoren för koncessionen utformades. En sådan bedömning är nödvändig för att kunna utforma koncessionsdokumentet.

Den kunskap som Baneservice har om vilka lok som krävs för utförande av uppdraget bygger på erfarenheter från det uppdrag som Baneservice har

utfört för dem. Man har vid utformningen av det nu aktuella koncessionsdokumentet tagit hänsyn till det framtida behovet, vilket är avgörande för vilken växlingskapacitet och därmed vilka lok som kommer att vara nödvändiga under koncessionens löptid.

Koncessionens löptid överstiger inte vad som rimligen kan förväntas behövas för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet. Löptiden om maximalt sju år är därför förenlig med LUK.

Baneservice har inte heller visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada till följd av koncessionens löptid. Följden av en längre koncessionstid är, oavsett vad investeringskostnaden skulle vara, att anbudsgivarna kan få bättre villkor för leasing av lok och därmed ha möjlighet att offerera lägre priser. Det är en omständighet som gynnar även Baneservice i anbudsgivningen.

Koncessionshavarens möjlighet att få tillbaka sina investeringar är beroende av vilka intäkter denne har under avtalstiden. De parametrar som är avgörande för koncessionshavarens intäkter är dels avtalstiden, dels offererade priser. En kort avtalstid innebär högre priser för tjänsterna. Det innebär i sig en risk för att kunderna väljer att utnyttja andra alternativ.

En maximal löptid om sju år bedöms vara nödvändig för att ge koncessionshavaren möjlighet att erbjuda ett attraktivt tjänsteutbud samtidigt som koncessionshavaren kompenseras för gjorda investeringar och får avkastning på det investerade kapitalet. När det gäller möjligheten att tilldela en koncession för en kortare tid än den tid som krävs för att få tillbaka investeringarna, kan konstateras att det inte utges någon ”därmed sammanhängande ersättning” och att någon eliminering av verksamhetsrisken inte heller sker på grund av den kortare tiden.

Det har inte ställts några krav på hur många lok koncessionshavaren ska förfoga över för att få utföra uppdraget. I praktiken krävs dock minst två lok i daglig drift och ett tredje lok i reserv för att kunna utföra koncessionen på ett avtalsenligt sätt. Det tredje reservloket måste finnas tillgängligt för beredskap vid förutsedda och oförutsedda driftsavbrott för de ordinarie loken.

Det har inte heller ställts några krav på lokens utformning och det är därför upp till respektive anbudsgivare att bedöma vilken typ av lok som krävs för att utföra tjänsterna i enlighet med de behov som definierats i koncessionsdokumentet.

Vid en jämförelse mellan de lok som Baneservice har offererat (Vossloh G6) och de lok som ProTrain offererat (Voith Gravita 10 BB) kan följande konstateras. Vossloh G6 är ett litet lok som har låg kapacitet i relation till vissa av de tjänster som ska utföras. Det medför att två lok behöver kopplas ihop för att kunna utföra vissa tjänster. ProTrains val av ett tyngre och starkare lok innebär att någon multipelkoppling inte behöver ske.

Baneservice resonemang om att en kalkyl som baseras på Voith Gravita 10 BB inte är "rimlig" på grund av att det loket har kapacitet för mer än vad som krävs är felaktigt. Lok med lägre kapacitet medför ett behov av fler lok, vilket i sin tur innebär dels ytterligare investeringskostnader, dels ökade kostnader för bemanning och underhåll. Det kan vara en förklaring till varför ProTrain har offererat lägst pris i upphandlingen, även om investeringskostnaden per lok sannolikt är högre än Baneservice investeringskostnad per lok.

ProTrain har offererat ett driftskoncept med totalt tre lok, alla av typen Voiths Gravita 10 BB. Som framgår av uppgifter från ProTrains leverantör

TrainPoint Norway AS i ett intyg den 4 maj 2021, kommer investeringskostnaden för de tre loken att uppgå till 75–120 miljoner kronor. Baneservice uppgift om att leasingavgiften för motsvarande lok uppgår till 29 000 euro (dvs. cirka 300 000 kronor) per månad baseras på en offert daterad 2016. Uppgiften om investeringskostnad från samma leverantör till ProTrain är i dagens marknadsvärde det som redovisats ovan. Detta utgör en investeringskostnad för koncessionshavaren, oavsett vilken finansieringsmodell denne väljer.

De offerter som Baneservice presenterar och de beräkningar som bolaget gör, vad avser såväl leasing som köp, utgår från Baneservice verksamhet och förutsättningar. Det framgår redan av den offert som Göteborgs Hamn har tillhandahållit att andra företag med andra förutsättningar kan få villkor som skiljer sig från de villkor som Baneservice kan få.

Eftersom det finns företag på marknaden som kan ha investeringskostnader som uppgår till cirka 100 miljoner kronor, har man utgått från detta vid utformningen av koncessionsdokumentet oavsett om Baneservice kan få bättre villkor.

När det gäller Baneservice kostnader för täckningsavtalet specifikt kan noteras att det bolaget redan har haft det ursprungliga uppdraget under flera års tid. Merparten av de investeringar som Baneservice har gjort med anledning av uppdraget bör alltså redan vara finansierade och deras kostnader för täckningsavtalet är därmed inte jämförbara med investeringskostnaden i den här koncessionen.

Utvärderingsmodellen

Den tillämpade utvärderingsmodellen är förenlig med LUK och dess grundläggande principer. Modellen har inte gett Göteborgs Hamn en obegränsad valfrihet och anbudsgivarna har också kunnat göra sig en bild av vad som efterfrågas och tillmäts betydelse i upphandlingen. Den angivna

prioritetsordningen har följts och dessutom har Baneservice inte lidit någon skada av en eventuell sammanblandning av kvalificeringskrav och tilldelningskriterier, eftersom Baneservice och ProTrains referenser har bedömts vara likvärdiga.

Utvärderingsmodellen ska läsas tillsammans med övriga bestämmelser i koncessionsdokumentet, exempelvis punkt 2.7.4.4 om vad anbudsgivarens beskrivning av driftskonceptet minst ska innehålla. Där framgår att driftkonceptet ska innehålla ett mätbart miljömål som växlingsoperatören ska ha uppnått senast den 31 december 2022. Det framgår också att miljömålet kan, men behöver inte, vara kopplat till växlingslokens emissioner. Göteborgs Hamn har i enlighet med detta tagit hänsyn till miljöaspekter vid utvärderingen av anbudsgivarnas driftkoncept. Det avgörande vid utvärderingen av driftskonceptet har dock varit att ProTrain tillsätter mer personal för uppdraget och har större reservhållning för växling och trafikkoordinering.

Väsentliga ändringar av underlaget

Göteborgs Hamn har inte genomfört några väsentliga ändringar av koncessionsdokumentet och ändringen av prislistan har inte negativt påverkat koncessionshavarens möjlighet till potentiella intäkter. Den tillämpade anbudstiden har varit skälig.

Den gjorda justeringen är ett resultat av den förhandling som Göteborgs Hamn har rätt att genomföra med anbudsgivarna enligt LUK och innebär endast att priset för en viss typ av tjänst som ingår i koncessionen inte regleras i avtalet. Skälet till tillägget av en post i prislistan var att undanröja eventuella oklarheter.

Referensuppdragen

ProTrain har redovisat referensuppdrag som uppfyller samtliga krav i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Avtalsperioden

Göteborgs Hamn har i anbudsunderlaget angett att koncessionen upphandlas för en avtalsperiod om tre år, med en option att förlänga avtalet i omgångar om ytterligare totalt fyra år (48 månader). Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att koncessionens maximala löptid därmed uppgår till sju år.

En koncession ska vara tidsbegränsad. Av 4 kap. 11 § LUK framgår att koncessioner med längre löptid än fem år inte får ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet.

Frågan är då om det funnits skäl för Göteborgs Hamn att för den aktuella koncessionen besluta en löptid om maximalt sju år.

Det är ostridigt att den huvudsakliga investeringen för koncessionen består av tillhandahållande av lok. Anbudsgivaren väljer själv om lok ska tillhandahållas genom köp eller leasing. Det ställs i förfrågningsunderlaget inte några specifika krav för loken. De lok som offereras i koncessionen ingår dock i anbudsgivarens beskrivning av sitt driftskoncept.

Göteborgs Hamn menar att avtalstiden om sju år är nödvändig och har i processen i förvaltningsrätten hävdad att en nödvändig investeringskostnad för tillhandahållande av lok uppgår till cirka 100 miljoner kronor. I kammarrätten har hamnen åberopat en offert från 2021 utvisande att kostnaden för inköp av tre nya lok till den aktuella koncessionen ligger i intervallet 75–120 miljoner kronor.

Baneservice har tidigare under processen vitsordat att en investering om 100 miljoner kronor inte kan hämtas in på kortare tid än sju år. Bolaget har även angett att marknadsvärdet för inköp av ett lok uppgår till maximalt 25 miljoner kronor, men att kostnaden sannolikt är mindre. Baneservice är också av uppfattningen att utgångspunkten vid beräkningen av de investeringar som krävs för koncessionen ska vara den för branschen ofta tillämpade formen av leasing och har gett in underlag till stöd för att kostnaden då blir betydligt lägre än för köp.

Kammarrätten anser att Göteborgs Hamn genom den nu återopade offerten och sin argumentation i övrigt har gjort det sannolikt att investeringskostnaden för lok uppgår till cirka 100 miljoner kronor och att avtalstiden för koncessionen om maximalt sju år därmed är motiverad och rimlig. Det finns då inte skäl att ingripa mot upphandlingen till följd av avtalstidens längd.

Utvärderingsmodellen

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning, även med beaktande av det tillägg som Baneservice nu gjort angående miljöklassificering. Genom uppgiften under punkten 2.7.4.4 i förfrågningsunderlaget avseende driftkoncept om att anbudsgivaren ska ange och beskriva ett mätbart miljömål har det dessutom gjorts klart för anbudsgivarna att detta ingår i utvärderingen av anbudsgivarens driftkoncept.

Väsentliga ändringar av underlaget

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att Göteborgs Hamn efter inlämnandet av anbudshandlingarna inte har gjort några väsentliga förändringar i koncessionsdokumenten.

Referensuppdragen

Kammarrätten har till skillnad från förvaltningsrätten haft tillgång till handlingar, delvis maskerade, med uppgifter om ProTrains återopade

referensuppdrag. Den beskrivning som tidigare har lämnats av Göteborgs Hamn av dessa referensuppdrag överensstämmer med de nämnda handlingarna. Kammarrätten gör därför samma bedömning som förvaltningsrätten i frågan om ProTrains referensuppdrag.

Det betyder sammantaget att Baneservice överklagande ska avslås och förvaltningsrättens dom ska stå fast.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Ewa Hagard Linander

Eva Römbo
referent

Axel Hanson
skiljaktig mening

Axel Hansons skiljaktiga mening

Enligt min mening bör delvis annorlunda skäl anges för kammarrättens avgörande. Jag anser att skälen under rubriken Avtalsperioden från och med tredje stycket borde ha formulerats på följande sätt.

”Frågan är om sju år är en rimlig maximal avtalstid för den här koncessionen med hänsyn till de investeringar som koncessionshavaren behöver göra.

Göteborgs Hamn menar att avtalstiden om sju år är nödvändig och anförde i förvaltningsrätten att nödvändig investeringskostnad för tillhandahållande av lok uppgår till cirka 100 miljoner kronor.

I anbudsunderlaget ställs det inte upp några specifika krav på loken. De lok som offereras ingår dock i anbudsgivarens beskrivning av sitt driftskoncept. Den vinnande anbudsgivaren anger i sitt driftskoncept att lok av en starkare modell kommer att användas. Det måste enligt kammarrättens mening antas att den vinnande anbudsgivaren gjorde bedömningen att det var nödvändigt att offerera lok av den modellen för att vinna upphandlingen. Baneservice har inte visat att kostnaden för att köpa tre lok av den modellen skulle ligga väsentligt under 100 miljoner kronor. Baneservice har dessutom medgett att en avtalstid om sju år är nödvändig vid en investering om 100 miljoner kronor.

Den omständigheten att det är möjligt att leasa lok istället för att köpa dem är inte något unikt för den här upphandlingen. Det är istället ett val mellan olika finansieringslösningar som aktualiseras i de flesta upphandlingar som kräver tillgång till kapitalkrävande utrustning. Att den valmöjligheten finns bör inte beaktas vid bedömningen av vilken avtalstid som är rimlig med hänsyn till de investeringar som krävs. Kammarrätten anser därför att det inte har kommit fram något som ger skäl för bedömningen att den maximala avtalstiden, sju år, är längre än vad som är rimligt.”



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2020-11-25
Meddelad i Göteborg

Mål nr
1350-20

SÖKANDE

Baneservice Skandinavia AB, 556765-8827

Ombud: advokaten [REDACTED] och biträdande juristen
[REDACTED]

MOTPART

Göteborgs Hamn AB, 556008-2553

Ombud: advokaten [REDACTED] och biträdande juristen
[REDACTED]

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1147) om upphandling av
koncessioner, förkortad LUK

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 713257

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattengoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattengoteborg.domstol.se

Telefax
-

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Parter, saken och förvaltningsrättens avgörande	s. 1
Innehållsförteckning	s.2
Bakgrund	s. 3
Yrkande och inställning	s. 3
Sammanfattning av Baneservice Skandinavia AB:s anföranden	s. 3
- Referensuppdrag	s. 3
- Otydlig utvärderingsmodell	s. 5
- Väsentliga ändringar av anbudsunderlaget i ett sent skede	s. 9
- Avtalsperioden	s. 10
- Sammanfattning och skada	s. 12
Sammanfattning av Göteborgs Hamn AB:s invändningar	s. 12
- Referensuppdragen	s. 12
- Utvärderingsmodellen	s. 14
- Anbudstiden	s. 16
- Koncessionens löptid	s. 18
Skälen för förvaltningsrättens avgörande	s. 19
- Inledning	s. 19
- ProTrain:s uppfyllande av kvalificeringskraven i fråga om referensuppdrag	s. 20
- Utvärderingsmodellen	s. 23
- Sen förändring av anbudsunderlaget	s. 29
- Koncessionens löptid	s. 31
Fullföljdshänvisning	s. 34

BAKGRUND

Göteborgs Hamn AB upphandlar en operatör som med koncession tillhandahåller växlingstjänster till Älvsborgs- och Skandiahamnarna i Göteborg, *Koncession för växlingsoperatör*; dnr 174-19025.

Baneservice Skandinavia AB (nedan Baneservice) och ProTrain Trafik AB lämnade anbud i upphandlingen. Den 20 januari 2020 beslöt Göteborgs Hamn med följande motivering att tilldela ProTrain koncessionen. ProTrain:s anbud innebär fler och bättre allmänna ekonomiska fördelar för hamnen. Det driftkoncept som ProTrain redovisat innebär bl.a. en högre bemanning samt en balanserad och jämförelsevis förmånligare prisstruktur.

YRKANDEN M.M.

Baneservice yrkar att upphandlingen rättas på så sätt att ProTrain:s anbud förkastas och att kontraktet i stället tilldelas Baneservice. Alternativt yrkar bolaget att upphandlingen görs om.

Göteborgs Hamn anser att ansökan ska avslås.

Parterna anför sammanfattningsvis följande.

Baneservice

1. Referensuppdrag

Av punkten 2.7.4.2. i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska styrka sin tekniska kapacitet och yrkeserfarenhet genom att redovisa erfarenhet av växlingsavtal motsvarande det som ska utföras i uppdraget. Såsom kravet är utformat krävs att referensuppdragen avser just

växlingsavtal som motsvarar det aktuella kontraktet, och kan inte tolkas på annat sätt än att anbudsgivaren ska kunna styrka att den har erfarenhet av växlingsuppdrag som till typ och omfattning motsvarar det aktuella växlingsavtalet i Göteborgs Hamn. ProTrain saknar, enligt Baneservices kännedom, sådan erfarenhet av växlingsavtal som motsvarar det som ska utföras. Uppdraget innebär bl.a. tidsanpassade växlingar, dygnet runt-trafik, kapacitetsplanering, trafikledning, beredskap etc. Kravet ska inte tolkas på det sätt som Göteborgs Hamn menar, dvs. att det är tillräckligt att anbudsgivaren anger två referensuppdrag som avser växlingstjänster oavsett uppdragens kvalificeringsgrad. För det fall kravet hade varit så lågt ställt skulle det ha inneburit i att i princip samtliga järnvägsföretag som har egen licens kunnat kvalificeras för anbudsutvärdering. Det vore då också sannolikt att fler leverantörer än två hade lämnat anbud. Göteborgs Hamn har först under domstolsprocessen angett att innehavet av egen licens legat till grund för bedömningen av huruvida ProTrain uppfyllt kravet och har alltså vid prövningen beaktat moment som tidigare överhuvudtaget inte nämnts. Baneservice är i egenskap av befintlig leverantör väl insatt i vilka insatser som krävs för att genomföra uppdraget.

ProTrain hade enligt den senaste årsredovisningen en omsättning om 5 749 000 miljoner kr, år 2018. Omsättningen uppgår därmed till en knapp femtedel av värdet på uppdraget som växlingsoperatör i Göteborgs Hamn. Även för det fall man lägger samman ProTrain:s ackumulerade omsättning för de fem senaste åren, når summan inte ens upp till halva den årsomsättning som växlingsavtalet ska innebära. Därtill kommer att ProTrain varken har eller har haft några anställda i bolaget, varför det kan ifrågasättas hur bemanningsfrågan lösts tidigare, liksom hur bolaget avser att lösa bemanningsfrågan i det nu aktuella uppdraget. Göteborgs Hamn meddelade Baneservice per e-post den 21 januari 2020 att man fått information om att ProTrain önskade ha ett möte med Baneservices personal. Anledningen till det var att ProTrain saknade möjlighet att

bemanna uppdraget med egen personal. Det är mot den bakgrunden högst osannolikt att ProTrain har presenterat referensuppdrag som motsvarar det aktuella uppdragets krav. Det förefaller vidare högst osannolikt att ProTrain har den tekniska förmågan och kapaciteten att genomföra uppdraget. Även om det inte uttryckligen anges att anbudsgivaren ska ha en viss omsättning eller ett visst antal anställda, får det uppställda kravet – med hänsyn till uppdragets omfattning och komplexitet – tolkas som så att det förutsätts att anbudsgivaren har sådan erfarenhet som motsvarar växlingsuppdraget i Göteborgs Hamn. Eftersom ProTrain därmed inte uppfyllt ett obligatoriskt krav, skulle anbudet ha förkastats.

Baneservice har vid muntlig kontakt med Göteborgs Hamn, i samband med att bolaget efterfrågade information om skälen för tilldelningsbeslutet och de relativa fördelarna med det valda anbudet, begärt att få ta del av ProTrain:s anbud samt referensuppdragen. Baneservice fick då beskedet att informationen och ProTrain:s anbud var belagt med sekretess. Bolaget har med anledning av det inte framställt någon skriftlig begäran till Göteborgs Hamn om att specifikt få ta del av ProTrain:s referensuppdrag, utan har i stället haft att utgå från ProTrain:s omsättning och antalet anställda.

2. Otydlig utvärderingsmodell

I förfrågningsunderlagets punkt 2.8 i anges att de anbud som uppfyller samtliga formella krav kommer att utvärderas med utgångspunkt i olika kriterier, i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för Göteborgs Hamn och de övriga aktörerna i hamnen. Vid en första anblick får man intrycket av att Göteborgs Hamn kommer att utgå från den prioritering av kriterier som man ställt upp i fallande ordning. I andra stycket anges däremot att denna ordning inte kommer att följas för det fall Göteborgs Hamn exempelvis anser att en ”mycket bra prisbild” i stället motiverar att prisbilden avgör utgången i upphandlingen. Det är med utgångspunkt i

utvärderingsmodellen omöjligt att förstå hur bedömningen av de olika kriterierna kommer att göras. Otydligheten består i att Göteborgs Hamn förbehåller sig rätten att först efter att anbudet inkommit avgöra vilka kriterier som ska tillmätas särskild betydelse. Som anbudsgivare är det alltså inte möjligt att förutse vilka av kriterierna som premieras i förhållande till varandra. Därutöver är det närmast omöjligt att förstå vad en ”mycket bra prisbild” innebär. Såsom utvärderingsmodellen är utformad är det alltså inte möjligt för anbudsgivarna att ta ställning till hur deras anbud ska utformas för att ha möjlighet att få kontraktet. Modellen lämnar ett alltför stort utrymme för godtycke.

Om en upphandlande enhet har rangordnat kriterierna i fallande ordning är det just på grundval av den fallande ordningen som bedömningen ska göras. Med utgångspunkt i Göteborgs Hamns resonemang kan exempelvis tilldelningskriteriet goda referenser värderas högre än driftkoncept, som rangordnats högst i listan. Ett tilldelningskriterium kan inte anses vara högst rankat om den tillämpade utvärderingsmodellen samtidigt möjliggör för den upphandlande enheten att, utifrån en högst godtycklig bedömning i efterhand, bestämma att ett lägre rankat tilldelningskriterium – exempelvis referenser – motiverar att innehållet i referenserna ska avgöra upphandlingens utgång. Göteborgs Hamn har därmed givits utrymme att efter eget tycke styra resultatet och har inte följt LUK:s krav på att ange en prioritetsordning.

Av utvärderingsmodellen kan endast utläsas att fem tilldelningskriterier har rangordnats. Modellen ger inte någon egentlig ledning om vad anbudsgivarna förväntas offerera för att Göteborgs Hamn ska bedöma att en anbudsgivares referenser eller driftkoncept ger ett mervärde. Av förfrågningsunderlaget framgår inte heller vilka parametrar som beaktas vid bedömningen av om ett tilldelningskriterium ska bedömas som ”mycket bra”, ”lika bra” eller ”bäst” i förhållande till andra anbud. Inte någonstans i

förfrågningsunderlaget kan utläsas vad som ger mervärde för exempelvis ett bra ”driftkoncept” eller en bra ”tidsplan för etablering”. Det ges vidare inte någon ledning i fråga om vad som utgör en faktisk miniminivå för vad som minst kan förväntas och vad som därutöver utgör ett mervärde för respektive tilldelningskriterium. I avsaknad av ledning för hur anbuden ska utformas för att uppnå ett högre värde, har anbudsgivarna närmast haft att gissa vad Göteborgs Hamn kommer att tillmäta betydelse och betrakta som ett ”mycket bra pris” eller ”det bästa driftkonceptet”. Med utgångspunkt i punkten 2.8 kan ett lägre rankat kriterium inte, som Göteborgs Hamn påstår, endast vägas in utan att det får avgörande betydelse för utgången i upphandlingen. Av föreskriften framgår uttryckligen att en mycket bra prisbild, dvs. det tilldelningskriterium som rangordnats näst högst i prioritetsordningen, kan motivera att prisbilden avgör upphandlingen. Detta innebär att ett mycket bra driftkoncept, dvs. det tilldelningskriterium som rangordnats högst i prioritetsordningen, kan få ge vika för en mycket bra prisbild. Genom formuleringen i punkten 2.8 har Göteborgs Hamn således givits möjlighet att göra avsteg från prioritetsordningen.

Göteborgs Hamn har därtill sammanblandat kvalificerings- och utvärderingskriterier. De referenser som efterfrågats i punkten 2.7.4.2 avser huvudsakligen anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget och kan alltså inte också utgöra kriterier för utvärdering enligt punkten 2.8. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga, utgör inte kriterier för tilldelning (se EU-domstolens avgöranden i mål C-31/87, C-532/06 och C-199/07). Kriteriet referenser kan därför inte anses utgöra ett kriterium för tilldelning. Kravet i punkten 2.7.4.4 tar sikte på bedömningen av anbudsgivarens lämplighet, och inte utvärderingen av tilldelningskriteriet driftkoncept. Punkten är således hänförlig till kvalificeringsfasen och inte utvärderingsfasen. Göteborgs Hamn har inte på något sätt angett att anbudsgivarens redovisning av

exempelvis driftkoncept enligt punkten 2.7.4.4 även kommer att ligga till grund för utvärderingen av tilldelningskriteriet driftkoncept. I motiveringen till tilldelningsbeslutet anges inte på vilket sätt referensuppdragen resulterat i ett mervärde för ProTrain och det framgår inte heller på vilket sätt referensuppdragen varit ägnade att identifiera anbud med allmänna ekonomiska fördelar för upphandlingsenheten.

Med anledning av att tilldelningsbeslutet inte innehöll någon konkret information om vilka förutsättningar som varit uppfyllda för att utse ProTrain till vinnande leverantör, och vad som skiljer anbuden åt, begärde Baneservice ett förtydligande. Av Göteborgs Hamns svar framgick att de två parametrarna som var avgörande för bedömningen av tilldelningskriteriet driftkoncept är att ProTrain tillsätter mer personal för uppdraget samt att bolaget har en större reservhållning för växling och trafikkoordinering. Göteborgs Hamn hade med enkelhet kunnat ange att bemanningen samt reservhållningen för växling och trafikkoordinering ger ett mervärde vid bedömningen av tilldelningskriteriet driftkoncept. En bedömningsmetod ska i princip bestämmas innan anbuden öppnas (se EU-domstolens dom i mål C-6/15). Av den förtydligade motiveringen framgår endast att båda anbuden innehåller mycket relevanta referenser, och alltså inte – som nu påstås – att referenserna bedömts vara likvärdiga.

Punkten 2.7.4.2, driftkoncept, utgör underrubrik till punkten 2.7 – prövning av anbudsgivarens lämplighet – och punkten 2.7.4 avser teknisk och yrkesmässig kapacitet. Punkten 2.7.4.2 utgör alltså en del av bedömningen av anbudsgivarens lämplighet samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det är svårt att förstå på vilket sätt Göteborgs Hamn menar att det inte framgår att punkten 2.7.4.4 utgör en del av bedömningen av anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet inom ramen för kvalificeringsfasen. Ingenstans i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarnas underlag som getts in till styrkande av att kravet i punkten 2.7.4.4 uppfylls, även

kommer att ligga till grund för bedömningen av utvärderingskriteriet driftkoncept i punkten 2.8.

3. Väsentliga ändringar av underlaget i ett sent skede

I mail den 13 januari 2020 informerade Göteborgs Hamn Baneservice om att man hade ändrat innehållet i prislistan genom att förändra och ta bort tjänster. Göteborgs Hamn inbjöd anbudsgivarna att inkomma med en uppdaterad prissättning av de nya posterna i den förändrande prislistan; detta senast den 16 januari 2020. I ett mail den 14 januari meddelades bl.a. att ”Fiktiva volymer för utväxling av vagn ur vagngrupp är justerade och ny tjänst lagts till i prislistan”. Göteborgs Hamn har alltså tydligt angett att det handlar om en ny tjänst. Denna tjänst finns inte heller angiven i arbetsbeskrivningen; bilaga A till förfrågningsunderlaget. Göteborgs Hamn har således gjort väsentliga ändringar och dessutom krävt att anbudsgivarna senast inom tre dagar skulle inkomma med en justerad prislista utifrån förändringarna. Förändringarna beslutades i ett så sent skede att det försvårade Baneservices möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förändringarna påverkade också grunderna för prisstrategin.

Att erbjuda de aktuella typerna av tilläggstjänster separerade från övrig verksamhet, och utan synergier med övriga uppdrag i upphandlingen, försvårar koncessionshavarens möjligheter att erbjuda ett konkurrenskraftigt och effektivt upplägg som genererar intäkter. Förändringarna har påverkat möjligheten till intäkter genom att den efterfrågade volymen har minskat. Fiktiv volym för del 1 är kraftigt uppräknad jämfört med dagens volym, medan den fiktiva volymen för del 2 är kraftigt nedräknad. Volymerna för vissa tjänster är betydligt högre jämfört med dagens volymer och de fiktiva volymerna för andra tjänster är betydligt lägre jämfört med dagens volymer. De volymer som anges i underlaget speglar inte den volym som faktiskt efterfrågas för genomförandet av uppdraget. Att ange en fiktiv volym om 1

för en tjänst som redan idag utförs flera gånger per dag är missvisande. De tjänster som frångicks krävde betydligt starkare lok än övriga efterfrågade tjänster. Att tjänsterna frångicks medförde högre kostnader för den presumtive koncessionshavaren samt en begränsning i möjlig lokalsammansättning och val av sammansättning av lok för hela uppdraget.

Göteborgs Hamn har i den justerade versionen av prislistan som skickades ut den 14 januari 2020 tagit bort anbudssumma samt årssumma och samtidigt under en ny flik tagit fram en helt ny beräkningsmodell. Göteborgs Hamn har därutöver, i samband med att den nya modellen skickades ut, via telefon informerat Baneservice om att vissa tjänster inte är viktiga för hamnen och att andra specifika tjänster i stället prioriteras. Göteborgs Hamn anger att formuleringen i prislistan om att *"Mängderna är fiktiva och tjänar enbart för utvärdering, inga volymer garanteras"* inte tagits bort, utan att den fanns dold i dokumentet. Det ska påpekas att formuleringen inte heller visas i det dokument som Baneservice tagit del av i Göteborgs Hamns yttrande till domstolen. Oaktat att formuleringen fanns i dokumenten var den alltså dold för anbudsgivarna.

4. Avtalsperioden

I förfrågningsunderlagets punkt 1.4 anges att avtalsperioden löper i tre år och att planerad avtalsstart är den 1 november 2020, med en option om att förlänga avtalet i omgångar med ytterligare 48 månader totalt. Göteborgs Hamn avser alltså att teckna avtal på tre år med option att förlänga det vid ett eller flera tillfällen, med upp till fyra år. Den sammanlagda koncessionstiden kan alltså uppgå till sju år. I 4 kap. 11 § LUK föreskrivs att koncessioner med länge löptid än fem år inte får ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar. Vid beräkning av den maximala avtalsperioden ska även eventuella options- och

förlängningsklausuler beaktas (Eskil Nord, lagen om upphandling av koncessioner, 4 kap. 11 §, Karnov 2020-04-28). Det är uppenbart för aktörerna i branschen att en växlingsoperatör kan kompenseras för investeringarna avseende koncessionsföremålet inom fem år. Göteborgs Hamn har därmed handlat i strid med 4 kap. 11 § LUK eftersom det i förfrågningsunderlaget anges att den sammanlagda tiden för kontraktet kan överstiga fem år.

För att leverera tjänsterna krävs inte några större investeringar. Vid denna typ av uppdrag leasas loken och leasingavtalen anpassas utifrån den tid som koncessionen belöper. Lokens marknadspris vid köp uppgår till ungefär hälften av det pris som Göteborgs Hamn angett. Om koncessionshavaren köper lok för 100 miljoner kr för en avtalsperiod om tre år, kan man inte förvänta sig att få tillbaka investeringen på den tiden. Inte ens om uppdraget hade löpt i sju år skulle det ha varit realistiskt att räkna med att få tillbaka en sådan summa.

En anbudsgivare kan inte utgå från att avtalet ska sträcka sig längre än tre år. För det fall Göteborgs Hamn hade bedömt att den tid som krävs för att få igen investeringarna uppgår till fem år, hade det rimliga varit att avtalstiden också bestämts till fem år. Syftet med den ensidiga rätten att förlänga avtalet med två år åt gången, maximalt fyra år, syftar därmed inte till att koncessionshavaren på något sätt ska få möjlighet att kompenseras för investeringarna, utan snarare till att Göteborgs Hamn ska få möjlighet att förlänga avtalet om man är nöjd med koncessionshavarens insatser under de första tre åren. Endast i undantagsfall, när det är absolut nödvändigt, får koncessioner ha en längre varaktighet. Av skäl nr 52 i direktivet 2014/23/EU framgår att ”Koncessioner bör gälla på begränsad tid så att inte marknaden avskärmas och konkurrensen begränsas.” Det finns i aktuellt fall inte några krav på sådana investeringar som medför att det är motiverat med en längre avtalsperiod än den maximala avtalstiden om fem år.

5. Sammanfattning och skada

Göteborgs Hamn har handlat i strid med 4 kap. 1 § LUK genom att anta ett anbud som inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Förfarandet har också brustit i transparens och likabehandling. Om förfrågningsunderlaget hade varit tydligt och klart från början och Göteborgs Hamn inte gjort väsentliga ändringar, skulle Baneservice ha kunnat utforma sitt anbud annorlunda. Bristerna i upphandlingen har påverkat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och att tilldelas kontraktet. Baneservice skulle ha fått kontraktet om bristerna inte hade förelegat. Göteborgs Hamns handlande har således inneburit att Baneservice lidit eller kunnat komma att lida skada. Baneservice har också lidit eller riskerat att lida skada till följd av att koncessionens möjliga löptid bestämts till sju år.

Göteborgs Hamn

1. Referensuppdragen

ProTrain har i sitt anbud redovisat minst två relevanta referenser som styrker att bolaget har erfarenhet av växlingsavtal motsvarande det som ska utföras, och som avser uppdrag som inte varit slutförda för mer än fem år sedan. Referensuppdragen avser relevanta växlingstjänster, dvs. växling av godståg på egen licens mellan industrispår och Trafikverkets spårnät. Göteborgs Hamn har bedömt att de referensuppdrag som redovisats varit tillräckliga för att styrka uppfyllande av efterfrågad teknisk och yrkesmässig kapacitet. Göteborgs Hamn har inte lagt endast den omständigheten att ProTrain innehar en egen licens till grund för bedömningen. De referensuppdrag som ProTrain redovisat omfattar moment och tjänster som är relevanta för den koncession som nu är föremål för upphandling, exempelvis tidsanpassade växlingar, dygnet runt-trafik, kapacitetsplanering,

trafikreglering och beredskap. Något krav på att referensuppdragen ska ha utförts med egen – anställd – personal, har inte ställts.

Anbudsgivaren ska genom att ange referensuppdrag styrka erfarenhet av växlingsavtal *motsvarande det som ska utföras*. Med detta har åsyftats referensuppdrag som avser utförande av relevanta tjänster; i det här fallet växlingstjänster. Göteborgs Hamn har inte ställt upp krav på att referensuppdragen ska ha haft en viss omsättning, och framförallt inte att referensuppdragens omsättning ska motsvara den koncession som nu upphandlas. Eftersom Baneservice sannolikt skulle ha varit det enda bolag som kunnat uppfylla ett sådant krav, hade detta varit både oproportionerligt och olämpligt ur konkurrenssynpunkt. Hur många anställda ProTrain har, eller hur man avser att bemanna uppdraget, saknar betydelse för frågan om huruvida bolaget uppfyller kravet på referensuppdrag. Inte heller vilken omsättning ProTrain hade år 2018 har någon betydelse för frågan om kravet, eller övriga kvalificeringskrav, är uppfyllda, eftersom Göteborgs Hamn inte ställt upp något krav på anbudsgivarens omsättning.

Göteborgs Hamn har inte tagit emot någon begäran från Baneservice om att få ta del av Protrain:s anbud. Om Baneservice skickat en sådan begäran har den alltså inte nått fram. Göteborgs Hamn, som känner inte till att anbudet skulle ha nekats att lämnas ut med hänvisning till sekretess, har väl utarbetade rutiner för utlämnande av allmänna handlingar och underlåter inte att lämna ut en handling i sin helhet. En handling som innehåller uppgifter som omfattas av sekretess lämnas i stället ut med maskering av uppgifterna. Om Baneservice önskar ta del av ProTrain:s anbud kan bolaget framställa en sådan begäran.

2. Utvärderingsmodellen

Göteborgs Hamn har utformat utvärderingsmodellen i enlighet med bestämmelserna i LUK. Det är en felaktig slutsats att skrivningen om att bäst driftkoncept inte per automatik vinner skulle medföra att prioritetsordningen i vissa fall kommer att frångås. Skrivningen ger endast en förklaring till hur prioritetsordningen, i sedvanlig mening, tillämpas; dvs. att det högst rangordnade tilldelningskriteriet alltid tillmäts störst betydelse, att det näst högst rangordnade tilldelningskriteriet alltid tillmäts näst störst betydelse etc., men att goda prestationer avseende tilldelningskriterier lägre i rangordningen kan trumfa tilldelningskriterier högre i rangordningen, beroende på hur väl dessa uppfylls. I förevarande fall kan exempelvis ett anbud med ett mycket bra pris bedömas innebära en högre grad av allmänna ekonomiska fördelar än det anbud i vilket det bästa driftkonceptet offererats. Hade driftkonceptet och priset bedömts vara ”lika bra” inom ramen för sina respektive tilldelningskriterier – exempelvis bästa möjliga driftkoncept och bästa möjliga pris – skulle emellertid driftkonceptet i den delen ha värderats högre eftersom driftkonceptet rangordnas högre. Någon skyldighet att ange tilldelningskriteriernas viktning har inte funnits. Om driftkonceptet per automatik skulle avgöra utgången i upphandlingen hade det också saknats anledning att överhuvudtaget tillämpa fler tilldelningskriterier. Utvärderingsmodellen har således inte gett Göteborgs Hamn en obegränsad valfrihet.

En prioritetsordning kan inte innebära att det högst rankade kriteriet alltid blir avgörande. En sådan ordning innebär helt enkelt att den upphandlande enheten tar störst hänsyn till det högst rankade kriteriet, näst störst hänsyn till det näst högst rankade kriteriet, osv. Det har aldrig varit fråga om att låta ett lägre prioriterat tilldelningskriterium tillmätas större betydelse än ett högre prioriterat kriterium. Däremot måste prioritetsordningen tillämpas så att samtliga tilldelningskriterier får genomslag. Det framgår av motiveringen

till tilldelningsbeslutet att Göteborgs Hamn utvärderat anbuden i enlighet med den angivna prioritetsordningen och att skälen till att ProTrain tilldelats kontraktet är att bolaget offererat ett starkare driftkoncept och konkurrenskraftigare priser, dvs. att bolaget i större utsträckning uppfyllt de tilldelningskriterier som rangordnats högst. Göteborgs Hamn har vid utvärderingen inte gett offererade priser en större betydelse än driftskonceptet. Även om Göteborgs Hamn *hade* gett offererade priser en större betydelse än driftskonceptet, skulle Baneservice inte ha lidit någon skada av det eftersom bolaget har offererat både ett sämre driftkoncept och en högre anbudssumma än ProTrain.

Göteborgs Hamn har inte sammanblandat kriterier för kvalificering och utvärdering genom att referenser utgjorde ett av tilldelningskriterierna. Kvalificeringskravet avseende referenser har syftat till att säkerställa att anbudsgivarna har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att utföra koncessionen. Utvärderingskriteriet avseende referenser har syftat till att premiera det eventuella mervärde som erfarenheter från referensuppdraget kan ge vid utförandet av koncessionen. Oavsett vilket saknar det betydelse om kvalificeringsfasen och tilldelningsfasen sammanblandats i fråga om referenser eftersom Baneservices och Protrain:s referenser bedömdes vara likvärdiga, varför Baneservice – om felet förelegat – inte lidit eller riskerat att lida skada till följd därav. Referensuppdragen har en så pass låg prioritet att kriteriet – särskilt enligt Baneservice eget resonemang om hur en prioritetsordning bör tillämpas – inte varit avgörande för utvärderingsresultatet. Baneservice har också mot den bakgrunden inte lidit någon skada på grund av det påstådda felet.

Av punkten 2.7.4 – teknisk och yrkesmässig kapacitet – framgår att Göteborgs Hamn ska bedöma anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet mot bakgrund av den beskrivning av de i anbudsformuläret efterfrågade uppgifterna som anbudsgivaren lämnar. I anbudsformuläret

framgår överhuvudtaget inte att anbudsgivaren ska beskriva det offererade driftkonceptet. Redan av det skälet är det tydligt att driftkonceptet inte utgör en del av bedömningen av anbudsgivarens lämplighet och tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

3. Anbudstiden

Skälet till att prislisans innehåll justerades var att det under utvärderingen och intervjuerna med anbudsgivarna framkom att vissa villkor hade bidragit till höga priser. Anbudsgivarna informerades om detta via e-post och ombads att inkomma med justerade priser. I samband med detta uppmanades de att återkomma med uppgift om hur mycket tid de skulle behöva för prissättningen. Göteborgs Hamn utgick dock från att det inte skulle behövas mer tid än till den 16 januari 2020. Detta framgår av inbjudan till förhandlingen av den 13 januari 2020. Ingen av anbudsgivarna invände mot förslaget, utan inkom med justerade priser inom angiven tid.

Fråga har inte varit om någon väsentlig förändring av upphandlingsdokumentet, bl.a. eftersom det knappast hade berett ytterligare anbudsgivare tillträde till upphandlingen om den hade annonserats med den justerade prislisan i stället för den ursprungliga. Även om ytterligare anbudsgivare *hade* beretts tillträde till upphandlingen om upphandlingen annonserats med den justerade prislisan, skulle det dessutom inte ha medfört att Baneservice lidit eller riskerat att lida skada eftersom bolaget faktiskt lämnade anbud.

Samtliga poster som Baneservice pekat på i domstolen hade i den ursprungliga prislisan en fiktiv årsvolym om ”1”. Detta kan exempelvis jämföras med posten ”Inväxling terminal vardag”, som hade en fiktiv årsvolym om 8 500. De poster som Baneservice räknar upp utgjorde således en marginell del av den totala kalkylen och därmed också en marginell del

av den totala anbudssumman. Som exempel kan nämnas att summan av dessa poster uppgick till 22 602 kr i Baneservices ursprungliga anbud, vilket ska jämföras med den totala årssumman om 35 829 232 kr. Summan av posterna, som Baneservice anser vara väsentliga för kalkylen, uppgår således till cirka 0,06 procent av bolagets offererade årssumma. Ändringarna i prislistan kan alltså redan av det skälet inte vara väsentliga.

De poster som togs bort från prislistan avsåg dessutom tilläggstjänster som inte ingår i det grundläggande behov som Göteborgs Hamn har av växlingstjänster för att säkerställa hamnens funktion. De borttagna posterna utgör tjänster som koncessionshavaren kan erbjuda tågoperatörerna utöver den grundverksamhet som omfattas av koncessionsavtalet. Att posterna togs bort innebär alltså inte att koncessionshavaren saknar möjlighet att erbjuda dessa tjänster, utan endast att koncessionsavtalet med Göteborgs Hamn inte styr prissättningen av dem. I egenskap av befintlig leverantör har Baneservice god kännedom om vilka tjänster som erbjuds och efterfrågas av tågoperatörerna, utöver Göteborgs Hamns grundläggande behov. Ändringen har således inte påverkat koncessionshavarens möjlighet till potentiella intäkter. Tvärtom kan koncessionshavaren, i och med att Göteborgs Hamn inte längre efterfrågar prissättning av tilläggstjänsterna, fritt prissätta dem i relation till tågoperatörerna. Att tilläggstjänsterna togs bort innebar således att möjligheterna till utökade intäkter i själva verket blev större.

Det har inte varit fråga om att frångå några tjänster. Koncessionshavaren är alltså skyldig att tillhandahålla samtliga ursprungliga tjänster, varför justeringarna inte inneburit en minskning av koncessionshavarens åtagande eller koncessionens omfattning. Justeringen av prislistan har av det skälet inte heller påverkat anbudsgivarnas sammansättning av lokparken. Vad Baneservice menar med att övriga tjänster är irrelevanta i upphandlingen är felaktigt. Detsamma gäller bolagets påstående om att Göteborgs Hamn skulle ha tagit bort formuleringen ”Mängderna är fiktiva och tjänar enbart

för utvärdering, inga volymer garanteras". Texten finns kvar om den aktuella cellen, nr 10, i prislistan utvidgas nedåt. Göteborgs Hamn har också – i enlighet med vad som framgår av såväl punkten 2.8 i anbudsunderlaget som av prisbilagan – utgått från hela prisbilden i utvärderingen, dvs. total anbudssumma och årssumma. Den omständigheten att summeringen av angivna poster av misstag fallit bort i den uppdaterade versionen av prislistan, som anbudsgivarna tagit del av, har inte påverkat bedömningen av priserna.

4. Koncessionens löptid

Koncessionstiden har bestämts med beaktande av hur lång tid som rimligen kan tänkas behövas för att koncessionshavaren ska kompenseras för gjorda investeringar, samt få erforderlig avkastning på det investerade kapitalet. För att bedriva koncessionen är det nödvändigt att koncessionshavaren investerar i minst två lok. De lok som krävs kostar enligt Göteborgs Hamns bedömning cirka 50 miljoner kr styck, beroende på vilka lok koncessionshavaren väljer att använda. Operatören har därmed sannolikt ett investeringsbehov om i vart fall cirka 100 miljoner kr. Oavsett vilket finansieringssätt anbudsgivaren väljer för att göra investeringen – låna pengar, investera egna pengar eller att leasa loken – är villkoren för finansieringen förmånligare ju längre finansieringstiden är. Ju längre koncessionstid Göteborgs Hamn föreskriver, desto förmånligare villkor kan anbudsgivarna alltså erbjuda. På motsvarande sätt blir den aktuella tjänsten dyrare ju kortare koncessionstiden är, som Göteborgs Hamn också angett. Göteborgs Hamn har undersökt olika på marknaden tillgängliga finansieringslösningar och bedömt att det, för att erhålla en finansiering som möjliggör konkurrenskraftiga priser i upphandlingen, krävs en avtalstid om sju år för att koncessionshavaren ska få tillbaka investeringen och få avkastning på kapitalet. Den anbudsgivare som är beredd att ta en affärsrisk och räkna med att få behålla koncessionen under maximal koncessionstid

kan anpassa finansieringen av investeringen därefter och således offerera förmånligare villkor än om Göteborgs Hamn hade förskrivit en kortare maximal avtalstid. En sådan konstruktion ligger väl i linje med grundförutsättningarna för att en koncession ska föreligga, nämligen att koncessionshavaren ska överta verksamhetsrisken. Det finns emellertid inte några hinder mot att tilldela en koncession för kortare tid än den tid som krävs för att få tillbaka investeringarna, se skäl nr 52 i direktivet 2014/23/EU. Även en ursprunglig avtalstid om tre år är således förenlig med 4 kap. 11 § LUK. Göteborgs Hamn har vid fastställandet av den maximala avtalstiden tagit hänsyn till att löptiden inte ska avskärma marknaden och begränsa konkurrensen och har således bestämt den maximala avtalstiden till sju år, trots att man sannolikt hade erhållit förmånligare villkor om avtalstiden hade varit längre än så.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Inledning

Upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUK). – Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket samma lag).

Bakgrunden till och föremålet för upphandlingen beskrivs under punkten 1.3 i anbudsunderlaget enligt följande. Aktörerna på marknaden vill ha

tillgång till en icke-diskriminerande växlingstjänst och ett produktionsupplägg på hamnbangårdarna som möjliggör ett högt kapacitetsutnyttjande. En växlingsoperatör med ensamrätt att utföra tjänsterna i Älvsborgs- och Skandiahamnarna tillgodoser detta ändamål. Operatören ska bidra till att utveckla hamnen så att den på bästa möjliga sätt kan möta transportbranschens behov av optimala logistiklösningar på järnväg.

ProTrain:s uppfyllande av kvalificeringskraven i fråga om referensuppdrag

I anbudsunderlagets punkt 2.7.4.2 föreskrivs att anbudsgivaren ska styrka erfarenhet av växlingsavtal motsvarande det som ska utföras genom att ange och beskriva minst två relevanta referensuppdrag, som inte får vara avslutade sedan mer än fem år. Föreskriften finns i underlagets kapitel om prövningen av anbudsgivarens lämplighet och gäller dennes tekniska och yrkesmässiga kapacitet att leverera tjänster enligt det kontrakt som upphandlas (jfr punkten 2.7.4).

En upphandlande enhet ska enligt 12 kap. 1 § LUK kontrollera att villkoren för deltagande är uppfyllda. Kontrollen ska göras med utgångspunkt i en försäkran av anbudssökandena och anbudsgivarna om att villkoren är uppfyllda eller med utgångspunkt i referenser som lämnats som bevis enligt krav i annonsen. – Villkor som avser teknisk och yrkesmässig kapacitet ska enligt 2 § i samma kapitel grunda sig på ett behov att se till att leverantören har förmåga att utföra koncessionen med hänsyn till föremålet för denna.

I anbudsunderlaget anges under punkten 2.7 – prövning av anbudsgivarens lämplighet – att anbudsgivaren på anmodan därom ska kunna styrka uppfyllandet av kraven och att Göteborgs Hamn har rätt att ta in och kontrollera erforderliga bevis eller intyg. Tillräcklig teknisk och

yrkesmässig kapacitet ska visas genom att anbudsgivaren lämnar de uppgifter som efterfrågas i anbudsformuläret.

Kravet i punkten 2.7.4.2 kan enligt förvaltningsrättens mening inte tolkas som att Göteborgs Hamn velat försäkra sig om att anbudsgivaren tidigare har genomfört uppdrag av samma omfattning som gäller för den aktuella koncessionen. Kravet får i stället förstås på så sätt att anbudsgivaren ska ha genomfört växlingstjänster som till sin typ varit av liknande slag.

Göteborgs Hamn har förklarat att ProTrain redovisat minst två relevanta referensuppdrag, avseende växling av godståg på egen licens mellan industrispår och Trafikverkets spårnät, som styrker att bolaget har tillräcklig erfarenhet av växlingstjänster av aktuellt slag, och som avslutats inom tidsspannet. Baneservice menar att ProTrain saknar erfarenhet av växlingsuppdrag av samma kvalificeringsgrad som de tjänster som nu upphandlas, och har särskilt pekat på att kontraktet innebär tidsanpassade växlingar, dygnet runt-trafik, kapacitetsledning, trafikledning och beredskap m.m. Göteborgs Hamn menar för sin del att ProTrain:s referensuppdrag har innefattat sådana moment.

I mål om överprövning av upphandling gäller att den part som gör gällande att upphandlingen är felaktig klart ska ange på vilka omständigheter talan grundas, liksom den bevisning som åberopas. Officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt. Om en part utan framgång begärt att få ta del av uppgifter som denne önskar åberopa till stöd för sin talan, ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs för att kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning (se Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55).

Baneservice har förklarat att Göteborgs Hamn lämnat muntlig information om att ProTrain:s anbudshandlingar omfattas av sekretess och att någon

skriftlig begäran om att få ta del av referensuppdragsdokumentationen därför inte framställts. Göteborgs Hamn har förklarat att man saknar kännedom om att handlingarna nekats att lämnas ut med hänvisning till sekretess. Förvaltningsrätten anser inte att det som framkommit visar att Baneservice gjort vad som rimligen ankommer på en sökande part för att få ta del av uppgifterna. Göteborgs Hamns uppgift om att ProTrain i sina tidigare uppdrag genomfört de omtvistade momenten är därmed inte motbevisad. Av den beskrivning som Göteborgs Hamn lämnat kan inte utläsas annat än att ProTrain har genomfört uppdrag som till sin typ motsvarar de tjänster som nu upphandlas.

Baneservice gör gällande att det är osannolikt att ProTrain:s referensuppdrag motsvarar upphandlingsföremålet med anledning av bolagets låga omsättning och den omständigheten att man inte har några anställda, liksom att det av samma skäl är osannolikt att bolaget har teknisk förmåga och kapacitet att utföra uppdraget.

I anbudsunderlaget föreskrivs inte att uppfyllandet av kravet i fråga om teknisk och yrkesmässig kapacitet är beroende av anbudsgivarens omsättning, eller att anbudsgivaren varit förhindrad att hänvisa till uppdrag som t.ex. delvis utförts av en underleverantör. Enligt Göteborgs Hamns uppgift ska uppdragen dock ha utförts med användning av ProTrain:s egen licens. Att beakta en sådan omständighet vid prövningen av om kvalificeringskraven är uppfyllda strider inte mot LUK. Vad Baneservice anfört ger inte anledning att ifrågasätta att ProTrain redovisat referensuppdrag som visar att bolaget besitter den efterfrågade erfarenheten av växlingstjänster.

Utvärderingsmodellen

I anbudsunderlagets punkt 2.8 föreskrivs följande i första, andra och tredje styckena. Anbud som uppfyller alla formella krav kommer att utvärderas efter olika kriterier i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för Göteborgs Hamn och de övriga aktörerna i hamnen. Kriteriernas prioritering anges i fallande ordning: 1. driftkoncept, 2. prisbild från ”prislista växlingstjänster”, 3. tidsplan för etablering, 4. referenser och 5. CV från nyckelpersoner. Ordningen innebär att driftkonceptet är viktigast vid utvärderingen. Det innebär dock inte att det bästa driftkonceptet per automatik vinner; exempelvis kan en mycket bra prisbild motivera att denna avgör upphandlingen.

Frågorna i denna del av målet gäller om de utvärderingskriterier som Göteborgs Hamn ställt upp varit tillräckligt tydligt beskrivna och om tilldelningen skett i enlighet med LUK:s krav på transparens och likabehandling.

En upphandlande enhet ska enligt 13 kap. 1 § LUK tilldela en koncession med användning av tilldelningskriterier som 1. är förenliga med de principer som anges i 4 kap. 1 § samma lag, 2. har anknytning till det som ska anskaffas, 3. säkerställer att anbuden bedöms i konkurrens med varandra i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för enheten, och 4. inte ger enheten obegränsad valfrihet. Tilldelningskriterierna ska enligt andra stycket göra det möjligt för enheten att effektivt kontrollera de uppgifter som leverantörerna lämnar. – Den upphandlande enheten ska enligt 3 § första stycket i samma kapitel ange tilldelningskriterierna i prioritetsordning. Prioritetsordningen får enligt tredje stycket inte ändras så att det leder till diskriminering.

Uttrycket diskriminering i 13 kap. 3 § tredje stycket LUK innebär att prioritetsordningen inte får ändras så att de allmänna principerna träds för när eller att den lämnar utrymme för godtycke (Eskil Nord, Karnov, kommentaren till 13 kap. 3 § LUK).

Utvärderingsmodellen ska bedömas i förhållande till vad som upphandlas och med utgångspunkten att tilldelningskriterierna ska säkerställa att anbuden bedöms i konkurrens med varandra för att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för Göteborgs Hamn. Upphandlingsföremålet – en icke-diskriminerande växlingstjänst och ett produktionsupplägg på hamnbangårdarna som möjliggör ett högt kapacitetsutnyttjande – är av sådan karaktär att utvärderingskriterierna svårligen kunnat utformas med utgångspunkt i mätbara variabler. Fråga är inte om en specificerad produkt som utan vidare kan jämföras med andra, och det har därför enligt förvaltningsrättens mening funnits utrymme för Göteborgs Hamn att använda sig av en förhållandevis öppen kravställning och utvärderingsmodell. Ett visst utrymme för subjektivitet vid utvärderingen måste därför kunna godtas, förutsatt att den görs på objektiva grunder – dvs. med utgångspunkt i de kriterier som fastställts i anbudsunderlaget. Tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat tolka dem på samma sätt (EG-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00). I kravet på affärsmässighet anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat (RÅ 2002 ref. 50).

Regleringen av tilldelningen av koncessioner är, i jämförelse med LOU- och LUF-direktiven¹, betydligt liberalare i den meningen att det saknas detaljreglering. LUK-direktivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner) innehåller t.ex. inte några bestämmelser om att tilldelningen ska baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, om beaktande av livscykelkostnader eller onormalt låga anbud. Direktivet syftar till att skapa en lämplig, balanserad och flexibel rättslig ram för tilldelning av koncessioner. Bestämmelserna bör vara entydiga och enkla och inte skapa överdriven byråkrati. Tilldelning av koncessioner lämnar ett stort handlingsutrymme åt de upphandlande myndigheterna och enheterna (jfr prop. 2015/16:195 s. 799).

Göteborgs Hamn har i sin prioritetsordning angett vilka kriterier som bedömts vara viktigast för att koncessionen ska resultera i allmänna ekonomiska fördelar för hamnen och de övriga aktörer som verkar där. Någon skyldighet motsvarande den i 16 kap. 6 § första stycket LOU att vikta tilldelningskriterierna finns inte i LUK. Därtill kommer att EU-domstolen, med avseende på Europaparlamentets och rådets äldre direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, har uttalat att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att i upphandlingsdokumenten upplysa potentiella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den har tillämpat för att konkret värdera och klassificera anbuden (mål C-6/15). En sådan skyldighet följer inte heller av LUK. Att föreskriva att ett eller flera lägre rangordnade kriterier, ensamt eller tillsammans, kan tillmätas avgörande betydelse för tilldelningsbeslutet – exempelvis till följd av att två lägre rangordnade kriterier tillsammans tillmätts ett större värde än ett högre

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

rangordnat kriterium, eller att anbudsgivarnas underlag avseende ett högre rangordnat kriterium bedöms vara huvudsakligen likvärdiga och därför får ge vika för ett lägre – kan således inte innebära ett åsidosättande av bestämmelsen om prioritetsordning i 13 kap. 3 § första stycket samma lag.

Det är den upphandlande enheten – i det här fallet Göteborgs Hamns utvärderingsgrupp (se femte stycket i anbudsunderlagets punkt 2.8) – som är bäst lämpad att utifrån kraven i förfrågningsunderlaget utvärdera de anbud som lämnats. Det kan inte ankomma på domstolen att i mål om överprövning av en upphandling göra en egen utvärdering av anbuden. Vad domstolen däremot har att ta ställning till är om utvärderingen har gjorts på objektiva grunder, dvs. med utgångspunkt i de kriterier som ställts upp i upphandlingsdokumenten. Endast om det framgår att den upphandlande enheten tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de angivna kriterierna, kan det bli aktuellt att ingripa mot upphandlingen på sådan grund.

I princip all offentlig upphandling utgår från att det görs en uppdelning mellan en kontroll av leverantörens lämplighet och förmodade förmåga att fullgöra ett kontrakt samt en konkret bedömning av vilken prestation en anbudsgivare erbjuder i sitt anbud. Det första momentet hör till upphandlingens kvalificeringsfas, och det andra till dess utvärderingsfas. EG-domstolen har uttalat att kvalificerings- och tilldelningskriterier inte får sammanblandas och att kriterierna för tilldelning av kontrakt endast får avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som huvudsakligen hänför sig till anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning (mål C-532/06).

I punkten 2.7.4.3 i anbudsunderlaget föreskrivs att anbudsgivarens nyckelpersoners CV:n ska redovisas och att deras arbetslivserfarenhet och

erfarenhet från liknande uppdrag kommer att utvärderas i tilldelningen. Även om föreskriften sedd till numreringen skulle kunna anses utgöra en underrubrik till punkten 2.7.4, teknisk och yrkesmässig kapacitet, framgår alltså av dess lydelse att bedömningen av nyckelpersonernas erfarenhet hör till utvärderingsfasen. Föreskriften om vad som ska redovisas i fråga om driftkoncept (punkten 2.7.4.4) utgör även den ur numerisk synpunkt underrubrik till punkten 2.7.4. Det framgår dock uttryckligen att driftkonceptet ska bilageras det slutliga växlingsavtalet och de beskrivningar som efterfrågas vad gäller den planerade organisationen, val av lok samt miljömål, avser samtliga efterfrågad prestation med avseende på kraven i den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten anser mot den bakgrunden att punkten 2.7.4.4 är att hänföra till utvärderingsfasen och att någon sammanblandning av kvalificerings- och tilldelningskriterierna därmed inte heller i denna del gjorts. Detsamma gäller prislistan och tidsplanen för etablering. När det däremot gäller referensuppdragen framgår av den beskrivning som Göteborgs Hamn lämnat i förvaltningsrätten att samma erfarenhet som anbudsgivaren haft att styrka i fråga om tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet också legat till grund för en mervärdesbedömning under tilldelningsfasen. Såsom kravet i punkten 2.7.4.2 är utformat – att anbudsgivaren genom referensuppdragen ska styrka att den har erfarenhet av växlingsavtal motsvarande det som ska utföras – kan, i avsaknad på andra beskrivningar i anbudsunderlagets bestämmelser om tilldelningskriterierna, inte förstås på annat sätt än att kravet huvudsakligen hänför sig till anbudsgivarens *förmåga* att utföra uppdraget. Fråga har därmed, i denna del, varit om en sådan sammanblandning av kvalificerings- och tilldelningskriterierna som strider mot 4 kap. 1 § LUK.

Det har inte ifrågasatts att ProTrain lämnat lägre priser i prislistan än vad Baneservice gjort. Att ”en mycket bra prisbild” motsvarar en låg prissättning måste en branschvan aktör kunna förstå. Skälen till att Baneservice fått ett lägre omdöme vad gäller driftkonceptet är att ProTrain

enligt sitt koncept tillsätter mer personal samt har större reservhållning för växling och koordinering. När det gäller lok samt lokal platsledning och planering – som också hör till prövningen av driftkonceptet – har bolagens koncept bedömts vara jämbördiga. Att nämnda kriterier skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen får anses följa av att det i punkten 2.7.4.4 efterfrågas beskrivningar av den planerade organisationen med uppgift om hur många personer som behövs och hur de ska vara uppdelade när det gäller platsledning, växling respektive trafikkoordinering, val av växlingslok samt hur driften säkerställs med avseende på lokunderhåll och andra planerade och oplanerade begränsningar av lokkapaciteten. För en branschvan aktör kan det inte heller ha inneburit stora svårigheter att avgöra hur tidsplanen för etablering och nyckelpersonernas erfarenheter värderas. Kriterierna har att göra med ändamålet med upphandlingen, dvs. att uppnå allmänna ekonomiska fördelar för Göteborgs Hamn och övriga aktörer i hamnen. Den omständigheten att det inte ges några närmare exempel på vilka lösningar och svar som medför högre omdömen, eller mer precist vilka miniminivåer som måste nås för att anbuden i de olika delarna ska värderas på ett visst sätt, innebär inte att utvärderingsmodellen strider mot kraven på transparens och likabehandling. Förvaltningsrätten anser att Göteborgs Hamn på ett godtagbart sätt har beskrivit vad som tillmätas betydelse vid utvärderingen samt att modellen och kriterierna för utvärderingen inte lämnat Göteborgs Hamn ett så stort mått av fri prövningsrätt att grunderna för tilldelningen inte kunnat förutses av anbudsgivarna, eller att valfriheten varit obegränsad.

ProTrain tilldelades koncessionen med anledning av att bolaget bedömdes ha presenterat ett starkare driftkoncept och lämnat konkurrenskraftigare priser än Baneservice. När det gäller de lägre rangordnade kriterierna framgår inte att anbuden skilde sig åt. Att Göteborgs Hamn på ett otillåtet sätt sammanblandat kvalificerings- och tilldelningskriterier i fråga om referensuppdragen har således inte påverkat tilldelningsbeslutet på ett sätt

som inneburit att Baneservice lidit eller riskerat att lida någon skada. Överträdelsen är därmed inte ensamt tillräcklig för att ingripa mot upphandlingen.

Sen förändring av anbudsunderlaget

Efter det att Baneservice och ProTrain hade lämnat in sina anbudshandlingar justerade Göteborgs Hamn den lista med fiktiva årsvolymer för tilläggstjänster som skulle prissättas på så sätt att tilläggstjänsterna växling Skandia/Älsvborgshamnen ToR Kville, växling Skarvikshamnen ToR Kville, växling Skandia/Älsvborgshamnen ToR Arendal samt timpris för lok, tillsyningsman och förare togs bort. Vidare justerades den enhet som växlingstjänsten ”utväxling av vagn ur vagngrupp” avsåg – från ”vagn” till ”tillfälle”, varvid den fiktiva volymen justerades från 250 till 300. Justeringarna gjordes i samband med att Göteborgs Hamn bjöd in Baneservice och ProTrain till förhandlingar och efter det att bolagens anbud hade kvalificerats för utvärdering.

Baneservice gör gällande att Göteborgs Hamn genom justeringarna har förändrat upphandlingsföremålet och prislistan på ett väsentligt och därmed otillåtet sätt.

I 6 kap. 4 § första stycket LUK anges att den upphandlande enheten får förhandla med anbudssökande och anbudsgivare. I andra stycket föreskrivs att det som anskaffas genom koncessionen, tilldelningskriterierna och uppställda minimikrav inte får ändras under förhandlingarna. – Med minimikrav avses de villkor och egenskaper som alla anbud ska uppfylla eller inneha. Detta kan i synnerhet avse fysiska, funktionella och rättsliga villkor och egenskaper. Förhandlingarna ska ha som mål att förbättra anbudena så att det är möjligt för den upphandlande myndigheten att erhålla

varor, tjänster och byggtreprenader som är perfekt anpassade till dess särskilda behov (prop. 2015/16:195 s. 995 f. och 1345).

Anledningen till att tilläggstjänsterna i den ursprungliga prislistan togs bort var enligt mailet av den 13 januari 2020 att Göteborgs Hamn inte kunde ange några volymer i de delarna, och att tjänsterna inte ansågs lika prioriterade som de övriga. Förvaltningsrätten tolkar inte det senare mailet av den 14 januari 2020 som att justeringen av växlingstjänsten ”utväxling av vagn ur vagngrupp” från ”vagn” till ”tillfälle”, eller den omständigheten att den fiktiva volymen för tjänsten justerades från 250 till 300, innebar att en helt ny tjänst lades till, även om det – som Baneservice anför – i mailet skrivs att ”ny tjänst lagts till i prislistan”. Formuleringen får, tillsammans med maillets övriga innehåll, i stället förstås som att avsändaren vid Göteborgs Hamn endast velat uttrycka att postens textpartier hade justerats. Därtill kommer att Göteborgs Hamn i förvaltningsrätten förklarat att justeringen var avsedd att undanröja eventuella oklarheter vad gällde frågan om huruvida inväxlingen ingick i vad som skulle prissättas eller inte.

Anbudsgivarnas prissättning av de fiktiva volymerna var avsedd att tjäna som underlag för Göteborgs Hamns utvärdering av kriteriet prisbild; dvs. kriterium nummer två i utvärderingsmodellen. Genom justeringarna har ett antal poster tagits bort, vilket innebär att dessa inte skulle utgöra underlag vid den delen av utvärderingen. Tilläggstjänsterna hade i jämförelse med övriga poster i den ursprungliga prislistan mycket lågt angivna fiktiva volymer. Skillnaden i vad som skulle prissättas efter justeringen bestod alltså endast i att utvärderingen av anbudsgivarnas konkurrenskraft i fråga om tilldelningskriteriet prisbild inte skulle grundas på moment som till sin omfattning ansågs vara av mindre betydelse för verksamheten. Med anledning av att koncessionshavaren ändå är skyldig att utföra tjänsterna inom ramen för kontraktet (se punkten 5.1 i bilaga A till arbetsbeskrivningen), till pris som denne själv avgör, kan valet av lok inte

ha påverkats av justeringarna. Detsamma gäller vad Baneservice anfört om förändrad bemanning och tillgång till utrustning. Den intäktskälla som tilläggstjänsterna möjliggör togs alltså inte bort genom förändringen. Justeringen av den fiktiva mängden för posten ”Växling av vagn restkapacitet” från 250 till 300 motsvarar enligt Göteborgs Hamns uppgift endast en växling per vecka. Den justeringen kan därmed inte ha påverkat anbudsgivarnas prisstrategier i någon större omfattning. Detsamma gäller det borttagna kravet på prissättning av timpris för lok, tillsyningsman och förare.

Mot den angivna bakgrunden anser förvaltningsrätten att förändringen av prislistan endast rörde en mycket begränsad del av koncessionsuppdraget och att Göteborgs Hamns motivering – att justeringen hade att göra med hamnens konkurrenskraft, dvs. ändamålet med upphandlingen – hade saklig grund. Därtill kommer att Göteborgs Hamn genom att efterfråga uppgift om vilken tid anbudsgivarna behövde för att lämna in den nya prislistan får anses ha vidtagit åtgärder för att undanröja den eventuella olägenhet som kunde uppstå för anbudsgivarna till följd av förändringen. Baneservice begärde inte extra tid och den omständigheten talar emot att bolaget ansåg att förändringen av underlaget hade betydelse för möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förändringens art talar inte heller för att justeringen påverkade viljan och möjligheten hos anbudsgivarna att faktiskt lämna anbud i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser därmed att fråga inte varit om en förändring av väsentligt slag, som i så fall borde ha föranlett upphandlingens avbrytande och nya annonsering. Av slutsatsen följer även att upphandlingsföremålet inte kan anses ha förändrats genom justeringen av anbudsunderlaget.

Koncessionens löptid

I punkten 1.4 i anbudsunderlaget anges att koncessionen upphandlas för en avtalsperiod om tre år, med en option att förlänga avtalet i omgångar om ytterligare totalt 48 månader.

Av 4 kap. 10 § LUK framgår att koncessioner ska vara tidsbegränsade. Den upphandlande enheten ska bestämma löptiden på grundval av de byggtreprenader eller tjänster som efterfrågas. – Koncessioner med längre löptid än fem år får enligt 11 § i samma kapitel inte ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet. I bestämmelsens andra stycke anges att det vid beräkningen ska tas hänsyn till de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt kontrakten. Både inledande investeringar och investeringar under koncessionens löptid ska beaktas vid beräkningen.

Motivet till bestämmelsen om koncessioners tidsbegränsning är risken att marknaden annars avskämmas och att konkurrensen begränsas. Bedömningen av hur länge en koncession ska löpa beror som huvudregel på beskaffenheten av den tjänst eller byggtreprenad som koncessionen avser. Vid beräkningen av den maximala avtalsperioden ska även eventuella options- och förlängningsklausuler beaktas. Frågan om hur beräkningen av avkastningskalkylen ska gå till överläts till rättstillämpningen (se prop. 2015/16:195 s. 468 och 1338 f. samt Eskil Nord, Karnov, kommentaren till 4 kap. 11 § LUK). Upphandlande myndigheter och enheter bör alltid kunna tilldela en koncession för en kortare tid än den tid som krävs för att få tillbaka investeringarna, förutsatt att den därmed sammanhängande ersättningen inte eliminerar verksamhetsrisken² (skäl nr 52 i direktivet till LUK).

² Med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda (1 kap. 22 § LUK).

Förvaltningsrätten kan konstatera att koncessionens maximala löptid uppgår till sju år, om optionsrätten utnyttjas. Göteborgs Hamn har förklarat att en avtalstid om sju år krävs för att koncessionshavaren ska kunna få tillbaka sin investering och erhålla avkastning på det investerade kapitalet. Nödvändig investeringskostnad för två lok uppgår enligt Göteborgs Hamns beräkning sannolikt till cirka 100 miljoner kr, om 50 miljoner kr styck, beroende på vilka lok koncessionshavaren väljer.

Som angetts ovan gäller som huvudprincip i mål om överprövning av upphandling att den part som gör gällande att upphandlingen är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på samt den bevisning som åberopas. I avsaknad av avgöranden från överinstanserna finner förvaltningsrätten inte tillräckligt stöd för att, likt ett antal förvaltningsrätter³, utan vidare lägga bevisbördan på den upphandlande enheten för uppgiften om det nödvändiga i att koncessionens löptid överstiger femårsgränsen.

Baneservice har vitsordat att en investering om 100 miljoner kr inte kan hämtas in på kortare tid än sju år, men har invänt att marknadspriset uppgår till hälften. Bolaget har under alla förhållanden anfört att investeringskostnaden kan hämtas in på i vart fem år om loken leasas, enligt det förfarande som är sedvanligt i branschen. Den senare uppgiften understöds inte av någon utredning och framstår inte heller i sig som sannolik. Göteborgs Hamns beräkning har gjorts med förbehållet att den ungefärliga investeringskostnaden om 100 miljoner kr för två lok beror på vilka lok koncessionshavaren väljer att anskaffa. Baneservice har inte angett vad dess specifika lok faktiskt betingar för kostnad på marknaden, varken vid köp eller genom leasing, och uppgiften om att marknadspriset vid ett

³ Förvaltningsrätten i Malmös avgörande den 11 oktober 2017 i mål nr 4531-17, Förvaltningsrätten i Göteborgs avgörande den 19 juni 2018 i mål nr 7774-17 samt Förvaltningsrätten i Stockholms avgörande den 26 juni 2018 i mål nr 23142-17 och 23208-17.

köp uppgår till hälften av vad Göteborgs Hamn angett får inte stöd av någon annan uppgift än bolagets egen. Vid sådant förhållande får Göteborgs Hamns beräkning hållas för god. Tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet och den vitsordade uppgiften om att en investeringskostnad om 100 miljoner kr inte kan hämtas in på kortare tid än sju år, framstår den maximala löptiden om sju år som rimlig. Som framgår av skäl nr 52 i LUK-direktivet har Göteborgs Hamn inte varit förhindrad att bestämma den inledande koncessionstiden till kortare tid än den som krävs för att koncessionshavaren ska få tillbaka investeringarna. Det har inte framkommit någon omständighet som gör det troligt att den ersättning som koncessionshavaren kan förväntas erhålla genom växlingstjänsterna under de tre första åren kommer att vara så stor att denne under den tiden inte kommer att stå en affärsmässig risk för att exempelvis efterfrågan på växlingstjänster i hamnen sjunker. Mot bakgrund av detta anser förvaltningsrätten att föreskriften i anbudsunderlagets punkt 1.4 inte strider mot LUK.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Kristina Jarnevall

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Sten Dahlin.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

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

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.