



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-05-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
27463-15

SÖKANDE

SJ AB, 556196-1599
105 50 Stockholm

Ombud: Advokaterna Anna Ulfsson och Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
Trafikförvaltningen
105 73 Stockholm

Ombud: Advokaterna Johan Carle och Sven Vaxenbäck samt jur.kand.
Anna Lapinska
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och
posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 698285

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av pendeltågsverksamheten i Stockholmsregionen (E24), dnr TN 2014-0173. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Fem leverantörer lämnade in anbud i upphandlingen. Samtliga anbud ansågs uppfylla de obligatoriska kraven och gick vidare till utvärdering. De två anbudsgivarna som hade lämnat de två ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden, SJ AB (SJ) och MTR Gamma AB (MTR) i angiven ordning, bjöds in till förhandlingar. SLL har i tilldelningsbeslut utsänt den 8 december 2015 meddelat att SLL beslutat att anta anbud från MTR.

SJ ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse har skett på så vis att anbudsutvärderingen görs om utan beaktande av resultatet av förhandlingarna. SJ yrkar i andra hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse har skett på så vis att anbudsutvärderingen görs om utan beaktande av innovation, innovationsgrad eller likande aspekter i anbuden.

SLL bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER**SJ***Förstahandsyrkandet*

SLL har brutit mot den grundläggande principen om likabehandling som följer av 1 kap. 24 § LUF genom att behandla SJ och vinnande anbuds-

givare, MTR, olika under förhandlingsfasen i upphandlingen. SJ har placerat sig på andra plats i utvärderingen efter förhandlingarna. SJ hade emellertid det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid anbudstidens utgång, dvs. innan förhandlingarna inleddes. Att förhandlingarna skett på ett olikbehandlande sätt har därmed inneburit att SJ gått miste om kontraktet i upphandlingen. SJ har således lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada till följd av SLL:s agerande i strid med LUF. Det föreligger därmed skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Eftersom bristerna i upphandlingen är hänförliga till förhandlingen, dvs. utvärderingsfasen och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, är det tillräckligt att rätta upphandlingen. Rättelse ska ske på så sätt att ny utvärdering ska göras utan beaktande av resultatet av förhandlingarna.

Andrahandsyrkandet

SLL har bl.a. baserat anbudsutvärderingen på huruvida presenterade lösningar innehållit innovationer och/eller innovationsgraden i anbudet. Detta har enligt SLL varit en av anledningarna till att SJ:s anbud inte fått högre poäng vid utvärderingen samt att MTR erhållit högsta poäng på samtliga delkriterier. Dessa parametrar saknar stöd i utvärderingsmodellen samt i förfrågningsunderlaget i övrigt. Utvärderingen är därmed genomförd i strid med principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 24 § LUF. Om utvärderingen hade genomförts i enlighet med förutsättningarna i utvärderingsmodellen hade SJ haft möjlighet att tilldelas kontraktet i upphandlingen. SJ har därmed lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av SLL:s avsteg från utvärderingskriterierna som är angivna i utvärderingsmodellen. Eftersom bristerna är hänförliga till utvärderingen är det tillräckligt att rätta upphandlingen på så sätt att ny utvärdering ska göras utan beaktande av resultatet av förhandlingarna.

SLL*Förstahandsyrkandet*

Förhandlingarna i upphandlingen har genomförts i enlighet med LUF och inom ramen för de allmänna principerna som finns angivna i 1 kap. 24 § LUF. Upphandlingen har således tilldelats på rätt grunder och i linje med gällande rätt. Något annat är inte heller visat av SJ i målet.

Andrahandsyrkandet

Såvitt avser delkriterierna ”Nöjda resenärer”, ”Intäktssäkring” och ”Samverkan” har det i utvärderingsmodellen, avsnitt 3.1, uttryckligen angivits att SLL kommer att beakta anbudsgivarens arbete avseende utveckling av verksamheten inom nu aktuellt delkriterium. Härtill kommer att betygsskalan, som redovisas i avsnitt 3.2 i utvärderingsmodellen, också uttryckligen anger att förbättringar kommer att beaktas. Det har således framgått av utvärderingsmodellen att SLL kommer att beakta lösningar som bidrar till utveckling och förbättring av verksamheten i aktuella avseenden vid anbudsutvärderingen. Ett sätt att uttrycka detta är genom begreppet innovation. Det förhållande att SLL använt sig av synonymer till begrepp som angivits i utvärderingsmodellen eller formulerat motiveringarna med andra ord än just de ord som förekommer i utvärderingsmodellen kan rimligen inte anses utgöra en överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Det avgörande måste vara om det faktiskt beaktats sådant som anbudsgivare inte kunnat utläsa ur förfrågningsunderlaget. Det har inte skett i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Utgångspunkter för prövningen***Den rättsliga regleringen*

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 24 § LUF behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LUF. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LUF (jfr. RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LUF. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 2 kap. 9 § LUF avses med förhandlat förfarande ett förfarande där den upphandlande enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Till skillnad mot lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, finns i LUF inga bestämmelser, utöver den i 2 kap. 9 § LUF, som närmare uttrycker hur förhandlingen får gå till och vad den får omfatta.

Bestämmelserna som reglerar förhandlingar i LOU ger emellertid i praktiken uttryck för de grundläggande principerna, och eftersom principerna gäller i samma omfattning vid upphandling enligt LUF kan de

bestämmelserna tjäna som utgångspunkt för förhandling via LUF (se kommentar till 4 kap. 1 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, Rosén Andersson m.fl., 2015, sid 238). Av 4 kap. 3 § LOU framgår att vid förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 § samma lag.

En upphandlande enhet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för upphandling i 1 kap. 24 § LUF (jfr HFD 2012 ref. 48, I och II, och där angivna rättsfall). Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt. Reglerna för det förhandlade förfarandet öppnar för möjligheten att förhandla om ett eller flera av kontraktsvillkoren. Förhandlingarna får avse en eller flera av anbudsgivarna (se HFD 2015 ref 63).

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2015 ref. 63 prövat fråga om likabehandlingsprincipens tillämpning vid prisförhandling enligt LUF. I upphandlingen skulle det anbud som hade lägst pris antas. Två företag inkom med anbud. Eftersom anbuden bedömdes likvärdiga ansåg kommunen att endast priset återstod att förhandla om. Det företag som hade erbjudit lägst pris ombads att sänka priset med tio procent medan det andra företaget fick besked om att man måste sänka med minst 30 procent för att gå vidare. Båda företagen sänkte därefter sina priser, med 5,93 respektive 30,43 procent, vilket medförde att det sistnämnda företaget hade lägst pris efter avslutad förhandling. I sin dom uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att det inte fanns några hinder för kommunen att försöka förhandla fram en gynnsammare prisnivå. Det som i stället blir avgörande är hur förhandlingen

genomförs. När anbudet i alla andra hänseenden anses likvärdiga blir nämligen priset det enda återstående konkurrensmedlet för respektive anbudsgivare. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att förhandlingen genomförts på ett sätt som kunnat ge direkt eller indirekt information om det konkurrerande anbudet. Kommunen ansågs därför ha brutit mot likabehandlingsprincipen.

Utvärderingsmodellen och resultatet av utvärderingen

Den aktuella utvärderingsmodellen är konstruerad i huvudsak enligt följande.

Anbudsutvärderingen var baserad dels på pris, dels fyra delkriterier avseende kvalitet med följande vikt:

- a) Nöjda resenärer, 30 %
- b) Kostnads- och resurseffektivitet, 30 %
- c) Intäktssäkring, 30 %
- d) Samverkan, 10 %

Kriterierna ovan skulle utvärderas var för sig enligt en sexgradig poängskala som motsvarade ett fiktivt prispåslag kopplat till poängnivå och respektive kriteriums viktning.

- 6 poäng = Utmärkt
Prispåslag 0 kr
- 5 poäng = Mycket bra
Prispåslag 19 500 000 för kriterium a-c
Prispåslag 6 500 000 för kriterium d
- 4 poäng = Bra
Prispåslag 60 000 000 för kriterium a-c
Prispåslag 20 000 000 för kriterium d
- 3 poäng = Nöjaktigt
Prispåslag 120 000 000 för kriterium a-c

Prispåslag 40 000 000 för kriterium d

- 2 poäng = Bristfälligt
- 1 poäng = Undermåligt

För att gå vidare till slutlig utvärdering skulle ett anbud erhålla minst betyget 3 för var och ett av de angivna delkriterierna. Anbudspris samt eventuella kvalitetsbristpåslag resulterade i ett slutligt jämförelsetal. Anbudet med lägst jämförelsetal var det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Vid den första anbudsutvärderingen, baserat på ursprungliga anbud, var resultatet följande för SJ respektive MTR.

	SJ	MTR
Betyg		
a) Nöjda resenärer	5	6
b) Kostnads- och resurseffektivitet	6	6
c) Intäktssäkring	4	6
d) Samverkan	5	6
Kvalitetsbristpåslag		
a) Nöjda resenärer	19 500 000	0
b) Kostnads- och resurseffektivitet	0	0
c) Intäktssäkring	60 000 000	0
d) Samverkan	6 500 000	0
Totalt kvalitetsbristpåslag	86 000 000	0
Totalt anbudspris	1 844 170 799	1 948 651 554
Jämförelsetal	1 930 170 799	1 948 651 554
Placering	1	2

Efter förhandlingarna blev resultatet av utvärderingen följande.

	SJ	MTR
Betyg		
a) Nöjda resenärer	5	6
b) Kostnads- och resurseffektivitet	6	6
c) Intäktssäkring	5	6
d) Samverkan	5	6
Kvalitetsbristpåslag		
a) Nöjda resenärer	19 500 000	0
b) Kostnads- och resurseffektivitet	0	0
c) Intäktssäkring	19 500 000	0
d) Samverkan	6 500 000	0
Totalt kvalitetsbristpåslag	45 500 000	0
Totalt anbudspris	1 850 591 779	1 879 577 185
Jämförelsetal	1 896 091 779	1 879 577 185
Placering	2	1

MTR sänkte sitt totala anbudspris med ca 69 000 000 kr under förhandlingarna och bibehöll samma kvalitetspoäng som innan förhandlingarna.

SJ höjde sitt totala anbudspris med ca 6 000 000 kr och höjde sin kvalitetspoäng från 4 till 5 på kriteriet ”Intäktssäkring”. Kvalitetshöjningen ledde till ett minskat kvalitetspåslag för SJ om 40 500 000 kr.

Förvaltningsrättens bedömning*Förhandlingarnas genomförande*

Syftet med ett förhandlat förfarande är att anpassa de inlämnade anbudet till underlaget och att få fram det bästa anbudet för den upphandlande enheten. Som huvudregel gäller att det står den upphandlande enheten fritt att själv avgöra såväl omfattning av som innehåll i förhandlingen, så länge förfarandet uppfyller de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Av det följer att hur en anbudsgivare väljer att utforma anbudet för att möta den upphandlande enhetens krav kommer att påverka vilka förhållanden som den upphandlade enheten väljer att förhandla om.

Om förhandling sker endast med vissa anbudsgivare och om vissa förhållanden, och det kan försvaras utifrån likabehandlings- och transparensprinciperna, är således ett sådant tillvägagångssätt förenligt med bestämmelserna för ett förhandlat förfarande (jfr. kommentar till 4 kap. 1 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, Rosén Andersson m.fl., 2015, sid 240 och jfr. dom den 27 april 2004 från Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 3441-03). Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabicom, punkt 27 och där angiven rättspraxis). Förvaltningsrätten konstaterar att SJ:s respektive MTR:s anbud har olika utformning, att anbudet delvis fått olika betyg vid anbudsutvärderingen och att det påverkat slutliga anbudspriset. Den fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till i denna del är om SJ visat att SLL har genomfört förhandlingarna i strid med likabehandlingsprincipen genom att behandla SJ och MTR på ett sätt som inte har varit sakligt motiverat med hänsyn till anbudens utformning.

SJ har anmärkt mot SLL:s agerande under förhandlingarna i bl.a. följande avseenden.

- SLL har inte främst fokuserat på de primära svagheterna i SJ:s anbud samtidigt som SLL ständigt uppmanat MTR att sänka sitt pris.
- SJ har inkommit med tre förslag på justeringar som skulle ha lett till sänkt anbudspris men som SLL valde att inte införa.
- SLL har förhandlat om kostnadsdrivande poster med MTR men inte med SJ.
- SLL borde ha upplyst SJ om att minskad tvättfrekvens inte innebar stor risk för minskat kvalitetsbetyg när det gäller kriteriet ”Nöjda resenärer”.
- SLL har, genom att ständigt uppmana MTR att sänka sitt pris, gett MTR indikationer på att MTR:s anbud låg högre i pris än konkurrentens/konkurrenternas.

SLL bestrider att förhandlingarna inte skulle vara genomförda på ett likabehandlande sätt.

Fokus i förhandlingarna

Vad gäller frågan om SLL inte främst har fokuserat på de primära svagheterna i SJ:s anbud samtidigt som SLL ständigt uppmanat MTR att sänka sitt pris anför SJ bl.a. följande. SLL har inte främst fokuserat på de primära svagheterna i SJ:s anbud, dvs. kriterierna ”Nöjda resenärer” och ”Samverkan”. SLL har dock haft visst fokus på kriteriet ”Intäktssäkring”, vilket lett till att SJ höjt betyget i denna del med en poäng. En stor del av SJ:s förhandlingar upptogs i stället av frågor om, och begäran av redogörelser för, kriteriet ”Kostnads- och resurseffektivitet” – ett kriterium som SLL innan förhandlingarna hade tilldelat SJ maximal poäng för. SJ:s förhandlingar har även haft stort fokus på kostnadsnedbrytning och kostnadsredogörelse, dock utan att SJ uppmanats att se över eller sänka sina

priser. Att iaktta likabehandlingsprincipen under förhandlingarna har varit särskilt viktigt eftersom anbudsgivarna, eller i vart fall inte SJ, varken inför eller under förhandlingarna visste vilken bedömning SLL gjort av de ursprungliga anbudena. Förhandlingarna som rör fordonsunderhåll, trafikplanering och städning av stationer har inte syftat till att höja kvaliteten för "Nöjda resenärer". Det är avgörande skillnad att be om en redogörelse för t.ex. "Samverkan" utan att värdera eller kommentera eventuella brister, mot att begära prisreduceringar inom specifikt angivna områden där anbudsgivaren ifråga upplysts om att den legat för högt. MTR har i mycket större omfattning ombetts se över sina priser/kostnader och/eller inkomma med nya kostnadsindikationer/priser, jämfört med de uppmaningar SJ fått. Av förhandlingsprotokollen kan utläsas att SLL i ett stort antal frågor, särskilt i protokollet för mötet den 3 november 2015, har angett att man inte avsåg anföra något ytterligare i frågan men bad MTR att beakta vad som anförts i frågan vid inlämnande av slutligt anbudspris. SJ har fått samma påpekande men då endast vid ett par tillfällen. SLL har indikerat för MTR att bolaget bör se över vissa kostnader eller sänka sina priser, exempelvis genom att ställa ledande frågor om en viss ändring kunde leda till en kostnadsreduktion. SLL har inte på något sätt indikerat för SJ att SJ bör sänka sitt pris. De signaler, alternativt de uttryckliga frågor och uppmaningar, SLL lämnat till SJ har varit direkt avgörande för SJ:s, och sannolikt också för MTR:s agerande. SLL har inte på något sätt indikerat för SJ att SJ bör sänka sitt pris, tvärtom fick SJ flera gånger information om att dess pris i det ursprungliga anbudet var konkurrenskraftigt. SJ anser inte att samtliga förhandlingar måste avse helt identiska frågor eller diskussioner med alla anbudsgivare, eftersom anbudena är olika utformade. Däremot gör SJ gällande att alla anbudsgivare ska få samma slags information och samma förutsättningar att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Detta innebär att samtliga anbudsgivare ska få information om svagheter i sina anbud och förhandlingarna ska därmed fokusera på respektive anbudsgivares svaga delar i anbudet.

SLL anför å sin sida bl.a. följande. SLL har tillämpat en standardiserad förhandlingsprocess enligt vilken båda anbudsgivarna fått lika många förhandlingsmöten, längden på förhandlingsmötena har varit tidsmässigt lika i omfattning och inför mötena har agendor och information gått ut till anbudsgivarna med samma framförhållning i tiden. De områden som förhandlats vid respektive förhandlingsmöte har varit likadana för båda anbudsgivarna. Kommunikation och informationsutbyte har skett på samma sätt i förhållande till de båda anbudsgivarna. Såvitt avser de frågor som diskuterades med anbudsgivarna vid de separat mötena, skiljer de sig naturligen från varandra i viss mån. Syftet med förhandlingarna är att anpassa de inlämnade anbuden till SLL:s krav och därigenom få fram det bästa anbudet. SJ och MTR inkom med anbud som innehöll såväl styrkor i vissa avseenden som svagheter/brister i andra avseenden. Det är då naturligt att man i förhandlingarna fokuserar på anbudets svagheter. Dessa behöver inte vara desamma i båda anbuden. Anbudsgivare agerar också olika i förhandlingar, vilket också leder till skillnader i förhandlingarna. Samtliga anbudsgivare har i förhandlingarna fått samma slags information och samma förutsättningar att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. SJ:s påstående att bolaget inte skulle ha fått vägledning eller indikationer kring vilka delar i bolagets anbud som kunde förbättras på motsvarande sätt som MTR är felaktigt. Likabehandlingsprincipen innebär inte att SLL vid förhandling måste förhandla med de båda anbudsgivarna om samtliga förhållanden. Det kan emellertid vid en jämförelse mellan förhandlingsprotokollen från de tre separata mötena med SJ respektive MTR konstateras att de frågor som diskuterades med båda anbudsgivarna är i klar majoritet. Eftersom vissa av de frågor som diskuterades med anbudsgivarna vid de separata förhandlingarna skiljer sig åt, skiljer sig även de frågor och påpekanden som ställts av SLL. SLL har påpekat för både SJ och MTR att anbudsgivarna ”bör beakta vad som anförts i frågan vid lämnande av slutligt anbudspris” när det har varit aktuellt. I flertalet fall då SLL fått besked från SJ att en viss fråga inte har någon prispåverkan har detta påpekande självfallet inte förts fram

eftersom den aspekten av diskussionen då har ansetts vara avslutad. Det är upp till respektive anbudsgivare att på eget ansvar fatta beslut om anbudspriset utifrån sina egna kommersiella överväganden. Förhandlingar med SJ har fokuserat på svagheter i SJ:s anbud. Exempelvis har två av tre förhandlingsmöten lagts på att diskutera intäktssäkring som var en svaghet i SJ:s anbud. Även ”Samverkan” och ”Nöjda resenärer” har behandlats. Posterna fordonsunderhåll, trafikplanering och städning av stationer är sådana punkter som har förhandlats med SJ som påverkar både ”Nöjda resenärer” och ”Kostnads- och resurseffektivitet”. Vad gäller delkriteriet samverkan bad SLL SJ särskilt om en redogörelse inför det tredje förhandlingsmötet i syfte att möjliggöra för SJ att stärka kvaliteten i delkriteriet och därmed höja sitt betyg. Detta gjorde emellertid inte SJ genom den presentation som hölls under detta förhandlingsmöte.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av utredningen i målet framgår att förhandlingarna genomfördes i tre möten med respektive anbudsgivare. Varje förhandlingsmöte protokollfördes och resultatet av förhandlingarna dokumenterades. Därefter hölls ytterligare ett möte där respektive anbudsgivare fick redogöra för sitt slutliga anbudspris. Det är ostridigt att SLL under förhandlingstillfällena delvis har förhandlat om olika frågor med SJ respektive MTR. Likabehandlingsprincipen innebär dock inte att en upphandlande enhet måste förhandla med alla anbudsgivare om samtliga förhållanden. Detta framgår redan av definitionen av förfarandet i 2 kap. 9 § LUF, som anger att det förhandlande förfarandet är ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. Om förhandling sker endast med vissa anbudsgivare och om vissa förhållanden, och det kan försvaras bl.a. utifrån likabehandlingsprincipen, är som framgått ett sådant förfarande förenligt med denna bestämmelse.

När SJ:s och MTR:s anbud gick vidare till förhandlingarna hade anbudet olika styrkor och svagheter. MTR:s anbud hade fått maxpoäng på den sexgradiga poängskalan avseende de fyra delkriterierna ”Nöjda resenärer”, ”Kostnads- och resurseffektivitet”, ”Intäktssäkring” och ”Samverkan”. SJ:s anbud hade å sin sida lägst pris men endast maxpoäng avseende ett av delkriterierna, nämligen Kostnads- och resurseffektivitet.

Mot bakgrund av att anbudet har haft olika styrkor och svagheter är det enligt förvaltningsrätten naturligt att förhandlingarna med SJ respektive MTR delvis har tagit sikte på olika frågor. Detta är en följd av att SLL genom förhandlingarna ska kunna få fram det bästa anbudet och innebär inte per automatik att förhandlingarna har genomförts i strid med likabehandlingsprincipen. Avgörande för frågan om förhandlingarna har skett i strid med likabehandlingsprincipen är hur förhandlingarna har genomförts och vilken information som kommunicerats med anbudsgivarna (jfr. HDF 2015 ref. 63 och kommentar till 4 kap. 1 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, Rosén Andersson m.fl., 2015, sid 240). Det ankommer på SJ att visa att förhandlingarna är genomförda i strid med LUF.

Vad gäller de olika frågorna som har diskuterats under förhandlingarna konstaterar förvaltningsrätten följande. Genom förfrågningsunderlaget har det varit tydligt för anbudsgivarna att tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare framgår av förhandlingsprotokollen att SLL i olika delar har påpekat att båda anbudsgivarna bör beakta vad som anförts i frågan om slutligt anbudspris. Sett till antalet gånger har detta skett i större utsträckning gentemot MTR. Mot bakgrund av att det inte kan krävas att upphandlande enhet förhandlar om samtliga förhållanden med samtliga anbudsgivare, och då det är upp till varje anbudsgivare att utifrån sina utgångspunkter avgöra hur anbudet bäst ska möta den upphandlande enhetens krav, saknar antalet gånger avgörande betydelse. Av

förhandlingsprotokollen från förhandlingarna med SJ framgår också att SJ i ett antal fall har uppgett att en justering inte skulle innebära någon prispåverkan (punkterna 4-5 i förhandlingsprotokollet avseende mötet den 22 oktober 2015 samt punkterna 6, 10 och 11 i förhandlingsprotokollet avseende mötet den 5 november 2015). Enligt förvaltningsrätten är det naturligt att SLL inte har gett SJ vägledning genom att uppmana SJ att sänka priset i de delar SJ redan har gett besked om att en viss justering inte skulle innebära någon prispåverkan. Det är också naturligt att SLL i viss mån har lagt större fokus på prisförhandling med MTR eftersom MTR låg högre i pris än SJ då förhandlingarna inleddes samt att MTR, till skillnad från SJ, hade tilldelats maximal poäng på kvalitetskriterierna. Även om MTR har fått uppmaningen att se över sitt pris fler gånger än SJ framgår det klart av förhandlingsprotokollen att båda anbudsgivarna har uppmanats att se över sitt anbudspris. Det har därmed varit upp till de båda anbudsgivarna att utifrån sina utgångspunkter bedöma om en prissänkning var möjlig. Förvaltningsrätten anser att det inte är visat annat än att SLL genomfört förhandlingarna och kommunicerat med anbudsgivarna på ett sådant sätt att dessa har getts möjlighet att ändra sitt anbudspris.

Vad gäller övriga delkriterier konstaterar förvaltningsrätten att det är ostridigt mellan parterna att SLL och SJ har diskuterat ”Intäktssäkring”, vilket också har lett till att poängsättningen av SJ:s anbud höjdes från fyra till fem poäng i denna del och att kvalitetsbristpåslaget minskade med 40 500 000 kr. Vad gäller övriga delkriterier där SJ inte hade fått full poäng, ”Nöjda resenärer” och ”Samverkan”, är parterna oense om i vilken omfattning dessa kriterier har diskuterats och om huruvida olika förhandlingspunkter kunde ha påverkat dessa delkriterier. Enligt SLL är posterna fordonsunderhåll, trafikplanering och städning av station sådana punkter som har förhandlats med SJ som påverkar både ”Nöjda resenärer” och ”Kostnads- och resurseffektivitet”. SJ bestrider att förhandlingarna har syftat till att höja kvaliteten för ”Nöjda resenärer”. Då SJ inte har visat annat

saknar förvaltningsrätten anledning att ifrågasätta SLL:s uppgift om att dessa förhandlingspunkter har kunnat påverka ”Nöjda resenärer”. Vidare framgår av punkten 8 i förhandlingsprotokollet avseende mötet den 5 november 2015 att SJ har lämnat in en redogörelse avseende samverkan/verksamhetsledning och organisation. Förvaltningsrätten anser därmed att det är utrett att även delkriteriet ”Samverkan” har varit uppe till diskussion under förhandlingarna och SJ har enligt förvaltningsrätten inte förmått visa att SLL:s uppgift om att begäran om denna redogörelse syftade till att möjliggöra för SJ att höja sitt betyg i detta avseende är oriktig.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det i målet har framkommit att prisförhandlingar har ägt rum med båda anbudsgivarna samt att skillnaden i prisförhandlingarna låter sig förklaras av att anbudet har varit olika innan förhandlingarna samt av att SJ i ett flertal fall uppgett att en viss justering inte skulle föranleda någon justering av anbudspriset. Förvaltningsrätten anser vidare att SJ inte har visat att SLL:s uppgift om att svaga delar av SJ:s anbud har varit föremål för förhandling är oriktig. Mot bakgrund av vad som har framkommit om hur förhandlingarna har genomförts och vilken information som har kommunicerats med anbudsgivarna anser förvaltningsrätten att SJ inte har visat att SLL har handlat i strid med likabehandlingsprincipen i denna del. Det saknas därmed anledning för ingripande med stöd av LUF på denna grund.

SJ:s förslag på justeringar

Vad gäller de förslag på justeringar som SJ har inkommit med anför SJ bl.a. följande. SJ har inkommit med tre förslag på justeringar som skulle ha lett till sänkt anbudspris men som SLL valde att inte införa. Eftersom SJ p.g.a. SLL:s agerande trodde att SJ:s svagheter främst var ”Kostnads- och resurseffektivitet” och ”Intäktssäkring” ansåg SJ att det skulle påverka kvalitetsutvärderingen negativt att implementera ändrade avtalsvillkor som

innebar kostnadslättnader, vilket hämmade SJ:s vilja att föreslå ändringar. SLL har invänt att endast de förslag som bedöms gynna affären som helhet och leder till uppfyllelse av uppdragets mål förhandlas.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är upp till den upphandlande enheten att avgöra om en justering av ett avtalsvillkor gynnar affären och om justeringen därmed ska genomföras. Förvaltningsrätten godtar därför vad SLL har anfört om att endast de förslag som bedöms gynna affären som helhet och leder till uppfyllelse av uppdragets mål har förhandlats. Förvaltningsrätten finner det inte visat att någon överträdelse av likabehandlingsprincipen har ägt rum i detta avseende. Förvaltningsrätten finner inte heller visat att någon överträdelse av likabehandlingsprincipen i övrigt har ägt rum mot bakgrund av vad SJ har anfört i denna del. Det saknas därmed anledning för ingripande med stöd av LUF på denna grund.

Förhandling om kostnadspåverkande delar

Vad gäller förhandlingar om kostnadspåverkande delar anför SJ bl.a. följande. SLL har i flera fall diskuterat delar av uppdraget som har mycket stor kostnadspåverkan, såsom frekvens för tvättning av fordon, med MTR. Motsvarande diskussioner har inte förts med SJ.

SLL anför bl.a. följande. Kostnadspåverkande delar av uppdraget har diskuterats med både MTR och SJ. SLL har fört diskussioner avseende tvättfrekvens av fordon med såväl SJ som MTR. Till skillnad från MTR har SJ anfört att justering av tvättfrekvens inte skulle innebära någon prispåverkan. Detta är ett återkommande besked från SJ:s sida i förhandlingarna såvitt gäller vissa kostnadspåverkande delar i uppdraget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det framgår av punkten 10 i förhandlingsprotokollet avseende mötet den 5 november 2015 att SLL har fört diskussio-

ner avseende tvättfrekvens av fordon med SJ, men att SJ uppgav att justering av frekvens för tvättning av fordon inte skulle innebära någon prispåverkan. Förvaltningsrätten finner att SJ inte har visat att SLL:s uppgift om att kostnadspåverkande delar har diskuterats med båda anbudsgivarna är oriktig. Det har därmed inte framkommit att någon överträdelse av likabehandlingsprincipen har ägt rum i detta avseende. Det saknas anledning för ingripande med stöd av LUF på denna grund.

Förhandling om minskad tvättfrekvens

Vad gäller SLL:s agerande avseende förhandlingarna om minskad tvättfrekvens anför SJ bl.a. följande. SLL borde ha upplyst SJ om att minskad tvättfrekvens inte innebar stor risk för minskat kvalitetsbetyg när det gäller kriteriet ”Nöjda resenärer”. SLL borde ha bett SJ att lämna slutligt pris baserat på samma tvättfrekvens som MTR. Resultatet har blivit att anbudet inte är jämförbara, vilket är en överträdelse av likabehandlingsprincipen som SJ lidit skada av.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte krävas att SLL under pågående förhandlingar anger hur en viss justering kan komma att påverka ett kvalitetsbetyg. Som ovan konstaterats har SJ fått möjlighet att justera anbudet i denna del. Förvaltningsrätten finner i målet inte visat att någon överträdelse av likabehandlingsprincipen har ägt rum i detta avseende. Det saknas därmed anledning för ingripande med stöd av LUF på denna grund.

Indikationer på motpartens anbud

Vad gäller frågan om SLL direkt eller indirekt har gett MTR information om SJ:s anbud anför SJ bl.a. följande. Genom att ständigt uppmana MTR att sänka sina priser, både på helhetsuppdraget men även inom väl preciserade områden där MTR troligen legat högre än SJ, t.ex. lågfrekvent underhåll,

har SLL gett MTR indikationer på att MTR:s anbud låg högre i pris än konkurrentens/konkurrenternas.

SLL anför å sin sida att SLL varken direkt eller indirekt har gett anbudsgivare information om konkurrerande anbuds prisnivå. SLL har inte vid förhandlingarna med MTR uppgett att den totala prisbilden måste ned med en viss procent för att MTR ska vinna upphandlingen. SLL har inte heller gett MTR ett klart siffermässigt besked som MTR då kan anta har ett samband med SJ:s anbud eller på något annat sätt för MTR angivit hur mycket MTR behövde sänka sitt anbudspris för att kunna vinna upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förhandlingsprotokollen framgår att SLL har uppmanat både SJ och MTR att se över anbudspriserna, utan att ange en viss procentsats eller prisnivå som en eventuell justering skulle ske med. Situationen är därmed inte jämförbar med HFD 2015 ref. 63 där upphandlande enhet begärde att den ena anbudsgivaren skulle sänka anbudspriset med en viss procentsats och den andra anbudsgivaren med en annan procentsats. Enligt förvaltningsrätten kan det faktum att SLL under förhandlingarna har uppmanat MTR att sänka sitt anbudspris inte anses innebära att förhandlingen kommit att genomföras på ett sätt som direkt eller indirekt kunnat ge MTR information om SJ:s anbud. Förvaltningsrätten finner i målet inte visat att någon överträdelse av likabehandlingsprincipen har ägt rum i detta avseende. Det saknas därmed anledning för ingripande med stöd av LUF på denna grund.

Avsteg från utvärderingsmodellen

Det är ostridigt att SLL inte har använt termerna innovation eller innovationsgrad i utvärderingsmodellen men att dessa termer används i betygsmotiveringen. Frågan förvaltningsrätten har att pröva är om SLL ska

anses ha avvikit från utvärderingsmodellen genom att väga in innovationer och/eller innovationsgrad som ett kriterium vid anbudsutvärderingen.

SJ anför bl.a. följande. Utvärderingen är genomförd i strid med principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 24 § LUF. Detta eftersom det av betygsmotiveringen framgår att SLL bland annat lagt innovationer och/eller innovationsgrad till grund för anbudsutvärderingen. Att innovation, innovationsgrad eller liknande skulle vara en del av bedömningen har inte framgått av utvärderingsmodellen och inte heller av förfrågningsunderlaget i övrigt. Eftersom begreppet innovation, innovationsgrad eller liknande inte förekommit i upphandlingen har SJ inte fokuserat på att framhålla vilka delar av SJ:s anbud som är innovativa eller innehåller lösningar och förslag med hög innovationsgrad. MTR:s anbud har i flera avseenden bedömts innehålla innovationer. SJ:s anbud verkar snarare ha jämförts med MTR:s anbud än mot utvärderingsmodellen. SLL har gjort ett avsteg från utvärderingsmodellen i upphandlingen och godtyckligt lagt till en bedömningsgrund vid utvärderingen. Detta har, enligt SLL, varit en av anledningarna till att SJ:s anbud inte fått högre poäng vid utvärderingen och det har därmed lett till att SJ gått miste om kontraktet.

SLL anför bl.a. följande. Såvitt avser delkriterierna ”Nöjda resenärer”, ”Intäktssäkring” och ”Samverkan” har det i utvärderingsmodellen, avsnitt 3.1, uttryckligen angivits att SLL kommer att beakta anbudsgivarens arbete avseende utveckling av verksamheten inom nu aktuella delkriterium. Härtill kommer att betygsskala, som redovisas i 3.2. i utvärderingsmodellen, också uttryckligen anger att förbättringar kommer att beaktas. Det har således framgått av utvärderingsmodellen att SLL kommer att beakta lösningar som bidrar till utveckling och förbättring av verksamheten i aktuella avseenden vid anbudsutvärderingen. Ett sätt att uttrycka detta är genom begreppet innovation. Det förhållandet att SLL vid motiveringen av betyg använt sig av synonymer till begrepp som angivits i utvärderingsmodellen eller

formulerat motiveringarna med andra ord än just de ord som förekommer i utvärderingsmodellen kan rimligen inte anses utgöra en överträdelse av upphandlingslagstiftningen.

Under rubriken ”3.1 Kriteriet Kvalitet” i utvärderingsmodellen framgår under respektive delkriterium bl.a. att SLL har en hypotes att ”utveckling av verksamheten” respektive ”samverkan vid utveckling av verksamheten” påverkar måluppfyllelsen. Under rubriken ”3.2 Betygsättning” framgår bl.a. att betygssättningen påverkas av huruvida anbudsgivarna, i olika utsträckning, har ”metoder för utvärdering och förbättring”. Av betygsmotiveringen för SJ framgår som skäl för betyget avseende delkriterierna ”Nöjda resenärer”, ”Intäktssäkring” och ”Samverkan” bl.a. att innovationsgraden för de av SJ presenterade lösningarna är låg. Av betygsmotiveringen för MTR framgår bl.a. att MTR:s anbud i vissa avseenden innehåller ”innovativa idéer” och ”innovativa lösningar”.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Krav och tilldelningskriterier i en upphandling ska vara utformade och tillämpas på ett förutsebart sätt som minskar den upphandlande myndighetens eller enhetens utrymme för skönsmässiga bedömningar (se Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, sid 40). De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Enligt förvaltningsrätten har det, mot bakgrund av vad som har angetts i utvärderingsmodellen om utveckling och förbättring, varit förutsebart för anbudsgivarna att SLL vid utvärderingen kommer att väga in innovation och

innovationsgrad. Enligt förvaltningsrätten får det godtas att SLL inte har använt samma termer i förfrågningsunderlaget som i utvärderingen, eftersom innebörden av termerna får anses vara i huvudsak desamma. SJ har därmed inte visat att någon överträdelse av LUF har ägt rum i detta avseende. Förvaltningsrätten anser vidare att SJ inte har visat att SLL har jämfört SJ:s anbud med MTR:s anbud i stället för mot utvärderingsmodellen. Det saknas därmed anledning för ingripande med stöd av LUF på denna grund.

Utvärderingen m.m.

Frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till i denna del är om SLL har brutit mot LUF och dess grundläggande principer under utvärderingen avseende SJ:s anbud vad gäller innovation/innovationsgrad och avseende MTR:s anbud vad gäller reglering av tvättfrekvens av fordon samt förlängning av tidsfrist och viteslättningen avseende klottersanering.

SJ anför bl.a. följande. För det fall förvaltningsrätten mot SJ:s bestridande skulle anse att innovation/innovationsgrad ska anses ingå i utvärderingsmodellen anser SJ att utvärderingen trots detta har skett i strid med lika-behandlingsprincipen. SJ har i sitt anbud utförligt beskrivit hur SJ avser att utveckla och förbättra verksamheten, dvs. så kallade inkrementella innovationer, vilket är naturligt eftersom SJ är befintlig operatör och har ett etablerat arbetssätt implementerat. SLL verkar dock inte ha beaktat inkrementella innovationer utan verkar ha likställt förändring jämfört med nuvarande lösningar med innovationer. SJ anför även att reglering av tvättfrekvens av fordon samt förlängd tidsfrist och viteslättning avseende klottersanering borde ha lett till lägre betyg i kvalitetsutvärderingen för MTR. Minskad utvändigt tvättfrekvens leder till att fordonen kommer att bli smutsigare. Förändringen påverkar dels ”Nöjda resenärer” genom att resenärerna upplever sämre renlighet men även ”Kostnads- och resurs-

effektivitet” eftersom smutsen bränner fast och det därmed kräver upprepade tvättar och mer kemikalier att få bort. Vad gäller tidsfristen för klottersanering leder en längre tidsfrist (48 timmars frist i stället för 24 timmar) till större mängd osanerat klotter i kundmiljöer och på SL-egendom. Större mängd osanerat klotter påverkar ”Nöjda resenärer” negativt genom att kundmiljön upplevs som sämre städad och resenärernas upplevda trygghet minskar. Förändringen påverkar även ”Kostnads- och resurseffektivitet” genom att osanerat klotter dels leder till mer klotter, dels bränner fast och blir svårare att sanera. Även viteslättningen avseende klottersanering borde ha påverkat ”Nöjda resenärer”. Punktvitet syftar till att säkerställa att leverantören prioriterar att sanera klotter skyndsamt, vilket innebär att resenärerna upplever resan mer positiv än annars. Vidare borde viteslättningen ha påverkat ”Kostnads- och resurseffektivitet” genom att osanerat klotter dels leder till mer klotter, dels bränner fast och blir svårare att sanera.

SLL anför bl.a. följande. SJ:s anbud har erhållit höga betyg. SJ:s anbud saknar inte helt innovationer men innovationsgraden är låg. Vad gäller reglering av tvättfrekvens av fordon samt tidsfrist och viten avseende klottersanering är SJ:s påstående felaktigt. Klottersanering och städning är endast en av flera faktorer som beaktas inom nämnda kriterier. Ett betyg varken står eller faller med bedömningen av hur ett anbud ser ut i förhållande till en enda faktor. Vitesregleringen avseende klottersanering kommer inte att innebära sämre kundnöjdhet eftersom det finns incitament kopplade till kundnöjdhet, inom vilket område resenärernas upplevelse av en ”hel och ren” resenärsmiljö (dvs. utan klotter) är en faktor av stor betydelse, till ett värde av ca 200 miljoner kronor per år. Viteslättningen innebär inte några lättnader såvitt att sanering ska genomföras utan att skada material och att material ska återställas till ursprungligt eller motsvarande skick.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny upphandling genom att göra en ny prövning av lämpligheten i den upphandlande myndighetens beslut eller att göra en ny utvärdering. Förvaltningsrätten kan därför inte överpröva de bedömningar som den upphandlande myndigheten har gjort, under förutsättning att bedömningarna kan anses följa de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 24 § LUF (jfr. Kammarrätten i Sundsvalls domar den 9 september 2011 i mål 1258-11 och den 22 mars 2013 i mål nr 2130-12 samt Rosén Andersson m.fl., lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, 2015, sid 650). Förvaltningsrätten finner det inte visat i målet att SLL under utvärderingen har brutit mot de grundläggande principerna i LUF. Förvaltningsrätten är därmed förhindrad att överpröva den bedömning SLL har gjort avseende betygsättningen för SJ och MTR i de aktuella avseendena. Det saknas därmed anledning för ingripande med stöd av LUF på denna grund.

Förhandling om minimikrav

Det är ostridigt i målet att det endast är krav som inte angivits som minimikrav som kan bli föremål för förhandling. Förvaltningsrätten har i denna del att ta ställning till om SLL i strid med detta har förhandlat om vissa minimikrav.

SJ anför bl.a. följande. I avsnitt 3.1 i anbudsinbjudan anges ett antal formella minimikrav. I avsnitt 3.2 anges ett antal materiella minimikrav, däribland totalt anbudspris (avsnitt 3.2.1), nöjda resenärer (avsnitt 3.2.14), kostnads- och resurseffektivitet (avsnitt 3.2.15), intäktssäkring (avsnitt 3.2.16) och samverkan (avsnitt 3.2.17). Samtliga utvärderingskriterier är således angivna som minimikrav som, enligt avsnitt 2.2.2.2 i

anbudsinbjudan, inte får bli föremål för förhandling. Mot bakgrund av att förhandlingarna med SJ och MTR i princip uteslutande avsett faktorer hänförliga till pris och utvärderingskriterierna avseende kvalitet, ställer sig SJ frågande till vilket stöd i förfrågningsunderlaget SLL haft för sina förhandlingar.

SLL anför bl.a. följande. Det har klart och tydligt i förfrågningsunderlaget angivits om vad förhandling kan komma att ske och det finns stöd i förfrågningsunderlaget för de förhandlingar som genomförts. Vad gäller ”totalt anbudspris” innebär kravet endast att priset ska anges i enlighet med en viss bilaga. Vad gäller ”Nöjda resenärer”, ”Kostnads- och resurseffektivitet”, ”Intäktssäkring” och ”Samverkan” anger de aktuella kraven att anbudsgivaren ska inge redogörelser för sina lösningar i nu aktuella avseenden. Kraven utgör inte på något sätt obligatoriska kontraktsvillkor. SJ:s invändning är därmed ogrundad.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av förfrågningsunderlaget under avsnitt ”3.2 Materiella minimikrav” framgår bl.a. följande.

3.2.1. Totalt anbudspris

Anbudsgivaren ska inge anbudspriser i enlighet med Blankett A6. Lämnade uppgifter ska uppfylla de krav som framgår av blanketten.

Beställaren ser gärna att Blankett A6 även inlämnas i Excel-fil eller liknande.

[...]

3.2.14 Nöjda resenärer

Anbudsgivaren ska inge en redogörelse avseende anbudsgivarens lösning såvitt gäller hur det övergripande målet angående nöjda resenärer, angivet i avsnitt 1.2.1 (a) Uppdragsavtalet, kan uppnås och ge ett mervärde.

Redogörelsen kan gärna inledas med en kort sammanfattning. Vänligen kontrollera att redogörelsen inte står i strid med övriga lämnade uppgifter i anbudet.

Redogörelsen kommer att utvärderas inom ramen för kriteriet Kvalitet i enlighet med Bilaga A2.

Minimikraven för ”Kostnads- och resurseffektivitet”, ”Intäktssäkring” och ”Samverkan” har en snarlik uppbyggnad som ”3.2.14 Nöjda resenärer”.

Enligt förvaltningsrätten framgår det att de uppställda minimikraven endast innebär att anbudsgivarna ska inge anbudspriser och en redogörelse för anbudsgivarens lösningar avseende delkriterierna. Att SLL har förhandlat om faktorer hänförliga till pris och de fyra delkriterierna kan inte anses innebära att SLL har förhandlat om de aktuella minimikraven i förfrågningsunderlaget på det sätt som SJ gör gällande. Förvaltningsrätten finner i målet inte visat att någon överträdelse av LUF har ägt rum i detta avseende. Det saknas därmed anledning för ingripande med stöd av LUF på denna grund.

Viteslättnad avseende klottersanering

Det är i målet ostridigt att SLL har gett MTR en viteslättnad avseende klottersanering och att motsvarande lättnad inte har getts SJ. Förvaltningsrätten har att ta ställning till om SLL:s agerande i denna del strider mot likabehandlingsprincipen.

SJ anför bl.a. följande. Av det slutliga avtalet med MTR framgår att SLL har gett MTR en lättnadsperiod på minst sex och maximalt 12 månader för punktviten för klotter, dvs. en tidsfrist under vilken vite för bristande klottersanering inte utgår. Detta innebär att MTR under en initial period har eliminerat risken för klottervite, vilket har gett MTR möjlighet att sänka sitt pris. Motsvarande möjlighet har inte getts SJ som därför har kalkylerat med risken för visst klottervite under hela avtalstiden, dvs. minst sex månader

mer än MTR har behövt kalkylera för. SLL har agerat i strid med likabehandlingsprincipen under förhandlingarnas genomförande. Kostnaden för att sanera klotter är mycket stor, liksom vitesbeloppen för det fall sanering inte sker inom utsatt tidsfrist. Lättnaden för klottervite har därmed kunnat påverka riskbedömningen och prissättningen på ett signifikant sätt. Vilken leverantör som är befintlig eller inte saknar betydelse för avtalets utformning. SJ är inte den befintliga leverantören utan endast moderbolag till den befintliga leverantören.

SLL anför bl.a. följande. Båda anbudsgivarna har haft möjlighet att inkomma med, och har även inkommit med, förhandlingsförslag vilka i viss mån har beaktats – återinvestering i verksamheten för SJ:s del och vitesreglering avseende klottersanering för MTR:s del. Av förhandlingsprotokollen framgår att förhandlingarna är genomförda på ett likabehandlande sätt. Till skillnad från SJ är MTR inte den befintliga leverantören och till skillnad från SJ kan MTR inte påverka en eventuell eftersläpande ”klotterskuld” som MTR riskerar att överta efter befintlig leverantör vid driftstart. Eftersom de båda anbudsgivarnas situation i detta avseende inte är lika ska de inte heller behandlas lika, eftersom det vore i strid med likabehandlingsprincipen. SLL kan inte ta den ene anbudsgivarens förhandlingsförslag och föreslå för den andre anbudsgivaren, eftersom det skulle stå i strid med såväl likabehandlingsprincipen enligt LUF som den absoluta sekretessen enligt offentlighets- och sekretesslagen. I enlighet med utvärderingsmodellen har anbud jämförts gentemot utvärderingskriterierna och inte gentemot varandra. Mot den bakgrunden finns det självfallet inget som hindrar att två olika slutliga avtalsförslag ligger till grund för utvärderingen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av avtalet med MTR (E24 Bilaga 7B Ersättning och incitament), under punkten 7.10 ”Övriga punktviten”, framgår bl.a. följande.

Dokument i Uppdragsavtalet	Avvikelse från avtalsvillkor	Punktvite	Huvudsaklig uppföljningsmetod
<u>Bilaga 4B</u>	Osanerat klotter (tillämpas med början sex (6) månader efter driftstart, se dock vad som anges nedan)	5 000 kronor/påbörjade tjugofyra (24) timmar räknat från utgången av fristen för sanering	Stickprovskontroll

Lättnadsperiod för punktvite för klottersanering som gäller under perioden från Driftstart ska kunna utsträckas till maximalt tolv (12) månader från Driftstart. En sådan förlängning av lättnadsperioden (avseende såväl ”historiskt” klotter såsom nytillkommet klotter) förutsätter att det per Driftstart, och baserat på genomförd besiktning, påvisas att det finns klotter/skadegörelse på SL-Egendomen som uppkommit under perioden som föregår Driftstart samt att åtgärdande av detta, enligt en av MTR presenterad handlingsplan som godkänts av TF, kräver mer än sex (6) månader att åtgärda (dvs. lättnadsperioden kommer att knytas till slutförd handlingsplan, dock inte överstigande tolv (12) månader från Driftstart).

Som anförts ovan är huvudregeln att det är den upphandlande enheten som avgör såväl omfattning som innehåll i förhandlingen så länge förfarandet uppfyller de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Avgörande för frågan om förhandlingarna har skett i strid med likabehandlingsprincipen är hur förhandlingarna har genomförts. Det är vidare centralt vilken information som kommuniceras med anbudsgivarna under förhandlingarna.

Som också anförts ovan innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabicom, punkt 27 och där angiven rättspraxis). I detta fall är både MTR och SJ anbudsgivare i den aktuella upphandling och deras situation är på så vis lika. Om den befintliga leverantören lämnar klotter som inte har sanerats är det något som får regleras inom ramen för det befintliga avtalet. Förvaltningsrätten konstaterar därmed att det får anses sakna betydelse huruvida SJ är att anse som befintlig leverantör eller inte vid bedömningen av om likabehandlingsprincipen har blivit åsidosatt i det aktuella avseendet.

En naturlig följd av att MTR har erbjudits en viteslättning är att MTR har kunnat minska sina kostnader, vilket i sin tur har kunnat påverka anbudspriset. SJ har inte erbjudits samma viteslättning och får därmed anses ha haft ett sämre utgångsläge inför lämnande av anbudspris i just detta avseende. Som förvaltningsrätten ovan har konstaterat innebär det faktum att förhandlingarna med de båda anbudsgivarna delvis har avsett olika frågor inte per automatik att likabehandlingsprincipen har blivit åsidosatt. SJ har inte ifrågasatt SLL:s uppgift om att båda anbudsgivarna har haft möjlighet att inkomma med förhandlingsförslag och att så också har skett. I detta avseende har anbudsgivarna getts samma förutsättningar i upphandlingen att utifrån sina respektive överväganden välja vilka förhållanden som man vill föreslå att förhandla om. Förvaltningsrätten anser vid en sammantagen bedömning, med beaktande av vad som har framkommit om hur förhandlingarna har genomförts i denna del, att SJ inte har visat att SLL har handlat i strid med likabehandlingsprincipen genom att inleda förhandlingar och överenskomma om en villkorsändring i en fråga som MTR föreslagit att de ska förhandla om. Det saknas därmed anledning för ingripande med stöd av LUF på denna grund.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har det inte framkommit i målet att SLL har brutit mot LUF och dess grundläggande principer på någon av de grunder som SJ anfört. SJ:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 A LOU).

Lars-Åke Johansson
Chefsrådman

Marcus Agnvall
Rådman

I avgörandet har även nämndemännen Kate Karlsson, Maj Ferdinandsson och Eva Lindau deltagit.

Frida Hellström har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.