



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-05-25
Meddelad i Jönköping

Mål nr
6154-17
6192-17
6285—6286-17
6298—6300-17

SÖKANDE

Transdev Sverige AB, 556042-4391
Box 14091
167 14 Bromma

Ombud: Advokaten Anders Uhnér
KLA Karlerö Liljeblad Advokatbyrå HB
Box 7330
103 90 Stockholm

MOTPARTER

1. Regionen Jönköpings län
Upphandlingsenheten
Box 1024
551 11 Jönköping

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

3. Region Skåne
291 89 Kristianstad

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

5. Region Kronoberg
351 88 Växjö

6. Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

7. Region Blekinge
371 41 Karlskrona

Ombud för 1–7: Advokaten Herman Sahlin
Advokatfirman Lindmark Welinder AB
Kungsgatan 2 C
223 50 Lund

Dok.Id 258723

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag–fredag 08:00–16:00

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

De som motparter betecknade upphandlande enheterna (gemensamt benämnda beställaren) har inlett ett en upphandling genom urvalsförfarande som benämns ”Krösatågen 2018” (dnr: RJL 2016/3049). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Transdev Sverige AB (bolaget) antagits. Bolaget har ansökt om överprövning.

Förfrågningsunderlaget*Upphandlingsföremålet*

Upphandlingen avser ett samlat och inte uppdelbart åtagande (uppdraget) avseende planering och drift av tågtrafik, försäljning av biljetter, ombordservice och dagligt underhåll. Avsedd avtalsperiod är nio år, med möjlighet till maximalt tre års förlängning. Leverantörens verksamhet ska kännetecknas av kvalitet, service och professionellt agerande. Ett nära samarbete med beställaren och aktiv medverkan i verksamhetens utformning är viktiga förutsättningar för uppdraget. Leverantören förutsätts även samverka med andra trafikföretag och samarbeta med infrastrukturhållare. Leverantören ska inom avtalets givna ramar ansvara för drift av trafiken, medverka aktivt i tidtabellsarbetet och medverka vid marknads- och informationsinsatser rörande uppdraget. Trafiken ska bedrivas med serviceinriktad och för uppgiften väl utbildad personal enligt beställarens krav. Beskrivning av uppdraget och förutsättningar, krav och villkor framgår av angiven dokumentation.

Anbudens innehåll och utformning

Lämnade anbud ska bygga på innehållet i förfrågningsunderlaget med tillhörande bilagor. Anbud ska lämnas på svenska och vara undertecknat av behörig firmatecknare. Anbud som innehåller reservationer, villkor eller på annat sätt inte uppfyller ställda krav kommer att förkastas.

Anbudsprövningens utvärderingsdel

Vid utvärderingen tillämpas en mervärdesmodell. Detta innebär att först beräknas ett anbudspris. Därefter utvärderas kvalitet och resultat av denna värdering omvandlas sedan till ett fiktivt pristillägg. Slutligen läggs beräknat anbudspris och erhållet fiktivt pristillägg ihop till en jämförelsesumma. Det anbud som åsätts den lägsta jämförelsesumman anses ekonomiskt mest fördelaktigt.

Tilldelningskriteriet kvalitet

Bedömningen kommer att göras helt fristående från utvärderingen av pris och av personer som inte har någon vetskap om övriga delar av anbuden. Bedömningen kommer att resultera i en erhållen totalpoäng i intervallet 0–480 poäng. Totalpoängen genererar fiktivt prispåslag enligt följande formel:

$$83\,000 \text{ kr} * (480 - \text{erhållen totalpoäng}) = \text{Erhållet fiktivt pristillägg}$$

För bedömningen har fyra verksamhetskritiska områden definierats och formulerats till bedömningsområden (kvalitetskriterier) med tillhörande underkriterier (frågor):

- Styra och leda
 - Hur kommer ni att styra och följa upp verksamheten, hantera risker och bedriva ständigt förbättringsarbete?
 - Hur kommer ni genom ledarskapet ge förutsättningar för personalens delaktighet?
 - Hur kommer ni att säkerställa att uppdragsorganisationen alltid är komplett och har relevant kompetens?
- Förbereda leverans

- Hur kommer ni att medverka till ett väl fungerande for-
donsutbyte under avtalstiden?
- Hur kommer ni kontinuerligt att samverka med alla rele-
vanta parter och underleverantörer i syfte att förbereda en
fullgod leverans?
- Hur kommer ni att i era förberedelser säkerställa ersätt-
ningstrafik med buss vid akuta och planerade störningar
för att tillgodose kundens förväntningar på hela resan?
- Stödja leverans
 - Hur kommer ni att säkerställa fordonsstyrningen så att
behov från trafikutbud och underhållsplan tillgodoses?
 - Hur kommer ni att säkerställa erforderlig bemanning av
fordonen?
 - Hur kommer ni att säkerställa att samtliga kundsyn-
punkter lämnade under resan tas om hand och delges be-
ställaren?
- Utföra leverans
 - Hur kommer ni att genom trafikledningens arbete säker-
ställa en fullständig trafikleverans vid normalläge och
störningar?
 - Hur kommer ni att säkerställa kontinuerlig rapportering
av avvikelser på trafiknära utrustning, fordonskomfort,
stationer och hållplatser?
 - Hur kommer ni att säkerställa att ombordpersonalen alltid
ger erforderlig ombordservice till kund?

Besvarande av frågeställningarna

Frågeställningarna i vart och ett av underkriterierna ska besvaras enskilt. Detta innebär att beskrivningen i svaret på egen hand ska ge fullständigt svar på det som efterfrågas i det specifika underkriteriet. Hänvisningar till beskrivningar i andra delar av det inlämnade underlaget kan inte göras. Beskrivningen ska ge svar på dels vilka processer, metoder och verktyg som kommer att användas i uppdraget (omfattning), dels på vilket sätt dessa kommer att användas och hur väl de kommer att bidra till att nå målen för uppdraget (nivå). Med metod avses vilka tillvägagångssätt, utifrån leveran-
törens processer, som kommer att användas i uppdraget. Med verktyg avses t.ex. stödsystem, mallar och annat som stöttar användandet av angivna pro-
cesser och metoder. Svaren ska, där så är relevant, innehålla beskrivningar av t.ex. roller och ansvar, samt struktur och forum för uppföljning och för-
bättringsarbete.

Svarstexten för samtliga underkriterier ska totalt omfatta högst 50 A4-sidor och ska skrivas med typsnittet Times New Roman med minst elva punkters storlek. Enstaka undantag kan accepteras i förklarande text till diagram och figurer, men texten måste vara läsbar utan hjälpmedel för att bli föremål för utvärdering. Svarstexten kan omfatta högst 60 rader per sida. Eventuella bilagor kommer inte att bli föremål för utvärdering.

Bedömningsmatris

Svaren på frågeställningarna i vart och ett av underkriterierna bedöms enskilt i en fyrgradig skala, utifrån två dimensioner (delkriterier): omfattning och nivå. Med omfattning avses vilka processer, metoder och verktyg som kommer att användas i uppdraget. Med nivå avses hur dessa kommer att användas och hur väl de kommer att bidra till att nå målen för uppdraget. Vid bedömningen sätts en bedömningspoäng för var och en av dimensionerna. Genomsnittet av dessa två bedömningspoäng ger kvalitetspoäng för underkriteriet. Summan av erhållna kvalitetspoäng kommer att multipliceras med tio för att beräkna erhållen totalpoäng.

För att erhålla viss bedömningspoäng måste samtliga moment till absolut övervägande del vara uppfyllda. Detta innebär att samtliga angivna processer, metoder och verktyg ska uppfylla det som krävs för respektive bedömningspoäng.

Bedömningsskala avseende omfattning:

- 0 poäng: Irrelevant svar
- 1 poäng: Bristfällig omfattning av relevanta processer, metoder och verktyg för verksamheten i uppdraget.
- 2 poäng: Godtagbar omfattning av relevanta processer, metoder och verktyg för verksamheten i uppdraget.
- 3 poäng: Hög omfattning av relevanta processer, metoder och verktyg för verksamheten i uppdraget.
- 4 poäng: Heltäckande omfattning av relevanta processer, metoder och verktyg för verksamheten i uppdraget.

Bedömningsskala avseende nivå:

- 0 poäng: Irrelevant svar:
- 1 poäng: De beskrivna processerna, metoderna och verktyg bedöms vara bristfälliga för att bidra till att nå målen för uppdraget, inom relevanta målområden.
- 2 poäng: De beskrivna processerna, metoderna och verktyg bedöms vara godtagbara för att bidra till att nå målen för uppdraget, inom relevanta målområden.
- 3 poäng: De beskrivna processerna, metoderna och verktyg bedöms vara betydande för att bidra till att nå målen för uppdraget, inom relevanta målområden.
- 4 poäng: De beskrivna processerna, metoderna och verktyg bedöms vara fullständiga för att bidra till att nå målen för uppdraget, inom relevanta målområden.

Beställarens bedömningsprocess

Tilldelningskriteriet kvalitet kommer att bedömas av sammansatta team bestående av medarbetare från beställaren och extern expertis inom kvalitetsfrågor. Varje teammedlem gör en individuell bedömning för varje underkriterium och ger en bedömningspoäng för vart och ett av delkriterierna omfattning och nivå. Samtliga teammedlemmars bedömningspoäng sammanställs och utgör underlag för teamets samlade bedömning vid ett konsensusmöte. Teamet enas vid konsensusmötet om de slutliga bedömningspoängen som genererar kvalitetspoängen per underkriterium, samt erhållen totalpoäng. På konsensusmötet görs också en sammanfattande motivering per bedömningsområde. Dessa motiveringar, slutlig bedömningspoäng och erhållen totalpoäng sammanställs i en bedömningsrapport som bifogas tilldelningsbeslutet.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. I ett tidigare led av upphandlingsförfarandet har sex leverantörer ansökt om att få lämna anbud. Tre av dessa (däribland bolaget) har prekvalificerat sig och därmed fått del av det förfrågningsunderlag som redovisas ovan. Av dessa tre har två leverantörer inkommit med anbud; bolaget och Svenska

Tågkompaniet AB (Tågkompaniet). Båda anbudena har ansetts kvalificerade för utvärdering. Tågkompaniets anbud hade ett anbudspris på 160 935 536,60 kr, erhöll totalpoängen 315 poäng och fick därigenom en jämförelsesumma på 174 630 536,60 kr. Bolagets anbud hade ett anbudspris på 154 186 918,16 kr, erhöll totalpoängen 230 poäng och fick därigenom en jämförelsesumma på 174 936 918,16 kr. I kraft av sin lägre jämförelsesumma antogs Tågkompaniets anbud som det ekonomiskt mest fördelaktiga och bolagets anbud kom på andra plats vid utvärderingen.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid bolagets anbud ska tilldelas en högre totalpoäng vid bedömningen av tilldelningskriteriet kvalitet. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om

Beställaren anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell är oklar. Dessutom förväntas leverantörerna lämna beskrivningar, som ska utgöra underlag för ett stort antal underkriterier med delkriterier, på ett utrymme som är begränsat till 50 A4-sidor med visst typsnitt. Detta är ett synnerligen begränsat utrymme för en beskrivning av en omfattande och komplicerad trafiktjänst.

Bolagets anbud har åsatts för låga poäng. Vidare kan det förhållandet att det inte är identiskt sammansatta team som utvärderat bolagets respektive Tågkompaniets anbud ha medfört att anbuden inte blivit likvärdigt bedömda avseende kvalitet.

Felen i upphandlingen medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i ÄLUF:s mening.

Utveckling av ansökan

Förfrågningsunderlagets föreskrifter angående utvärderingsmodellen ger inte en fullständig bild och förutsägbarhet av vilken kvalitet beställaren avser att utvärdera. Enligt förfrågningsunderlaget ska utvärderingen ske genom en ”kvalitetsbedömning av processer, metoder och verktyg som anbudsgivaren offererar för det aktuella uppdraget”. Problemet är att processer inte definieras i förfrågningsunderlaget samtidigt som just processer ska ligga till grund för de metoder, d.v.s. tillvägagångssätt utifrån leverantörens processer, som kommer att användas i uppdraget. Det är därmed inte tydligt och begripligt vad beställaren efterfrågar. En anbudsgivare kan i sitt anbud ange en processmodell för styrning och ledning samtidigt som en annan anbudsgivare kan ange en helt annan processmodell för samma sak. Det samma gäller avseende metoder och verktyg. Detta ger ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning och det framgår inte av tilldelningsbeslutet varför en viss anbudsgivare fått en viss erhållen totalpoäng. Vidare har den skönsmässigt bedömda kvaliteten givits ett betydande värde i förhållande till den totala jämförelsesumman.

Åberopad utredning

Nedanstående åberopas för att visa att utvärderingsmodellen i upphandlingen brister i öppenhet och förutsebarhet.

Yttrande från Beata Ramsay

Seniorkonsulten och utvärderingsledaren Beata Ramsay har i skrift med titeln ”Kommentarer till Krösatågens kvalitetsmodell”, daterad den 13 december 2017, anfört bl.a. följande. Utvärderingsmetodiken i aktuell utvärderingsmodell avviker kraftigt från de principer som är gemensamma i etablerade kvalitetsmodeller. Sådana principer är:

- Etablerade framgångsfaktorer/grundläggande värderingar/principer som modellerna styr emot.
- Utvärderingsdimensionerna angreppssätt, tillämpning samt utvärdering och förbättring.
- Tydliga riktlinjer för poängsättning med väldefinierade nivåer i form av utvärderingsmatriser.

Aktuell utvärderingsmodell grundar sig på ”offererade processer, metoder och verktyg”. Definition av vad som avses med process saknas helt. Metod definieras som tillvägagångssätt utgående från process, och verktyg exemplifieras som t.ex. stödsystem, verktyg och mallar. Det är förvånande att man inte presenterar tydligare definitioner och avgränsningar för dessa begrepp i synnerhet som modellen kräver att ”samtliga moment för respektive bedömningspoäng till absolut övervägande del ska vara uppfyllda”. Vad som avses med att samtliga moment till absolut övervägande del är uppfyllda förklaras inte. Detta öppnar för godtyckliga bedömningar. Vidare uppställs ett krav på att modellens underkriterier ska besvaras enskilt, hänvisningar är förbjudna. Denna regel är i konflikt med idén om att ett ledningssystem ska ligga till grund för verksamhetsutveckling. I ett system hänger delarna definitions- mässigt samman och att visa på samband och hur delarna samverkar för måluppfyllelse försvåras av förbudet mot hänvisningar. Till detta kommer att den aktuella utvärderingsmodellens bedömningsmatris bygger på två dimensioner som är mycket oklart beskrivna. Poängsättningen i båda dimensionerna baseras på begreppen ”bristfällig”, ”godtagbar”, ”betydande/hög” och ”heltäckande”. Det finns inga definitioner av vad som avses med dessa begrepp och vad som avgränsar dem från varandra. Vad bedömningen baseras på är därför höljt i dunkel och öppnar för personliga tyckan-

den hos bedömarna. Öppenheten i bedömningen kan därmed anses obefintlig och poängnivåerna oförutsägbara. Detta är mycket oroväckande med hänsyn till att omfattande upphandlingar baseras på kvalitetspoängen och då kostsamma viten kan komma att utdömas.

Rapport från Per Nordsjö

Seniorkonsulten och civilingenjören Per Nordsjö har i skrift den 22 december 2017 anfört bl.a. följande. Han har fått i uppdrag att göra en oberoende utvärdering, en ”second opinion”, av bolagets kvalitetsbilaga för upphandlingen. Utvärderingen har genomförts av honom i enlighet med de kriterier som anges i förfrågningsunderlaget och med angivande av poäng, styrkor och förbättringsområden för de olika underkriterierna (frågorna) och deras delkriterier (nivå och omfattning). Därvid har han sammanfattningsvis funnit att texten i kvalitetsbilagan är konsekvent, väl formulerad och följer en enhetlig och logisk struktur för alla underkriterier, med fasta underrubriker och tabeller med målvärden. Innehållet består dock i alltför hög grad av text som inte svarar på frågeställningen och som istället innehåller allmänna beskrivningar, självklarheter eller värdeord. Återkommande ges förklaringar om att något görs, istället för hur det görs som är det som efterfrågas. Beskrivningen av hur metoderna bidrar till att nå målen för uppdraget (”Nivå”) är genomgående svag med avsaknad av konkreta exempel. Detta gör att poängen avseende delkriteriet nivå genomgående är lägre än poängen avseende delkriteriet omfattning. Hans poängsättning har resulterat i att bolaget fått sammanlagt 30,5 kvalitetspoäng och således en erhållen totalpoäng på 305 poäng. Vad gäller upphandlingens utvärderingsmodell är denna enligt hans mening oklar. Anvisningarna ger inget stöd till den s.k. bedömningsmatrisen som anger en skala från ”Bristfälliga” (1) till ”Fullständiga/Heltäckande” (4). Det är med andra ord upp till bedömaren att själv värdera (Beata Ramsay har utvecklat detta mera i sin skrift).

Beställaren*Inställning*

Utvärderingsmodellen är fullständigt redovisad i förfrågningsunderlaget. De villkor som ska tillämpas i modellen är öppet angivna för alla anbudsgivare. Därmed uppfyller utvärderingsmodellen de krav på tydlighet som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § ÄLUF. Kravet på att leverantörernas beskrivningar ska vara begränsade till 50 A4-sidor är inte oproportionerligt.

Bedömningen av bolagets anbud i förhållande till tilldelningskriteriet kvalitet har gjorts i enlighet med förfrågningsunderlagets föreskrifter och har inte heller i övrigt utförts på sätt som strider mot ÄLUF.

Utveckling av beställarens inställning

Underkriterierna till kvalitetskriterierna, d.v.s. de tolv frågorna, är relevanta för det uppdrag som upphandlingen avser. Fyra frågor är av allmän karaktär och relevanta för alla typer av tjänsteuppdrag. Resterande åtta frågor är relevanta och självklara när uppdraget avser kollektiv tågtrafik. Underkriterierna är även konkreta då varje fråga avser en specifik kvalitetsfaktor av stor betydelse för tågtrafik. Exempelvis är frågan avseende ombordpersonalens service till kund en återkommande fråga för alla offentliga beställare av tågtrafik och en viktig parameter för all tågtrafik. Därutöver är underkriterierna öppna. Frågorna varken indikerar eller styr inte mot en viss teknisk eller organisatorisk lösning och inte heller någon preferens för en viss leverantör. Anbudsgivarna har således varit fria att utforma sin organisation och verksamhet och utforma sina anbud på det sätt de själva bedömt mest ändamålsenligt för att uppnå god kvalitet.

Begränsningen till 50 sidor är lika föra alla anbudsgivare. Enligt beställarens uppfattning är detta sidantal en tillräcklig omfattning för en kvalitetsbe-

skrivning. I tidigare upphandlingar har erfarits att anbud kan bli mycket voluminösa. En konkret och koncis kvalitetsbeskrivning med ett begränsat omfång representerar ett mervärde för beställaren. En sådan utformning underlättar också uppföljningen av kvalitet för både beställaren och leverantören.

Poängskalan

I enklare upphandlingar, framför allt vid inköp av varor, kan en upphandlande enhet i förväg ange exakt att en viss teknisk nivå ger en viss poäng. Vid inköp av bilar kan den upphandlande enheten t.ex. ange att en bränsleförbrukning på 0,5 l/mil ger 10 poäng, 0,75 l/mil ger 8 poäng osv. I komplexa tjänsteupphandlingar är det varken lämpligt eller möjligt att på detta sätt i förväg ange exakt vilka förhållanden som ger en viss kvalitetspoäng. Vid komplexa tjänsteupphandlingar är det därför vedertaget att ange en poängskala på det sätt beställaren gjort. Förfrågningsunderlagets bedömningsmatris ger, tillsammans med övriga föreskrifter angående utvärderingsmodellen, tillräcklig information för att ge vägledning till anbudsgivarna i fråga om vilka omständigheter som är relevanta och vad som kommer att utvärderas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, ÄLUF. I övergångsbestämmelserna till LUF föreskrivs dock att ÄLUF fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den upphandling förevarande mål gäller har påbörjats före den 1 januari 2017, är ÄLUF tillämplig i detta mål.

I 1 kap. 24 § ÄLUF anges att upphandlande enheter ska 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.

I 16 kap. 4 § ÄLUF anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § ÄLUF följer att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om enheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i tillämplig lag. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (se dom i mål C-171/15, Connexxion, med där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Det ankommer på den upphandlande enheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt. Enligt principen om likabehandling krävs dessutom att alla anbudsgivare som är intresserade av ett kontrakt ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet samt vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter. Kravet på öppenhet innebär också att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt ÄLUF som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Utformningen av tilldelningskriteriet kvalitet

Parternas inställning i huvuddrag

Bolaget har i denna del gjort gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt eftersom det inte framgår vilken kvalitet som ska utvärderas och vad det är för något som beställaren efterfrågar. Till stöd för detta har bolaget åberopat bl.a. ett yttrande från seniorkonsulten Beata Ramsay och en rapport från seniorkonsulten Per Nordsjö. Beata Ramsay har bl.a. anført att utvärderingsmodellen bygger på vaga begrepp som inte är närmare definierade i förfrågningsunderlaget och att det således saknas tydliga riktlinjer för po-

ängsättning med väldefinierade nivåer i form av utvärderingsmatriser. Per Nordsjö har bl.a. anför att upphandlingens utvärderingsmodell är oklar då anvisningarna ger inte ger något stöd till den s.k. bedömningsmatrisen, som anger en skala från ”Bristfälliga” (1) till ”Fullständiga/Heltäckande” (4). Det är med andra ord upp till bedömare att själv värdera. Vidare hänvisar han till Beata Ramsays yttrande.

Beställaren anser att tilldelningskriteriet kvalitet uppfyller de tydlighetskrav som följer av 1 kap. 24 § ÄLUF och anför till stöd för detta bl.a. följande. Utvärderingen bygger på tolv konkreta frågor (underkriterier) inom fyra områden (kvalitetskriterier). Varje fråga avser en specifik kvalitetsfaktor av stor betydelse för tågtrafik. I komplexa tjänsteupphandlingar är det varken lämpligt eller möjligt att på detta sätt i förväg ange exakt vilka förhållanden som ger en viss kvalitetspoäng. Därutöver är underkriterierna öppna. Frågorna varken indikerar eller styr inte mot en viss teknisk eller organisatorisk lösning och inte heller någon preferens för en viss leverantör. Vid komplexa tjänstehandlingar är det därför vedertaget att ange en poängskala på det sätt beställaren gjort.

Utgångspunkter för förvaltningsrättens bedömning

Beställaren har valt att använda sig av en absolut utvärderingsmodell. Med detta förstås att kvaliteten hos respektive anbud ska bedömas oberoende av kvaliteten hos övriga anbud. Innebörden av kvalitet i detta sammanhang kan beskrivas som mervärde i förhållande till förfrågningsunderlagets obligatoriska krav. I vilket avseende kvalitet ska värderas och hur kvalitet i ett visst avseende ska viktas i förhållande till kvalitet i ett annat avseende har den upphandlande enheten i princip rätt att bestämma själv, så länge detta inte görs på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § ÄLUF. Detsamma gäller i fråga om kvalitet ska viktas i förhållande till pris.

Det finns inte något hinder mot att använda en s.k. mervärdesmodell, d.v.s. där resultatet av en bedömning av kvalitetskriterier omvandlas till ett värde uttryckt i pengar som sedan läggs till grund för fiktiva pristillägg eller fiktiva prisavdrag. Det finns inte heller något hinder mot att använda allmänna beskrivningar från leverantörerna som underlag vid anbudsprövningens utvärderingsdel. Det måste dock beaktas att beskrivningar av framtida förhållanden, som det är fråga om här, är mer eller mindre hypotetiska. Det finns därför en risk att en retoriskt skicklig framställning ges en otillbörlig fördel istället för sådant som har faktisk betydelse för upphandlingsföremålet. Det är därför viktigt att det klargörs vad det är som ska bedömas och vilka ramar som gäller för denna bedömning. Med ramar för bedömningen avses en beskrivning av vad som är bedömningens utgångspunkt och vad som är dess slutpunkt (högsta poäng / högsta värde) och vilka objektiva omständigheter som påverkar bedömningen i höjande respektive sänkande riktning.

Förfrågningsunderlaget kvalitetskriterier och underkriterier

Frågorna (underkriterierna) i förevarande upphandling, tillsammans med aktuellt bedömningsområde (kvalitetskriterium) ger en övergripande vägledning om vad det är som är föremål för bedömning. Vad beställaren anför om att varje fråga avser en kvalitetsfaktor av betydelse för tågtrafik framstår också som korrekt. De olika kvalitetsfaktorerna har dock en vid omfattning på sätt att de berör leverantörens tillhandahållande av upphandlingsföremålet ur olika aspekter och över en längre tidsperiod. Frågorna har även en öppen utformning som tillåter att de besvaras på flera olika sätt. Trots detta saknas en beskrivning av hur svar ska utformas och/eller vilka moment som ska ingå i svaren. Således finns det ett betydande utrymme för leverantörerna att göra olika tolkningar av vilka uppgifter beställaren efterfrågar och därmed besvara frågorna på olika sätt. Detta medför att det finns en betydande risk för att svaren skiljer sig åt så pass mycket i fråga om innehåll, att de inte kan läggas till grund för en rättvisande jämförelse av vilken anbudsgivare som offererar högst kvalitet i förhållande till anbudspriset.

Ramarna för beställarens bedömning

Av reglerna i ÄLUF följer inte något krav på att tilldelningskriterierna ska vara definierade på ett sådant sätt att anbudsgivarna på förhand kan räkna ut exakt vilken poäng deras anbud kommer att få. Det krävs inte heller att en upphandlande enhet genom tilldelningskriteriernas utformning eller på annat sätt lämnar sådan information att det i efterhand kan fastställas exakt vilken poäng ett visst anbud rätteligen skulle ha tilldelats. Vidare ska beaktas att även om bedömningen och poängsättningen ska göras utifrån objektiva omständigheter, utesluter inte detta att den upphandlande enheten har ett visst bedömningsutrymme. Att det är möjligt att utifrån samma underlag göra en annan bedömning än den som gjorts av den upphandlande myndigheten, behöver således inte nödvändigtvis innebära att tilldelningskriterierna är bristfälligt utformade eller tillämpade.

Detta innebär dock inte att det enligt reglerna i ÄLUF skulle vara vedertaget (i meningen allmänt accepterat) att vid komplexa tjänsteupphandlingar endast ange en allmänt hållen poängskala, utan närmare beskrivning av de olika stegen i den använda poängskalan. Således är det visserligen riktigt att poängnivåerna inte behöver vara definierade på ett sådant exakt sätt som i det av beställaren angivna exemplet, d.v.s. att en bränsleförbrukning på X l/mil ger Y poäng. Däremot måste leverantörerna ges rimlig vägledning angående vad som krävs för att nå en viss poäng och hur de olika poängnivåerna är avgränsade från varandra.

Delkriterierna nivå och omfattning ger viss vägledning av vad som påverkar bedömningen i höjande respektive sänkande riktning. Överlag är dock ramarna för bedömningen väsentligen oklara. Nivåerna irrelevant svar (0 poäng) och bristfälligt svar (1 poäng) ger snarast intryck av att det skulle vara fråga om någon slags kvalificeringsmoment, där anbud som inte anses uppnå en högre nivå än dessa ska förkastas (t.ex. med motiveringen att leverantören inte lämnat begärt underlag). Nivåerna hög / betydande (3 poäng)

och fullständig / heltäckande (4 poäng) är så allmänt definierade att det inte kan utrönas vad som utmärker ett anbud som uppnår dessa nivåer. Detta gäller såväl hur de båda nämnda nivåerna förhåller sig till varandra, som vad som utmärker dem i förhållande till nivån godkänd / godtagbar.

Samlad bedömning

Mot bakgrund av vad som sagts ovan avseende tilldelningskriteriet kvalitet finner förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att beställaren brutit mot ÄLUF genom att uppställa tilldelningskriterier – d.v.s. tilldelningskriteriet kvalitet med dess underliggande kvalitetskriterier, underkriterier och delkriterier – som inte uppfyller de tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § ÄLUF. Detta kan ha påverkat anbudsprövningens utgång till bolagets nackdel och bolaget har därmed även förmått göra sannolikt att felet i upphandlingen medför att bolaget har lidit, eller kan komma att lida, skada i ÄLUF:s mening. Förutsättningarna för ett ingripande med stöd av ÄLUF är därmed uppfyllda. Då felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas är rättelse inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Annette Spjuth

Rådmannen Annette Spjuth har avgjort målen. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.