



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2018-06-18
Meddelad i Luleå

Mål nr
862-18

SÖKANDE

Centrala Buss i Norrbotten AB, 556419-2895

Ombud: Advokat Erik von Ahn
Advokaterna von Ahn AB
Pilgatan 6 G
903 31 Umeå

MOTPART

Piteå kommun
Svartuddsvägen 1
941 85 Piteå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Centrala Buss i Norrbotten AB:s ansökan om överprövning och beslutar att Piteå kommuns upphandling av ”Kollektivtrafik med buss 2019” ska göras om.

Dok.Id 100065

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsratten@lulea.dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Piteå kommun (kommunen) upphandlar genom öppet förfarande ”Kollektivtrafik med buss 2019” och av upphandlingsdokumenten framgår att anbudens skulle vara kommunen tillhanda senast den 12 april 2018.

Centrala Buss i Norrbotten AB (Centrala Buss) har den 10 april 2018 ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS INSTÄLLNING**Vad Centrala Buss framför**

Centrala Buss har i en skrivelse till kommunen uttryckt oro för att upphandlingsförutsättningarna innehåller brister i fråga om transparens och att upphandlingens slutförande därför kan fördröjas – oavsett vem som tilldelas upphandlingskontraktet.

Den valda formen för tilldelningsprövning lämnar i flera avseenden ett närmast obegränsat utrymme för godtyckliga bedömningar och det är för en normalt insatt leverantör omöjligt att förutse graden av mervärde för vart och ett av tilldelningskriterierna i ett anbud.

Upphandlingsförutsättningarna står i strid med LUF i följande tre avseenden.

1. Kriteriet Beskrivning av mervärde – Marknadsutveckling (Mycket stort mervärde)

Mycket stort mervärde ska tilldelas den leverantör som ”på ett mycket förtroendeskapande sätt ha presenterat en prissatt marknadsföringsplan för Piteå kommuns kollektivtrafik till en rimlig kostnad”. Vad som avses med ”förtroendeskapande sätt” och ”till en rimlig kostnad” finns inte beskrivet och upphandlingsförutsättningarna saknar därmed den konkretion som är nödvändig för att en normalt insatt leverantör ska kunna bedöma huruvida han kan utforma ett konkurrenskraftigt anbud eller inte. Vad som är ”ett förtroendeskapande sätt” och vad som är ”till en rimlig kostnad” blir upp till var och en av de enskilda jurymedlemmarna att bedöma. Av upphandlingsförutsättningarna framgår inte några principer för hur dessa kriterier ska bedömas.

Vid jämförelse med de lägre nivåerna av mervärde under samma kriterium är det rimligheten av kostnaden som är avgörande för vilken nivå av mervärde anbudsgivaren anses tillföra. Inte heller där finns preciserat hur graden av den omfrågade ”rimligheten” ska bedömas.

2. Kriteriet Beskrivning av mervärde – Informationsteknik (Mycket stort mervärde)

Mycket stort mervärde ska tilldelas den leverantör som har ”kunnat visa på mycket goda förutsättningar för innovativa lösningar”. Vad som avses med detta och hur det ska bedömas blir med den citerande formuleringen en fråga helt för den enskilde jurymedlemmen att bedöma. För leverantören finns inte någon möjlighet att kunna förutse kriteriets värde.

Det anges även att mycket stort mervärde ska tilldelas den leverantör vars biljetthanteringssystem ”kan tillhandahållas beställaren till en rimlig kost-

nad” samt att ”Realitetssystemet ska bedömas vara enkelt att använda för en stor del av resenärerna. Systemet kan tillhandahållas beställaren till en rimlig kostnad.”

Anbuden ska prövas mot värderingar som inte har preciserats. Det är därför inte möjligt för den enskilde leverantören att kunna förutse huruvida denne kan lämna ett anbud som når högsta nivå eller inte.

3. Kriteriet Beskrivning mervärde – Komfort och Attityd (Mycket stort mervärde)

Mycket stort mervärde ska tilldelas den leverantör som har *”kunnat visa på mycket smakfulla idéer för färgsättning och utformning av såväl fordonens interiör som exteriör”*. Det är inte möjligt att på förhand avgöra om en enskild jurymedlem kommer att bedöma idéerna som mycket smakfulla alternativt – smakfulla eller rimliga – vilket är definitionen vid de lägre graderna av mervärde. Kriteriet ger ett närmast obegränsat utrymme för subjektivitet och godtycke. Det är inte möjligt för den enskilde leverantören att kunna förutse huruvida denne kan lämna ett anbud som under detta tilldelningskriterium når högsta nivå eller inte.

Dessa ovan anförda omständigheter utgör – var och en – brott mot principen om transparens och därmed också mot 4 kap. 1 § LUF. Beträffande omständigheten under punkten 3 utgör det också brott mot principen om proportionalitet. Enligt upphandlingsdokumenten inkluderar utvärderingsmodellen *”mått av subjektivitet”*.

Centrala Buss, som deltar i upphandlingen, lider eller riskerar att lida skada på grund av bristerna i upphandlingen.

Vad kommunen framför

Centrala Buss har såväl i sin ansökan som i skrivelse till kommunen beskrivit hur de tolkat att anbudet ska utvärderas. Kommunen har inga invändningar till detta utan instämmer i beskrivningarna.

Den beskrivna utvärderingen är dock enligt kommunens mening tillräckligt transparent för utvärdering av jury. Kommunen har i upphandlingsdokumenten på ett tydligt sätt beskrivit hur de olika utvärderingskriterierna ska viktas inbördes. Kommunen har också beskrivit vem/vilka som ska utvärdera kriterierna. Kriterierna har även direkt koppling till föremålet för upphandlingen och till avtalsvillkoren i övrigt.

Vidare består juryn av medlemmar från olika delar av målgruppen resenärer, vilket också tydligt framgår av upphandlingsdokumenten. Detta kan anses rimligt med avseende på att ökat resande med buss förutsätter att invånarna i Piteå kommun väljer att åka buss.

Till sin hjälp i sina bedömningar har juryn haft ett frågeformulär med direkt koppling till upphandlingsdokumentens beskrivning av utvärdering. Juryn har endast haft till uppgift att bedöma anbudsgivarnas presentationer av ”Marknadsutveckling”, ”Informationsteknik” och ”Komfort och attityd” och har därför varken före eller efter anbudspresentationen fått information om övriga kriterier. Respektive jurymedlem har gjort sina egna utvärderingar varefter ett genomsnittligt omdöme delas ut. Med hänsyn till vad som framgår av frågeformuläret är kommunen av uppfattningen att juryn ges ett mycket begränsat utrymme för godtyckliga bedömningar och att anbudsgivare i mycket stor utsträckning bör kunna förutse graden av mervärde.

De aktuella kriterierna utgör inte heller mer än totalt 10 procent av utvärderingen. Kommunen anser att utvärderingsmodellen är både proportionell och tillräckligt transparent.

RÄTTSLIG REGLERING

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Av 20 kap. 6 § LUF framgår följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om utvärderingsmodellen strider mot de upphandlingsrättsliga principerna på så sätt som Centrala Buss gör gällande.

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer hur upphandlingsdokumenten ska utformas så länge detta inte strider mot LUF och dess grundläggande principer. Av transparens- och likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten ska utforma upphandlingsdokumenten så tydligt att en leverantör med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. En leverantör ska således redan vid utformningen av sitt anbud kunna förutse vad den upphandlande myndigheten begär, mot vilka kriterier anbudet kommer att utvärderas, vilken vikt kriterierna tillmäts och

hur kriterierna ska vägas. I det fall att upphandlingsdokumenten lämnar ett alltför stort utrymme för godtycke är det omöjligt för anbudsgivarna att kunna förutse vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid sin upphandling.

Av upphandlingsdokumentens **punkt 8.14 Utvärderingsfas** framgår följande gällande beskrivning av mervärde marknadsutveckling.

Beskrivning av mervärde – Marknadsutveckling

Mycket stort mervärde

Har på ett tydligt sätt beskrivit den egna organisationens kapacitet, kompetens och erfarenhet av marknadsföring och kommunikation där målsättningen varit att öka resandet med buss. Anbudsgivaren har egen informations-/kommunikations-/marknadsföringsavdelning med egen anställd personal. Anbudsgivaren har med konkret exempel kunnat påvisa ett referensobjekt där marknadsföring/kommunikation bidragit till ökat resande med buss. Vidare bedöms anbudsgivaren på ett mycket förtroendeskapande sätt ha presenterat en prissatt marknadsföringsplan för Piteå kommuns kollektivtrafik till en rimlig kostnad.

Mervärdesavdraget för mycket stort mervärde uppges vara 600 000 SEK.

Vad kommunen menar med ”*på ett mycket förtroendeskapande sätt*” och ”*till en rimlig kostnad*” framgår inte av upphandlingsdokumenten. Det finns enligt förvaltningsrättens mening utrymme för ett visst mått av subjektivitet men bedömningen av vad som är ”*mycket förtroendeskapande*” och vad som avses med ”*rimlig kostnad*” lämnar enligt förvaltningsrättens bedömning ett alltför stort utrymme för godtycke och subjektivitet när juryn ska genomföra sin utvärdering. Kommunen har inte gett sådan vägledning att anbudsgivarna i förväg kunnat förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Förvaltningsrätten anser därför att dessa delar av upphandlingsdokumenten inte är optimalt utformade och står i strid med principen om transparens på så sätt som Central buss gjort gällande.

Under samma punkt i upphandlingsdokumentet framgår följande avseende beskrivning av mervärde informationsteknik.

Beskrivning mervärde - Informationsteknik*Mycket stort mervärde*

Anbudsgivaren har kunnat visa på mycket goda förutsättningar för innovativa lösningar. Anbudsgivaren har ett eget biljettsystem och ett eget system för statistikhantering. Biljetthanteringssystemet är kompatibelt med Länstrafiken i Norrbottens system på sådant sätt att resenärerna inte behöver fler än en lösning för biljetthantering och busskort trots anslutningsresor. Biljetthanteringssystemet kan tillhandahållas beställaren till en rimlig kostnad. Vidare har anbudsgivaren redovisat tillgång till realtidssystem med app-lösning för resenärer. Realtidssystemet bedöms vara enkelt att använda för en stor del av resenärerna. Systemet kan tillhandahållas beställaren till en rimlig kostnad.

Mervärdesavdraget för mycket stort mervärde uppges vara 600 000 SEK.

Centrala Buss har här gjort gällande att bedömningen av vad kommunen avser med *”goda förutsättningar för innovativa lösningar”* blir helt upp till de enskilda jurymedlemmarna att bedöma. Förvaltningsrätten anser förvisso att kommunens avsikt att låta en bred grupp av resenärer ge sin subjektiva bedömning i delar av upphandlingsförfarandet inte står i strid med de upphandlingsrättsliga bestämmelserna. Det står dock inte kommunen fritt att ge sig själv en fri prövningsrätt vid utformningen av de kriterier som en jurygrupp ska förhålla sig till. Kraven på transparens och likabehandling får inte efterges vid utformningen av upphandlingsdokumenten och anbudsgivarna ska kunna förutse vad kommunen efterfrågar med de formuleringar som ges i upphandlingsdokumenten. Ett visst mått av subjektivitet kan således godtas men förvaltningsrätten anser dock inte att kommunen i de nu aktuella delarna på ett tillräckligt tydligt sätt beskrivit vad en jury kommer att tillmäta betydelse när den bedömer *”goda förutsättningar för innovativa lösningar”*.

Att biljetthanteringssystemet och realtidssystemet ska kunna tillhandahållas till *”en rimlig kostnad”* lämnar, enligt förvaltningsrättens mening, ett alltför stort utrymme för godtycke. Det finns heller inte gällande detta mervärde någon vägledning vad kommunen avser med *”rimlig kostnad”*. Utformningen av dokumenten strider således även här mot transparensprincipen.

Vad gäller beskrivning av mervärde komfort och attityd framgår följande under samma punkt 8.14.

Beskrivning mervärde – komfort och attityd

Mycket stort mervärde

Anbudsgivaren har kunnat visa på mycket smakfulla idéer för färgsättning och utformning av såväl fordonens interiör som exteriör.

Materialval interiört bedöms skapa mycket goda förutsättningar för att hålla fordonen hela, rena och fräscha under lång tid. Fordonen är utformade på sådant sätt att det finns mycket goda förutsättningar för god resandekomfort för stora delar av resenärerna samt även för chaufförerna.

Sammantaget bedöms beskrivningen av Attityd och komfort utföra mycket goda förutsättningar för ökat resande med buss i Piteå.

Mervärdesavdraget för mycket stort mervärde uppges vara 600 000 SEK.

Även vad gäller formuleringen att ”*anbudsgivaren har kunnat visa på mycket smakfulla idéer för färgsättning och utformning av såväl fordonens interiör som exteriör*” lämnas enligt förvaltningsrättens bedömning ett alltför stort utrymme för godtycke. Inte heller gällande detta mervärde finns någon vägledning vad kommunen avser att tillmäta betydelse vid utvärderingen. Utformningen av dokumenten står således även i denna del mot, i vart fall, transparensprincipen.

Slutsats

Förvaltningsrätten anser, mot bakgrund av det ovan anförda, att såsom kommunen valt att utforma upphandlingsdokumenten har anbudsgivarna inte fått tillräcklig information om vad kommunen värdesätter i den nu aktuella upphandlingen eller hur man ska kunna erhålla de olika mervärdesavdragen. Upphandlingsdokumenten i de aktuella delarna är följaktligen ottydligt utformade, lämnar ett alltför stort utrymme för godtyckliga bedömningar och står således i strid med transparensprincipen.

Dessa brister i upphandlingsdokumenten har medfört att anbudsgivare inte kunnat utforma och lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Centrala Buss som nu ansökt om överprövning har enligt domstolens mening därmed lidit eller riskerat att lida skada på grund av bristerna i upphandlingsdokumenten.

Eftersom bristerna hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta överklagande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga).

Marika Pernu
rådman

Carola Andersson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 prövnings-tillstånd 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.