



SÖKANDE

Centrala Buss i Jämtland/Härjedalen AB, 556462-5944
Hamngatan 19
831 34 Östersund

Ombud: Advokaten Sylvia Lindén och biträdande juristen Jens Nilsson
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB
Box 5421
114 84 Stockholm

MOTPART

Länstrafiken i Jämtlands Län Aktiebolag, 556437-0194
Hamngatan 14
831 34 Östersund

Ombud: Advokaten Eva-Maj Mühlenbock och biträdande juristen
Robin Heimdahl
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjnings-
sektorerna, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
20190306	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Länstrafiken i Jämtlands Län Aktiebolag (Länstrafiken) genomför, genom Region Jämtland Härjedalen, upphandlingen Regionbuss 2019, Jämtlands län med dnr RS/1019/2018. Uppdraget omfattar kollektivtrafik i form av 67 busslinjer i kommunerna Östersund, Krokom, Berg, Bräcke, Härjedalen och Strömsund. Upphandlingen genomförs med förhandlat förfarande där endast leverantörer som kommit in med ansökan och klarat prekvalificeringskraven fått möjlighet lämna anbud. Sex företag kvalificerades för att lämna anbud och av tilldelningsbeslut från den 27 augusti 2018 framgår att anbud kommit in från fyra av dessa. Samtliga fyra anbudsgivare godkändes. Efter utvärdering tilldelades Trönderbilene AS (Trönderbilene) avtalet. Nettbuss Aktiebolag (Nettbuss) kom på andra plats och Centrala Buss i Jämtland/Härjedalen AB (Bussbolaget) på tredje plats.

YRKANDEN M.M.

Bussbolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen rättas på så sätt att anbuden från Trönderbilene och Nettbuss förkastas och i andra hand att upphandlingen görs om.

Länstrafiken bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF 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 (20 kap. 6 § första stycket LUF).

Utredningen i målet

Av upphandlingsdokumenten framgår bl.a. följande:

2 ORDLISTA

Trafikuppdraget – Samtliga åtaganden enligt avtal.

3 SAMMANFATTNING AV UPPHANDLINGEN

3.2.1 Trafikuppdraget

Trafikföretaget skall ansvara för driften av den busstrafik som omfattas av upphandlingen. I detta ingår ansvar för personal, fordon och övrig utrustning som krävs för att utföra Trafikuppdraget. Trafikföretaget skall agera affärsmässigt och tjänstens utförande skall kännetecknas av hög kundkvalitet. För detta krävs serviceinriktade och välutbildade medarbetare. Trafikuppdraget omfattar en mycket stor del av Länstrafikens totala regiontrafik och sträcker sig över tio (10) år. Den stora omfattningen vad gäller både trafik och tid innebär att det är av yttersta vikt att det framtida Trafikföretaget är inriktade på att, tillsammans med Länstrafiken, utveckla Trafikuppdragets alla delar för att säkerställa att de uppsatta målen kan uppnås.

3.4 NÄRMARE OM TRAFIKUPPDRAGET

Trafikuppdraget omfattar de linjer som är förtecknade i bilaga 5, Trafikbeskrivning.

Trafikuppdraget omfattar årligen ca 1,7 miljoner resor och ca 5,1 miljoner tidtabellskilometer.

I Trafikuppdraget ingår inget övertagande av fordon eller depåer.

I Trafikuppdraget ingår att tillsvidareanställda bussförare på nuvarande Trafikföretag skall erbjudas anställning på nytt Trafikföretag.

Trafikuppdraget skall utföras med fordon som drivs med fossilfria bränslen som är 100 % förnybara och medför lägsta möjliga utsläpp av Koldioxid, CO₂.

Avtalstiden för trafikuppdraget är 10 år utan optionsår. Trafikstart är augusti 2019.

5 OBLIGATORISKA KRAV

5.3 ÖVERGRIPANDE KRAV REGIONBUSS 2019, JÄMTLANDS LÄN

5.3.1 Fordon

1. Anbudsgivare skall beskriva vilka förarassistanssystem som Trafikuppdragets fordon är utrustade med.

8. Internetuppkopplingen, se krav ovan, skall under hela avtalstiden upplevas av användarna som rimligt bra. Detta innebär att prestandan skall följa den tekniska utvecklingen och skapa förutsättningar för en god användarupplevelse hos resenärerna. Anbudsgivaren skall i anbudet beskriva hur detta skall uppnås.

5.3.3 Övrigt

7. Anbudsgivare skall ansvara för hanteringen av hittegodis för Trafikuppdraget. Anbudsgivare skall i anbudet beskriva hur denna rutin kommer att hanteras.

8 INFORMATIONSSYSTEM

8.3 AUTOMATISK PASSAGERARRÄKNING

8.3.2 Rapportering och data

Anbudsgivaren skall med samma frekvens som för Realtidssystem ovan rapportera till Länstrafiken avseende:

- Informationsinnehåll
- Detaljgrad
- Frekvens

Anbudsgivaren skall som en del av anbudet lämna förslag på hur denna rapportering kan ske.

Data som APC-utrustningen genererar skall utgöra Länstrafikens egendom. Anbudsgivare skall ges full tillgång till dessa data.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Förvaltningsrätten prövar om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LUF. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan och domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69). De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LUF och unionsrätten inte träds förnär.

Bussbolaget har i första hand anfört att Trönderbilene och Nettbuss anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen varför upphand-

lingen ska rättas och deras anbud ska förkastas. I andra hand anförs att upphandlingen ska göras om då det råder oklarhet kring begrepp i upphandlingsdokumenten och vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärdering av mervärde samt att utvärderingsmodellen strider mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Förvaltningsrätten kommer härefter att behandla de olika grunderna var för sig.

Ska upphandlingen rättas?

Uppfyllnad av obligatoriska krav

Bussbolaget anför att Trönderbilene och Nettbuss inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och anbuden borde därför ha förkastats. Länstrafiken har beslutat att belägga större delen av Trönderbilene och Nettbuss anbud med sekretess. Bussbolaget har därför endast fått ta del av rubrikerna i de delar av anbuden där uppfyllande av de obligatoriska kraven beskrivs. Av den informationen framgår inte att Trönderbilene och Nettbuss har beskrivit på vilket sätt de uppfyller de obligatoriska kraven om 1) vilka förarassistanssystem fordonen är utrustade med, 2) hur anbudsgivaren säkerställer att prestandan avseende internetuppkopplingen följer den tekniska utvecklingen och skapar förutsättningar för en god användarupplevelse hos resenärerna, 3) vilken rutin för hittegods som finns samt 4) en beskrivning om rapportering och data. Bussbolaget gör gällande att det föreligger en icke-uppfyllelse av de i punkten 5.3 angivna obligatoriska kraven i Trönderbilene och Nettbuss anbud. Länstrafiken har handlat i strid med LUF när anbuden ändå har utvärderats. Bussbolaget har inte efterfrågat att få ta del av affärshemligheter, syftet är enbart att tillvarata bolagets rättigheter enligt LUF.

Förvaltningsrätten ska se till att ett mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver (8 § förvaltningsprocesslagen [1971:291], FPL). Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) uttalar i sin dom HFD 2015 ref. 55 att om en leverantör som ansökt om överprövning åberopar uppgifter till stöd för sin talan som

leverantören inte lyckats få ut från den upphandlande enheten måste domstolen pröva om uppgifterna krävs för att upphandlingsförfarandet ska kunna granskas effektivt. Om uppgifterna krävs för en effektiv granskning är domstolen skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från myndigheten (se även C-450/06, Varec och t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 358-17.)

Länstrafiken anför att anbudet från Trönderbilene och Nettbuss uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och att inga konkreta omständigheter som visar på annat har anförts i målet. Av handlingar som Länstrafiken lämnat in till förvaltningsrätten framgår att Trönderbilene och Nettbuss beskrivit förarassistanssystem, internetuppkoppling, hittegods samt rapportering och data. Länstrafiken har alltså inte handlat i strid med LUF när anbudet utvärderats. Bussbolaget begärde ut anbudet kort efter att tilldelningsbeslutet meddelades. Länstrafiken lämnade då ut delar av anbudet men belade delar med sekretess eftersom beskrivningarna innehåller affärshemligheter. Bussbolaget begärde inte något överklagbart beslut.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning

Bussbolaget menar att Trönderbilene och Nettbuss anbud inte uppfyller kraven i de delar som behandlar förarassistanssystem för fordonen, internetuppkoppling, rutin för hittegods samt beskrivning om rapportering och data. Bussbolaget kan inte närmare ange bristerna i anbudet då bolaget inte fått ta del av anbudet i sin helhet. Länstrafiken har beslutat att belägga större delen av anbudet med sekretess men har skickat in en maskerad version av anbudet till förvaltningsrätten där rubriker framgår i klartext men i övrigt med maskerad text under rubrikerna. Länstrafiken har också anført att leverantörerna under rubrikerna redovisat sina förslag.

Av de delar av Trönderbilenes anbud som förvaltningsrätten tagit del av framgår att det finns beskrivningar inom följande områden;

- system för miljövänlig körning och minskat skadeomfång s. 21-26,
- trådlös internetaccess (wifi) s. 27,
- förarassistanssystem s. 41-42,
- internet s. 42,
- internetuppkopplingen s. 43,
- hittegoods s. 52-53.

Av de delar av Nettbuss anbud som förvaltningsrätten tagit del av framgår ett liknande upplägg.

Av utvärderingsprotokollet framgår bl.a. att Länstrafiken genomgående för båda anbuden har gjort bedömningen att beskrivningarna omfattar de delar som efterfrågats.

I den åberopade domen från Kammarrätten i Stockholm, mål nr 358-17, hade den upphandlande myndigheten efterfrågat en avancerad och detaljerad teknisk beskrivning som skulle innehålla illustrerande bilder eller ritningar över system där dimensionerade mått, placering av knappar, reglage, delkomponenter, anslutningar m.m. samt systemens placering i olika byggnader skulle framgå tydligt.

Kraven i de punkter som Bussbolaget invänt mot i huvudsak är inte sådana att en omfattande mängd avancerade tekniska detaljer, bilder, ritningar m.m. har varit obligatoriska att ha med i beskrivningarna. Förvaltningsrätten uppfattar det som att anbuden under rubrikerna innehåller text där anbudsgivarna rimligtvis bör ha angett information i enlighet med vad som framgår av rubrikerna. Det saknas således anledning att ifrågasätta att Trönderbilene och Nettbuss under respektive rubrik redovisat de uppgifter som rubriken anger.

Med hänsyn till att de efterfrågade uppgifterna och beskrivningarna i de aktuella obligatoriska kraven är relativt öppna och allmänt hållna skulle en granskning av den fullständiga texten inte tillföra förvaltningsrättens bedömningen något ytterligare. Det ska inte göras någon utvärdering av svaren utan endast konstateras om frågorna besvarats eller inte. Förvaltningsrätten anser sig ha de uppgifter som behövs för en effektiv granskning i målet och bedömer därför att ytterligare uppgifter, dvs. anbuden, inte behöver hämtas in varför det saknas anledning att ta in anbuden.

Förvaltningsrätten gör mot bakgrund av ovanstående bedömningen att anbuden i de delar som ifrågasatts av Bussbolaget uppfyller de obligatoriska kraven i aktuella punkter i upphandlingsdokumenten. Det saknas därför skäl att på de av Bussbolaget anförda grunderna utesluta Trönderbilene och Nettbuss från utvärderingen. Ansökan ska avslås i denna del.

Ska upphandlingen göras om?

Vad gäller frågan om upphandlingen ska göras om behandlas först frågan om otydliga begrepp.

Otydligt definierade begrepp

Bussbolaget anför att ett flertal begrepp i utvärderingen har varit otydligt eller överhuvudtaget inte definierade. Det finns t.ex. ingen förklaring till vad som avses med begreppen tillförlitlig och hållbar eller vad som krävs av leverantörerna för att uppnå dessa begrepp. Bussbolaget ifrågasätter inte att begreppet trafikuppdraget har definierats i upphandlingsdokumenten, definitionen finns i ordlistan i avsnitt 2. Men därefter förekommer begreppet i två avsnitt till med skiftande innehåll (avsnitt 3.2.1 och 3.4). Nu i efterhand hänvisar Länstrafiken till branschdokumentet ”Partnersamverkan för en förbättrad kollektivtrafik, Modellavtal 2016”. Någon hänvisning till branschdokumentet görs inte i upphandlingsdokumenten. Att Länstrafiken nu efter att

upphandlingen har avslutats försöker definiera begreppet framstår som anmärkningsvärt.

Busbolaget delar inte Länstrafikens uppfattning att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna veta vad som ska beskrivas t.ex. under Mervärde – Trafikuppdraget (avsnitt 16). Den oklara definitionen har lett till att anbudsgivarna varit tvungna att tolka begreppet. Det har t.ex. gjorts att anbudsgivare i sin beskrivning av hur de vill utveckla trafikuppdraget i princip har getts fria tyglar att beskriva framtida förhållanden. Länstrafiken menar också att begrepp som tidtabellsarbetet, information till resenärer och andra intressenter samt förbättring av den totala kundupplevelsen är vedertagna uttryck för allmänt språkbruk och att dessa inte behöver någon ytterligare beskrivning för att anbudsgivarna ska förstå vad som avses. Det är helt grundlöst. Det är ostridigt att begreppen inte förekommer i upphandlingsdokumentens ordlista. Länstrafiken har därmed lämnat det helt öppettill anbudsgivarna vad som ska beskrivas och begreppen kan fyllas med i princip vilket innehåll som helst. Det är inte en enkel uppgift för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare då dessa begrepp inte är vedertagna eller uttryck för allmänt språkbruk och inte heller har någon tydlig branschdefinition. Mot bakgrund av ovanstående finns en uppenbar risk för att anbudsgivare som gör en retoriskt skicklig framställning premieras och ges en otillbörlig fördel framför t.ex. en anbudsgivare som beskriver innehåll som är av faktisk betydelse för upphandlingsföremålet.

Om det inte är klart vad som ska beskrivas går det inte heller att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Då anbudsgivarna fått ett allt för stort utrymme att göra tolkningar av vilka uppgifter som efterfrågas får Länstrafiken anbud med beskrivningar av olika ämnen eller lösningar av allehanda utvecklingar av kollektivtrafik. Det innebär en alltför stor risk för att svaren skiljer sig så pass mycket åt att de inte kan läggas till grund för en rättvisande jämförelse.

Svårigheten att förstå vad som efterfrågats leder till att Länstrafiken fritt kan jämföra ”äpplen och päron” vid utvärderingen.

Länstrafiken anför att det inte stämmer att ett flertal begrepp i upphandlingen inte är entydigt definierade. Begreppet trafikuppdraget är tillräckligt väl definierat i upphandlingen (avsnitten 3.2.1 och 3.4) och begreppet är dessutom ett standardbegrepp i branschen. Begrepp som tidtabellsarbetet, information till resenärer och andra intressenter samt förbättring av den totala kundupplevelsen är vedertagna för yrkesverksamma i branschen och uttryck för allmänt språkbruk som inte behöver ytterligare beskrivning för att anbudsgivarna ska förstå vad som avses. Partnersamverkan för en förbättrad kollektivtrafik är en organisation för olika aktörer inom kollektivtrafikområdet och bakom organisationen står bl.a. de nationella branschorganisationerna Svensk Kollektivtrafik och Sveriges Bussföretag. Ett av organisationens uppdrag är att ta fram modellavtal för alla som arbetar med kollektivtrafik i Sverige. Modellavtalet som använts i den aktuella upphandlingen är alltså framtaget i samråd med berörda parter och standard i branschen. Avtalet har varit en del av upphandlingen från början vilket också framgår i upphandlingsdokumenten (bilagan Allmänna villkor, produktion och Resandebuss och Spår H4). Länstrafiken har inte försökt definiera några begrepp i efterhand. Det ligger i sakens natur att anbudsgivare under momentet ”innovativ” kan komma att presentera olika beskrivningar om hur de avser att vidareutveckla trafikuppdraget. Att anbudsgivare kommer med olika lösningar för framtida utmaningar måste ses som något positivt.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning.

Bussbolaget menar att ett flertal begrepp i upphandlingsdokumenten är otydliga och anser att det medför en risk för att en anbudsgivare som gör en retoriskt skicklig framställning får en otillbörlig fördel samt att Länstrafiken riskerar att få in anbud med allehanda beskrivningar av kollektivtrafik som skiljer sig så pass mycket åt att de inte kan jämföras på ett rättvisande sätt.

Länstrafiken menar att begreppet trafikuppdraget finns definierat i upphandlingsdokumenten och att övriga aktuella begrepp är vedertagna för yrkesverksamma i branschen samt uttryck för allmänt språkbruk som inte behöver ytterligare beskrivning för att anbudsgivarna ska förstå vad som avses. Länstrafiken menar också att upphandlingsdokumentet bygger på ett modellavtal framtaget i samarbete med branschorganisationer inom svensk kollektivtrafik och att i det fall att anbudsgivare under momentet innovativ skickar in beskrivningar av hur de avser att vidareutveckla trafikuppdraget så måste det ses som något positivt med tanke på framtida utmaningar på området.

Förvaltningsrätten har tagit del av upphandlingsdokumenten och finner inte att det finns sådana brister som bör kunna påverka en anbudsgivares möjligheter att inkomma med ett konkurrenskraftigt anbud. Det ligger i sakens natur att en skickligare framställning kan ha företräde framför en mindre skicklig. Även om en retoriskt skicklig framställning i vissa fall kan ge en fördel delar inte förvaltningsrätten Bussbolagets farhågor om att de aktuella upphandlingsdokumentens innehåll skulle göra att ett anbud med innehåll av faktisk betydelse för den sakens skull inte skulle kunna konkurrera på ett likvärdigt sätt. Detsamma gäller för det fallet att anbudsgivare inkommer med beskrivningar av olika sätt att utveckla trafikuppdraget. Vad Bussbolaget anfört visar inte att de aktuella uttrycken är så otydliga att de utgör ett brott mot LUF.

Utvärderingsmodellen

Bussbolaget anför att utvärderingsmodellen har öppnat för en godtycklig bedömning av anbuderna som inte kunnat förutses av anbudsgivarna och strider därför mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LUF. Anbudsgivarna ska i en plan beskriva hur man i samverkan med Länstrafiken ska utveckla ett antal områden. Utvecklingen

ska leda fram till målsättningen fler och mer nöjda kunder. Det finns inte någon vägledning avseende hur bedömningen av beskrivningarna ska göras annat än att det kommer att bedömas om planen är realistisk, baserad på tidigare erfarenheter, om den är baserad på beprövad metodik, innovativ och heltäckande. Mycket korta beskrivningar önskas. Beskrivningarna ska bl.a. även innehålla information om komplett förslag till samverkansavtal, planeringsprocess, arbetssätt, uppföljning och resurser, bemanning samt samverkan. Anbuderna ska sedan utvärderas genom bedömning av en arbetsgrupp med hjälp av en betygsskala och olika påslag eller mervärden.

Det förklaras inte vad i den valda modellen som ska styra mot målsättningen fler och mer nöjda kunder. EU-domstolen har slagit fast att utvärderingsmodeller som inte möjliggör för anbudsgivare att utläsa hur utvärderingen ska ske inte är förenliga med de grundläggande principerna (C-532/06, Lianakis m.fl.) samt att den upphandlande myndigheten måste lämna så mycket information om hur utvärderingen ska gå till att anbudsgivare kan förutse vad som kommer att tillmätas betydelse (C-19/00, SIAC Construction). Bussbolaget ifrågasätter inte att en upphandlande myndighet har en frihet att utforma utvärderingsmodeller och att även ej optimala modeller kan accepteras (jfr RÅ 2010 ref. 78), men utvärderingsmodellen ska under alla förhållanden vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Det framgår av tilldelningsbeslutet och upphandlingsdokumenten (avsnitt 4.15.7) att Länstrafiken inte kommer att utvärdera lämnade beskrivningar avseende tidtabellsarbetet, information till resenärer och andra intressenter samt förbättring av den totala kundupplevelsen. Det framgår dock varken av upphandlingsdokumenten eller tilldelningsbeslutet hur Länstrafiken hanterar den överskottsinformation som utvärderingsmodellen genererar eller hur den eventuellt är av betydelse för utvärderingen. Det är därför inte möjligt för anbudsgivaren att förstå varför Länstrafiken önskat kostsamma beskrivningar som sedan inte utvärderats.

Den valda utvärderingsmodellen har mycket vaga och övergripande indikationer på vad som ska beskrivas. Modellen saknar förankring i branschen då andra upphandlande enheter motiverar innehållet i respektive betygssteg och motiverar vilka kriterier som kommer att vara avgörande för att uppnå det aktuella betyget. Det framgår inte att modellen är baserad på forskning och beprövad erfarenhet. Då den aktuella upphandlingen omfattar ett tioårigt trafikavtal med totalt kontraktsvärde om ca en miljard kronor motiverar det en modell som är baserad på forskning och beprövad erfarenhet. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2361-16 som Länstrafiken hänvisar till avser en upphandling genom förenklat förfarande, dvs. under tröskelvärdena vilket inte är jämförbart med en komplex upphandling över tröskelvärdena.

Betygsskalan saknar ramar vilket möjliggör en godtycklig bedömning av anbudsgivarnas beskrivningar. Det är inte möjligt att utifrån betygsnivåerna i upphandlingsdokumentet veta vad som utmärker ett anbud på en viss betygsnivå. Anbudsgivarna har därför inte kunnat veta vad som krävs för att erhålla ett visst betyg. Avsaknaden av ramar märks t.ex. i tilldelningsbeslutets motiveringar till varför en viss anbudsgivare har erhållit ett visst betyg. Dessa motiveringar saknar helt grund i upphandlingsdokumenten och länstrafiken har för att rädda situationen försökt förankra betygen i värderingsgrunderna på ett för anbudsgivarna oförutsebart sätt. Vad gäller Bussbolagets anbud har Länstrafiken t.ex. citerat materiella delar ur beskrivningen, även ur sekretessbilaga affärshemligheter. Uppgifterna har exponerats och kritiserats i förhållande till vad Länstrafiken först vid tilldelningsbeslutet ansett att anbudsgivarna ska beskriva. I motiveringarna av de andra anbudsgivarnas mervärdesbeskrivningar ges inte någon som helst ledning av vad det är som beskrivits och som genererat ett mervärde. I stället ges en svepande värdering och högsta betyg. Länstrafiken har bedömt olika anbudsgivares rätt beträffande affärshemligheter på olika sätt. Bussbolaget åberopade redan vid kvalificeringen teknisk och yrkesmässig kapacitet från

samtliga bolag som ingår i beskrivningarna. Motiveringen är därför felaktig från upphandlings-, bolags- och affärsrättsligt håll och visar att Länstrafiken haft ett annat förhållningssätt vid utvärderingen av Bussbolagets anbud jämfört med övriga anbudsgivares anbud.

Mervärdespåslagen är avgörande för vilken leverantör som tilldelas kontraktet då påslagen är höga. Det får stor effekt i bussbranschen som har små marginaler och ger Länstrafiken ett stort utrymme för en skönmässig bedömning. Enligt principen om likabehandling krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter och att samtliga ska veta vilka villkor som gäller för förfarandet. Kravet på öppenhet innebär också att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade på ett klart och tydligt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (C-171/15, Connexxion).

Bussbolaget har inte kunnat avgöra vad Länstrafiken tillmäter betydelse i upphandlingen och har därför fråntagits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud utan otydligheterna i upphandlingen. Bussbolagets uppfattning om mervärdespåslagen har inte tillkommit i efterhand vilket visas av att bristerna påtalats redan i ett tidigare överprövningsmål avseende en identisk utvärderingsmodell. Upphandlingsrätten ger inte Bussbolaget någon möjlighet att försöka förhandla om utvärderingsmodellen (se 6 kap. 4 § LUF). Vad gäller innehållet i 7 § förhandlingsprotokollet så delar inte bussbolaget Länstrafikens uppfattning om att det var oklarheter avseende upphandlingen i stort som avsågs med denna paragraf. Länstrafiken har använt den här punkten från förhandlingstillfället lösryckt från sitt sammanhang.

Det finns en omfattande praxis från kammarrätterna vad gäller utvärderingsmodeller där det inte varit möjligt att utläsa vad den upphandlande enheten

tillmåter betydelse vid tilldelningen av ett betyg som genererar ett mervärde. Exempelvis vaga och otydligt formulerade kriterier som strider mot principen om transparens (Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 192--196-18) och avsaknad av ledning vid poängsättning av anbud, dvs. vad leverantörerna ska uppnå för att tilldelas en viss poäng eller vad som utmärker en viss nivå (Kammarrätten i Jönköpings domar i mål nr 751-16 och 6154-17 m.fl.).

Länstrafiken anför att den upphandlande myndigheten har stor frihet att själv utforma sin upphandling och skäl att ingripa finns först när bedömningarna görs i strid med upphandlingsdokumenten eller i strid med de allmänna principerna (RÅ 2010 ref. 78 samt Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2361-16).

Utvärderingsmodellen är utformad på sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. C-19/00, SIAC Construction, p.42.). Utvärderingsmodellen strider således inte mot de grundläggande principerna i LUF. Bussbolaget menar att det inte varit möjligt att veta vad anbudsgivarna ska beskriva och att det har funnits en diskrepans mellan vilken typ av beskrivning som efterfrågats och vilka kriterier som utvärderats. Upphandlingsdokumenten (avsnitt 16) innehåller en detaljerad beskrivning av den information som efterfrågas av anbudsgivarna för att uppnå det övergripande målet om fler och mer nöjda kunder. Vidare har det redan från början stått klart att utvärderingen endast ska ske i förhållande till vissa parametrar. Dessa parametrar är tydliga och anknyter till den beskrivning som anbudsgivarna ska ange under avsnittet. Utvärderingen har således skett på ett förutsebart sätt och varje leverantör har med utgångspunkt i underlaget kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Bussbolaget påstår att det inte är möjligt att utläsa vad som utmärker ett anbud på en viss betygsnivå eller vad som tillmäts betydelse när ett visst betyg

ska tilldelas. Det framgår dock tydligt av upphandlingsdokumenten att anbud tilldelas ett betyg mellan 1 och 3 utifrån om de bedöms som tillförlitliga och hållbara (avsnitt 4.15.7). Anbudena bedöms som tillförlitliga och hållbara om beskrivningarna är realistiska, baserade på tidigare erfarenheter och beprövad metodik, innovativa och heltäckande (avsnitt 16). Vad som ska bedömas och utifrån vilka parametrar framgår således tydligt i upphandlingsdokumenten. Det kan också konstateras att en myndighet inte är skyldig att upplysa anbudsgivare om vilken bedömningsmetod myndigheten kommer att tillämpa när den värderar anbuderna (jfr C-6/15, TNS Dimarso).

Utvärderingstexterna i tilldelningsbeslutet överensstämmer med vad som skulle utvärderas enligt upphandlingsdokumenten. Det framgår tydligt hur utvärderingen har gått till och vad som legat till grund för betygssättningen. Av utvärderingsmodellen framgår att anbud som bedöms skapa förutsättningar för en mindre tillförlitlig och hållbar plan (dvs. det sämsta betyget) får ett påslag om 20 procent av genomsnittligt anbudspris. Av sekretesskäl var Länstrafiken förhindrad att lämna ut alltför mycket information. I de fall anbuderna bedömdes uppfylla kraven för högsta betyg gavs ingen särskild motivering till bedömningen. Endast i de fall där ett anbud inte höll tillräckligt hög kvalitet gavs närmare motivering. I det aktuella fallet fick Bussbolagets anbud ett påslag om 10 procent eftersom det uppvisade brister och därför inte bedömdes som fullständigt tillförlitligt och hållbart. Det berodde delvis på att Bussbolaget vid förhandlingarna och i sitt anbud hänvisat till trafikuppdrag i vilka bolaget inte var avtalspart då beskrivningar baserade på tidigare erfarenheter efterfrågats. Länstrafiken påpekade detta under förhandlingarna med Bussbolaget. Erfarenheterna var inte heller specificerade, utvecklade och exemplifierade och beskrivningen av vilka mål som skulle kunna uppnås med hjälp av tidigare erfarenheter var otillräcklig. Det fanns också som framgår av tilldelningsbeslutet andra skäl till varför inte Bussbolaget tilldelades högsta betyg.

Oavsett upphandlingsföremålets omfattning och komplexitet måste en utvärderingsmodell vara transparent. Inom kollektivtrafiken finns dock ingen etablerad branschstandard att förhålla sig till avseende utvärderingsmodeller vilket innebär att modellerna kan se olika ut beroende på vilken myndighet som utformar dem. Den valda modellen är klar och tydlig i vad den efterfrågar och värdesätter samtidigt som den leder till det mest rättvisa resultatet. Det stämmer inte att den aktuella modellen är densamma som den i tidigare upphandling. Det framgår om man jämför de olika upphandlingsdokumenten, den nuvarande modellen är mycket mer tydlig och utförlig.

Sammanfattningsvis får det konstateras att anbudsgivarna informerats om de kriterier och villkor som kommer att tillämpas för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr C-6/15, TNS Dimarso, p. 21). Upphandlingsdokumenten måste anses tillräckligt transparenta för att anbudsgivarna ska kunna avgöra vilken information som efterfrågats och vad som tillmäts betydelse. Upphandlingen har också skett med ett förhandlat förfarande enligt LUF och det bör vara ostridigt att utvärderingsmodellen inte diskuterades under förhandlingen mellan parterna. Det stod även klart att parterna var överens om att inga ytterligare oklarheter eller frågeställningar fanns i upphandlingen (7 § förhandlingsprotokollet). Av upphandlingens Frågor och svar framgår att det inte är någon anbudsgivare som har ställt frågor om utvärderingsmodellen. Samtliga andra anbudsgivare har tolkat underlaget på ett likartat sätt och presenterat fullgoda beskrivningar av det som erfordras. Bussbolagets argumentation utgör i stora delar allmän kritik mot hur Länstrafiken valt att formulera sitt behov i upphandlingen. Kritiken kan dock inte hänföras till något särskilt upphandlingsrättsligt fel och under alla förhållanden är det inte visat att det förelegat någon transparensbrist.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning

Det är den upphandlande enheten som bestämmer vad den önskar upphandla utifrån de behov som föremålet för upphandlingen ska tillgodose. Det innebär också att den upphandlande enheten har stor frihet att bestämma den utvärderingsmodell som på ett godtagbart sätt kan leda till att den upphandlade tjänsten eller varan motsvarar det behov som upphandlingen ska tillgodose. Det väsentliga är att upphandlingsdokumenten är så klart och tydligt utformade att en leverantör kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse. Vidare ska utvärderingsmodellen vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat så att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas (jfr RÅ 2002 ref. 50). Det finns inte något hinder mot att använda en s.k. mervärdesmodell, dvs. där resultatet av en bedömning av kvalitetskriterier omvandlas till ett betyg eller poäng som sedan läggs till grund för fiktiva pristillägg eller fiktiva prisavdrag.

En upphandlande myndighet får enligt EU-domstolen tillämpa en skala vid bedömningen av tilldelningskriterier utan att denna skala offentliggjorts i anbudsinfordran eller i upphandlingsdokumenten, förutsatt att skalan inte medför att den relativa viktningen av kriterierna ändras (C-6/15, TNS Dimarso). Enligt denna dom är den upphandlande myndigheten inte skyldig att i upphandlingsdokumenten upplysa anbudsgivarna om den bedömningsmetod som tillämpas för att konkret värdera och klassificera anbuden.

Det finns enligt LUF inte heller 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. Anbudsgivarna måste dock ges rimlig vägledning angående vad som krävs för att nå ett visst betyg och hur de olika betygsnivåerna är avgränsade från varandra. Även om utvärdering och tilldelning av betyg ska göras utifrån objektiva omständigheter utesluter inte detta att den upphandlande enheten har ett visst bedömningsutrymme.

Vad gäller mervärdet anges i den i målet aktuella utvärderingsmodellen vilka som kommer att genomföra utvärderingen, att det är det slutliga anbudet som lämnas efter avslutad förhandling som kommer att utvärderas och att bedömningen sammanfattas med hjälp av en betygsskala. Betyget påverkar i sin tur om ett påslag görs vid anbudsutvärderingen. Flera anbud kan er hålla samma betyg. Betygsskalan är 1, 2 eller 3, där 1 är bästa betyg och 3 är sämsta. För att få det bästa betyget ska anbudsgivarens beskrivning skapa förutsättningar för en fullständigt tillförlitlig och hållbar plan för att generera nöjdare och fler kunder samt för utveckling och styrning av trafikuppdraget, avtalet och samarbetet. Vid det här betyget ges inget påslag. För betyg två ska anbudsgivarens beskrivning skapa förutsättningar för en delvis tillförlitlig och hållbar plan för samma områden som ovan. Vid betyg 2 ges ett påslag om 10 procent. Betyg 3 ges om anbudsgivarens beskrivning bedöms skapa förutsättningar för en mindre tillförlitlig och hållbar plan för samma områden. Vid betyg 3 ges ett påslag om 20 procent. Påslaget beräknas som en procentsats på medelvärdet för de godkända anbudens anbudspriser.

Den utvärderingsmodell som presenteras i upphandlingsdokumenten ger ett visst utrymme för subjektiva bedömningar hos den upphandlande enheten. Modellen är dock överblickbar och tydligt presenterad. Det framgår klart vilka som utvärderar, vad som utvärderas, definitioner av de tre olika betygsstegen samt vad som gäller för mervärde och påslag. Förvaltningsrätten anser att det borde stå klart för en anbudsgivare vad som ska beskrivas och vad som menas med att beskrivningen ska vara realistisk, baserad på tidigare erfarenhet och metodik, innovativ och att beskrivningen ska vara heläckande. Vad gäller betygsstegen torde det vara klart vad som skiljer mellan ”fullständigt tillförlitligt” ”delvis tillförlitligt” och ”mindre tillförlitligt”. Enligt förvaltningsrättens mening borde en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare efter att ha tagit del av utvärderingsmodellen och

de övriga upphandlingsdokumenten i sin helhet ha en uppfattning om vad Länstrafiken har valt att belysa och fästa uppmärksamhet vid och därmed kunna förstå vad som kan vara betydelsefullt för Länstrafiken vid bedömningen av anbudet. Anbudsgivarna har också haft möjlighet att vid förhandling och via upphandlingens Frågor och svar ställa frågor eller be om förtydligande i det fall något i upphandlingsdokumenten upplevts som otydligt. Förvaltningsrätten bedömer att det av utvärderingsmodellen går att utläsa hur utvärderingen ska gå till och på ett rimligt sätt förstå vad som tillmäts betydelse.

Mot bakgrund av ovanstående får upphandlingsdokumenten och utvärderingsmodellen anses vara tillräckligt tydliga för att en anbudsgivare ska kunna lämna ett anbud som såväl till innehåll som till utformning är konkurrenskraftigt. En annan sak är att en anbudsgivare inte mer exakt kan förutse utfallet av utvärderingen på förhand. Detta är emellertid inte något som behöver uppfyllas för att upphandlingsdokumenten och utvärderingsmodellen ska följa principen om öppenhet eller transparens. Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Bussbolaget inte gjort sannolikt att Länstrafiken brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen i LUF och det finns därför inte skäl till ingripande mot upphandlingen i denna del.

Sammanfattning

Det saknas därmed enligt förvaltningsrätten skäl att ingripa mot upphandlingen med stöd av 20 kap. 6 § LUF på de grunder Bussbolaget har anfört varför ansökan om överprövning ska avslås.

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

Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Erika Nyman Jonsson.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

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

Vilken dag går tiden ut?

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

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

Gör så här

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

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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

