

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2008-02-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2305-08
Rotel 551

SÖKANDE

Swebus Aktiebolag, 556057-0128
Solna Strandväg 78
171 54 Solna

KONKURRENSVERKET	
2008 -02- 26.	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell, jur. kand. Jenny Liljeson och
jur. kand. Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Aktiebolaget Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683
Lindhagensgatan 100
105 73 Stockholm

Ombud: Advokat Joakim Lavér och jur. kand. Olof Larsberger
Linklaters Advokatbyrå AB
Box 7833
103 98 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten avslår Swebus Aktiebolags ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 307099

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Aktiebolaget Storstockholms Lokaltrafik (SL) har genomfört två upphandlingar avseende busstrafik i avtalsområdena Vallentuna/Sigtuna/Upplands Väsby och Ekerö. I tilldelningsbeslut avsänt från SL den 18 december 2007 beslutade den upphandlande enheten att anta annat anbud än anbud från Swebus Aktiebolag (Swebus).

Swebus ansöker om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling och yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering sker varvid Swebus, som har lämnat det lägsta anbudspriset, ska tilldelas kontrakt. I andra hand yrkar Swebus att upphandlingen ska göras om. Swebus yrkar också att länsrätten interimistiskt ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Som grund för sin talan anför Swebus i huvudsak följande.

SL:s utvärderingsmetod, den s.k. SIQ-modellen, är oförutsebar, icke-transparent och strider mot kravet på affärsmässighet. Modellen ger SL en fri prövningsrätt som SL också har nyttjat. Att det handlar om ett förbestämt beslut och inte beslut efter en lagenlig prövning understryks av direktupphandlingen som nu ska genomföras med SL:s vinnare, dvs. Arriva. Utvärderingskriteriet verksamhetsutveckling är så oklart utformat och tillämpat att SL ska använda sig av tilldelningskriteriet "lägsta pris" i stället för "ekonomiskt mest fördelaktiga". SL:s utvärderingsmodell är utformad på ett sätt som leder till ett godtyckligt resultat och ger SL en fri prövningsrätt. Utvärderingsmodellen strider mot transparensprincipen vilken inryms i den s.k. huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om då den av SL tillämpade utvärderingsmodellen strider mot gällande upphandlingsdirektiv eftersom kriterierna totalpris och verksamhetsutveckling inte har viktats. Viktning är ett krav och

artikel 55 har s.k. direkt effekt. SL:s agerande är i strid med LOU och har medfört att bolaget har lidit, eller i vart fall riskerar att lida, skada.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kontrakt kommer att tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn taget till kriterierna totalpris och verksamhetsutveckling. SL tillämpar en modell för utvärdering av trafikutövers verksamhetsutveckling som baseras på Institutet för Kvalitetsutvecklings ("SIQ") utvärderingsmodell för kundorienterad verksamhetsutveckling ("SIQ-modellen"). SL:s modell är emellertid en förenklad variant av SIQ-modellen som används i syfte att utvärdera anbudsgivarnas uppsatta mål avseende verksamheten i upphandlingen.

Utvärderingskriteriet verksamhetsutveckling består av sex stycken underkriterier; ledarskap, information, planering, medarbetarnas utveckling och delaktighet, verksamhetens processer och kundtillfredsställelse. Dessa sex underkriterier är i sin tur indelade i 17 punkter som respektive anbudsgivare ska besvara. Svaren bedöms av en panel av tre s.k. examinatorer från SL och SIQ utifrån tre parametrar; angreppssätt, tillämpning samt utvärdering och förbättring. Vid utvärderingen deltar tre examinatorer, i den verkliga SIQ-modellen ska sex examinatorer delta. Dessa tre examinatorer poängsätter individuellt anbudsgivarnas beskrivningar. De individuella bedömningarna skiljer sig oundvikligen från varandra då anbudsgivarna gett skiftande svar på respektive fråga. Skillnaderna mellan de individuella bedömningarna har därför behandlats vid s.k. konsensusmöten då examinatorerna gemensamt enats om en enhetlig poängsättning.

All offentlig upphandling ska genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och med iakttagande av de grundläggande principerna om transparens, likabehandling, proportionalitet och icke-diskriminering vilka inryms i principen om affärsmässighet vilken kommer till uttryck i 1 kap. 4 § LOU. Ändamålet med de regleringar som styr of-

fentlig upphandling är att upprätthålla en effektiv konkurrens. Huvudregeln för antagande av anbud kommer till uttryck i 1 kap. 22 § LOU där det anges att antingen det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt eller det anbud som har lägst pris ska antas. SL har i förfrågningsunderlaget angett att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt ska antas i upphandlingen. Bolaget har lämnat lägst pris i upphandlingen. Regeringsrätten har i mål RÅ 2002 ref. 50 bland annat uttalat att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara så beskriven att varje anbudsgivare förstår vad som ska tillmätas betydelse. Detta betyder således att om en anbudsgivare inte av förfrågningsunderlaget kan utläsa hur denne ska utforma sitt anbud, för att lämna ett så bra anbud som möjligt och därmed ha en chans att vinna kontrakt i upphandlingen, eller hur anbudet kommer att utvärderas, är kraven på förutsebarhet och transparens inte uppfyllda.

Den av SL i upphandlingen använda utvärderingsmodellen, som innebär att tre examinatorer individuellt ska bedöma respektive anbud för att sedan jämkna ihop de individuella bedömningarna, lämnar stort utrymme för godtyckliga överväganden. SL har på så sätt reserverat sig fri prövningsrätt vilket inte är förenligt med de grundläggande principerna i LOU. Anbudsgivarna har ingen möjlighet att förutse hur deras respektive anbud kommer att bedömas eller vad som slutligen kommer att avgöra vilken poäng anbudet tilldelas vid konsensusmötet. SL har inte i förfrågningsunderlaget angett vad en anbudsgivare ska uppfylla eller hur en fråga ska besvaras för att en viss poäng ska erhållas. Frågorna för respektive underkriterium är diffust utformade och anbudsgivarna kan inte utifrån dem utläsa hur de ska besvaras för att de ska kunna lämna ett så effektivt och konkurrenskraftigt anbud som möjligt.

Högsta domstolen har i NJA 1998 s 873, Arkitektjänst ./ Heby kommun, uttalat att "...går det inte att av de i underlaget lämnade uppgifterna utröna vilka omständigheter, utöver anbudspriset, som kommunen tillmätte betydelse för upphandlingen. Kommunen hade därför enligt 6 kap 12 § 1 st LOU inte möjlighet att, när anbudsförfarandet fullföljdes, anta något annat anbud än det med lägsta anbudspris; att kommunen inför upphandlingen hade angivit att lägsta pris inte var avgörande saknar därvid betydelse." Inte heller i nu aktuellt fall går det att utröna vilka omständigheter som kommer att tillmätas betydelse. Bolaget gör således gällande att förfrågningsunderlaget med avseende på anbudsutvärderingen är så oklart formulerat att utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet omöjligen kan tillämpas i upphandlingen. SL ska istället tillämpa utvärderingsgrunden lägsta pris med stöd av de principer som följer av den nyss citerade s.k. Hebydomen. Avsaknaden av en tillräckligt transparent utvärderingsmodell har gjort det omöjligt för bolaget att lämna ett så ekonomiskt fördelaktigt anbud som möjligt. Förfarandet strider mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och mot den där inrymda principen om förutsebarhet och transparens. Därmed ska upphandlingen rättas på sådant sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs med tillämpning av utvärderingsgrunden lägsta pris. Eftersom bolaget har offererat det lägsta priset ska bolaget tilldelas kontrakt.

Av Kommentaren till lagen om offentlig upphandling, Hentze & Sylvén, 1998, s. 81 framgår att "[i] kravet på affärsmässighet ligger bland annat att låta leverantörerna tävla om vem som kan anpassa sig bäst till ställda krav. Det är då viktigt att förfrågningsunderlaget har en godtagbar standard. För att kunna iaktta objektivitet och icke-diskriminering vid anbudsförfarandet är det absolut nödvändigt att inte avvika från vad som krävs i förfrågningsunderlaget. Det är därför viktigt att målen/kraven är klart och entydigt beskrivna i förfrågningsunderlaget. Vidare är det viktigt att en rimlig kravnivå fastställs på det som ska upphandlas." Detta betyder således att om en an-

budsgivare inte av förfrågningsunderlaget kan utläsa hur denne ska utforma sitt anbud, för att lämna ett så bra anbud som möjligt och därmed ha en chans att vinna kontrakt i upphandlingen, eller hur anbudet kommer att utvärderas, är kraven på förutsebarhet och transparens inte uppfyllda.

Genomgående i utvärderingen har bolaget på ett flertal punkter för parametern tillämpning fått kommentaren "hur mätning går till är oklart". Detta är dock inte en bedömning av parametern tillämpning utan av parametern angreppssätt. Bolaget kan inte i denna del förstå hur SL har utvärderat bolagets anbud avseende parametern tillämpning av respektive underkriterium.

SIQ-modellen är främst ett verktyg med vars hjälp en organisation själv kan utvärdera och förbättra sin egen verksamhet. Bolagets uppfattning är att SIQ-modellen är utmärkt för det för modellen avsedda ändamålet – att hjälpa leverantörer att kontinuerligt hålla hög kvalitet på sin verksamhet och sina tjänster samt bedriva ett fortlöpande förbättringsarbete. Däremot förefelas dess syfte då den används för att utvärdera kvalitet och för att få ett jämförelsematerial för att kunna bedöma om en leverantör har högre kvalitet än en annan. Bolaget ifrågasätter också lämpligheten av att mäta kvalitet med hjälp av den av SL använda förenklade formen av SIQ-modellen. Utfallet av SL-modellen leder till olika stora kvalitetsbristpåslag, som varierar beroende på vilket pris anbudsgivaren offererar. Modellen mäter endast kvalitet "på pappret" och saknar helt förankring i verkligheten, eftersom SL:s modell till skillnad från SIQ-modellen inte innehåller momentet revision, dvs. det moment som ska säkerställa att det som anges faktiskt överensstämmer med verkligheten. Hur modellen sedan fungerar i verkligheten är något som SL kommer att få erfara först efter ingånget avtal med vinnande anbudsgivare. Bolaget ifrågasätter därför om valet av modell är lämpligt och om SL med denna modell når önskat syfte, nämligen att få upphandlade tjänster utförda på bästa sätt. Användningen av modellen i utvärderingssyfte kan leda till att den anbudsgivare som har använt sig av de bästa konsulterna på

SIQ-området får det lägsta kvalitetsbristpåslaget, oavsett om det som anges i anbudet är rimligt eller ens trovärdigt. Eftersom nästkommande upphandling och utvärdering inte tar hänsyn till eventuellt gjorda revisioner medför detta att bolag kan specialisera sig på att skriva om kvalitet enligt SL:s anvisningar istället för att de facto leverera den och på så vis säkerställa kommande anbudsvinster. Modellen saknar således verklighetsförankring och leder inte bara till orättvisa och orimliga resultat utan riskerar att leda till att kvaliteten i SL-trafiken försämras.

Utvärderingsmodellen som innebär att tre examinatorer individuellt ska bedöma respektive anbud för att sedan jämkas ihop de individuella bedömningarna lämnar stort utrymme för godtyckliga överväganden. SL har på så sätt reserverat sig fri prövningsrätt vilket inte är förenligt med de grundläggande principerna i LOU. De s.k. konsensusmöten som hållits mellan examinatorerna för att enas om den poäng respektive anbudsgivare ska tilldelas har inneburit att anbudsgivarna inte har vetat vad som avgjort vilken poäng de slutligen tilldelats för respektive kriterium. Vidare innebär modellen stor risk för att anbudsgivarna inte behandlas lika. Omständigheter som i en anbudsgivares fall gör att bedömningen "tippar över" till en högre poäng kan för en annan anbudsgivare innebära att den tilldelas en lägre poäng. Utvärderingsmodellen leder således inte till ett rättvisande resultat där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Anbudsgivare kan inte dra några lärdomar av deltagande i tidigare upphandlingar för att kunna utforma ändamålsenliga anbud. Inte heller kan anbudsgivare som inte tidigare deltagit i upphandlingar där den aktuella modellen har använts förutse hur SL gör sin bedömning genom att studera tidigare upphandlingsmaterial och anbud. Därutöver har utvärderingsmodellen som sådan gett SL ett stort utrymme för godtyckliga bedömningar. Anbudsgivarna har inte haft någon möjlighet att förutse hur deras respektive anbud skulle komma att bedömas eller vad som slutligen skulle komma att

avgöra vilken poäng anbudet tilldelas vid konsensusmötet. SL har inte i förfrågningsunderlaget angett vad en anbudsgivare ska uppfylla eller hur en fråga ska besvaras för att en viss poäng ska erhållas. Frågorna för respektive underkriterium är diffust utformade och anbudsgivarna kan inte utifrån dem utläsa hur de ska besvaras för att de ska kunna lämna ett så effektivt och konkurrenskraftigt anbud som möjligt.

SL har vid två tidigare tillfällen tillämpat den aktuella utvärderingsmodellen, dels under år 2005 i en upphandling avseende linjebusstrafik i Södertälje, Järfälla/Upplands Bro, dels under 2006 i en upphandling avseende linjebusstrafik i Solna/Sundbyberg, Sollentuna och Nynäshamn. Bolaget, som deltagit i samtliga upphandlingar där utvärderingsmodellen samt tillämpningen av den förenklade SIQ-modellen har använts, har i samtliga utvärderingar tilldelats olika poäng för samma slags lösningar. Ett antal beskrivningar av lösningar som använts i tidigare upphandlingar för vilka bolaget, för så sent som två år sedan, har erhållit högsta möjliga poäng har i denna upphandling bedömts vara bristfälliga och därigenom renderat kvalitetsbristpåslag. Bolaget, som vinnlägger sig om att kontinuerligt arbeta med kvalitetsutveckling/förbättring och att på ett tydligt sätt beskriva sitt kvalitetsarbete, kan inte dra några slutsatser om vad SL lägger särskild vikt vid eller vad SL efterfrågar beträffande kvalitet eftersom SL:s bedömning har varierat från gång till annan. Bolaget kan inte heller dra lärdom av de tidigare upphandlingarna och förbättra sina i och för sig redan mycket välutvecklade anbud eftersom SL:s bedömningar av bolagets anbud varierar från en upphandling till en annan. Detta faktum innebär vidare att den av SL använda utvärderingsmodellen inte är transparent ens för SL. Bolaget vill också tillägga att det i arbetet med sitt anbud har haft hjälp av experter på SIQ-modellen och att dessa har kommit fram till att bolaget ska tilldelas högre poäng än vad SL:s examinatorer har kommit fram till. De av bolaget använda konsulterna, av SIQ utsedda utvärderingsledare, har mycket stor erfarenhet av SIQ-modellen och borde kunna bedöma den poäng bolaget

ska tilldelas. Att så inte har varit möjligt pekar också på att den av SL använda modellen är oförutsebar och därmed i strid med LOU.

Trots identiska kommentarer av två kriterier vid utvärderingen har bolaget tilldelats olika poäng. Det är för bolaget helt oförklarligt hur exakt samma kommentarer kan leda till olika resultat. Detta torde vara obegripligt även för SL.

SL anger i sitt förfrågningsunderlag att SL ska anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån de två kriterierna (i) totalpris samt (ii) verksamhetsutveckling. Av EG-direktivet för försörjningssektorn (2004/17/EG), vilken SL tillhör, följer av artikel 55.2 - som har direkt effekt och vilken SL således är bunden av och skyldig att följa - följande. När tilldelning sker utifrån principen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande enheten ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes. I 12 kap. 2 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2007:1092) "Försörjningslagen", vilken bygger på direktiv 2004/17/EG, anges att "[d]en upphandlande enheten ska ange hur sådana kriterier som anges i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga." I prop. 2006/07:128, s. 406 anges avseende viktning att "viktningen kan exempelvis, om kriterierna är kvalitet och pris bestämmas till 70 respektive 30 procent". EG-domstolen påminner i sitt avgörande av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Emm. G. Lianakis AE m.fl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl, om att direktiv 92/50 syftar till att säkerställa att de upphandlande myndigheterna inte diskriminerar de olika tjänsteleverantörerna. Enligt EG-domstolen resulterar principen om likabehandling i en skyldighet att möjliggöra insyn i ett upphandlingsförfarande. Om ett kontrakt ska tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska de upphandlande myndigheterna enligt artikel 36.1 i direktivet ange vilka kriterier de avser att tillämpa i kontraktet eller i meddelandet om upphandling. Om

möjligt ska detta ske efter angelägenhetsgrad med det viktigaste först. Av EG-domstolens dom i nyss nämnda mål punkten 36 framgår följande: ”mot bakgrund av skyldigheten att möjliggöra insyn som följer härav, att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra”. Mot bakgrund av kravet på likabehandling ska alla potentiella anbudsgivare därför ha insyn i upphandlingen så de vet hur de ska utforma sina anbud. De måste därför i förväg få veta vilka uppgifter de upphandlande myndigheterna kommer att beakta i valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och deras vikt i förhållande till varandra. Mot bakgrund av ovanstående ifrågasätter bolaget om SL:s utvärderingsmodell verkligen lever upp till kravet på att utvärderingskriterierna ska vara viktade.

Anbudsgivarnas uppfyllelse av kvalitet bedöms genom kriteriet verksamhetsutveckling och den av SL använda förenklade SIQ-modellen. Bristande uppfyllelse av kvalitetsdelen eller verksamhetsutvecklingsdelen leder till ett kvalitetsbristpåslag. Det pris respektive anbudsgivare offererat har sedan räknats upp genom ett kvalitetsbristpåslag. Anbudsgivarna kan således inte på förhand utläsa vilken vikt respektive utvärderingskriterium, pris och verksamhetsutveckling, har i utvärderingen. Inte heller har SL rangordnat utvärderingskriterierna eller på annat sätt angett vilket av de två kriterierna som kommer att tillmätas störst betydelse. Exakt samma kvalitetsuppfyllnad leder till olika stort kvalitetsbristpåslag beroende på vilket pris anbudsgivarna har offererat. Detta beror på att den bristande uppfyllelsen multipliceras med respektive pris för att få fram ett påslag. Det är varken förenligt med transparens- eller likabehandlingsprincipen att detta påslag varierar utifrån vilket pris som lämnas. Det är tydligt att SL inte har viktat de två kriterierna, vilket innebär en överträdelse av upphandlingslagstiftningen

som lett till att bolaget har lidit skada. Det finns således också på denna grund skäl för länsrätten att förordna att upphandlingen ska göras om.

SL bestrider Swebus yrkanden och anför i huvudsak följande.

SL har tillämpat en utvärderingsmodell som är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. SL har i förfrågningsunderlaget på ett utförligt och tydligt sätt angett vilka omständigheter som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbuderna samt i detalj redogjort för hur denna utvärdering kommer att gå till. SL har utvärderat anbuderna i enlighet med förfrågningsunderlaget på ett sätt som garanterar likabehandling av anbudsgivarna. Den av SL tillämpade utvärderingsmodellen uppfyller kravet på viktning. Upphandlingen uppfyller således kraven enligt de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och därigenom även principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Vare sig LOU eller gemenskapsrätten innehåller några regler för hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad eller hur anbudsutvärderingen ska gå till. Ska det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas, som i de i målet aktuella upphandlingarna, ankommer det emellertid på den upphandlande enheten att ange i förfrågningsunderlaget samtliga utvärderingskriterier som kommer att påverka utvärderingen. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 bekräftat det ovanstående och uttalat att det i LOU uppställda kravet på affärsmässighet och gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens, får anses innebära att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest

fördelaktigt antas. Regeringsrätten uttalade vidare att det måste anses tillräckligt att anbudsgivarna med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt bud. En upphandlande enhet har således mycket stor frihet när det gäller att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas i en upphandling. Att det är på det sättet är också nödvändigt för att en upphandlande enhet ska kunna förverkliga sina målsättningar och visioner med det kontrakt som ska upphandlas.

De nu aktuella upphandlingarna avser busstrafik i områdena Ekerö respektive Vallentuna, Sigtuna och Upplands Väsby. SL har strävat efter att skapa en långsiktig och stabil affärsrelation med trafikutövarna, baserad på en gemensam ambition att göra SL-trafiken ännu mer attraktiv såväl för dem som reser med SL som för dem som än så länge väljer bilen. SL har under senare tid lagt ned ett omfattande utvecklingsarbete beträffande trafikupphandlingar, vilket bland annat tagit sig uttryck i förstärkt fokus på resenärerna och på den löpande verksamhetsutvecklingen hos SL och trafikutövarna. Detta är bakgrunden till att SL har valt en utvärderingsmodell som innebär att långtgående skall-krav rörande alla delar av verksamheten och den efterfrågade trafiken ställs på anbudsgivarna samtidigt som utvärdering sker av (i) totalpris och (ii) verksamhetsutveckling, dvs. hur anbudsgivarna, i förhållande till SL, styrkt sin förmåga att utveckla sin verksamhet och sitt kvalitetsarbete under avtalstiden. För att utvärdera anbudsgivarnas förmåga att bedriva verksamhetsutveckling har SL valt att tillämpa en utvärderingsmodell som bygger på den s.k. SIQ-modellen. SL:s utvärderingsmodell syftar till att på ett systematiskt sätt mäta och utvärdera hur anbudsgivarna vid anbudstillfället avser att, om de vinner upphandlingen, arbeta internt med att säkerställa en god verksamhetsutveckling, vilket i förlängningen kommer att leda till att verksamheten uppvisar goda resultat. Det som utvärderas vid anbudsutvärderingen är med andra ord anbudsgivarnas planerade angreppssätt och planerade tillämpning, vilket i och för sig ger besked

om anbudsgivarnas förmåga att i framtiden säkerställa en god verksamhetsutveckling, och inte nivån på anbudsgivarnas nuvarande verksamhet. Att så är fallet framgår uttryckligen av förfrågningsunderlaget. En annan sak är att utvärderingsmodellen också möjliggör för SL att under kontraktstiden kontrollera att den vinnande anbudsgivaren arbetar internt på ett sätt som säkerställer en god verksamhetsutveckling och att anbudsgivarens sätt att arbeta också leder till att verksamheten uppvisar goda resultat.

Förfrågningsunderlagen för de i målet aktuella upphandlingarna är omfattande och innehåller dels detaljerade beskrivningar av de trafikupdrag som SL avser att upphandla och de skall-krav som SL ställer på anbuderna, dels en mycket utförlig beskrivning av den utvärderingsmodell som de facto har tillämpats i upphandlingen. Därutöver innehåller förfrågningsunderlaget samtliga avtalsvillkor och diverse information som har bedömts kunna vara till nytta för anbudsgivarna i form av faktauppgifter och prognoser för respektive avtalsområde. Som framgår ovan är de kriterier som har varit föremål för utvärdering dels totalpris, dels verksamhetsutveckling. Endast kriteriet verksamhetsutveckling utgör ett kvalitetskriterium. Förfrågningsunderlaget innehåller en mycket noggrann beskrivning av hur den verksamhetsbeskrivning som har legat till grund för utvärdering skulle utformas och vilken information den skulle innehålla. Detta har gjorts särskilt tydligt genom att ett frågeformulär har intagits i förfrågningsunderlaget, där det framgår i detalj hur respektive vilken information som ska lämnas. Som Swebus redan har redogjort för i målet har sex stycken underkriterier, dvs. ledarskap, information, planering, kompetensutveckling och medarbetarnas delaktighet, verksamhetens processer samt kundtillfredsställelse beskrivits i förfrågningsunderlagen och tillämpats i samband med prövningen av anbuderna. Alla sex underkriterier tar sikte på anbudsgivarnas planerade angreppssätt och tillämpning med avseende på den planerade verksamheten och är avsedda att utvärdera just detta. Ett sjunde kriterium – verksamhetens resultat – tillkommer vid den kontrollutvärdering som är tänkt att äga rum under

kontraktets löptid och ingår således inte i utvärderingen av anbudet. Detta sjunde kriterium ger besked om vilket resultat som den vinnande anbudsgivarens arbete med verksamhetsutveckling har gett och är avsett att användas som ett verktyg för det löpande kvalitetsarbete som kontraktet föreskriver att den vinnande anbudsgivaren ska bedriva. De sex utvärderingskriterier som tillämpats vid utvärderingen av anbudet är väl lämpade för att utvärdera det som SL inför kontraktstilldelningen har avsett att utvärdera, dvs. anbudsgivarnas förmåga att bedriva systematiskt och framgångsrikt arbete för verksamhetsutveckling inom ramen för det trafikuppdrag som upphandlingen avser. Den närmare innebörden av de sex underkriterierna som tillämpats vid prövningen av anbudet framgår tydligt av de beskrivningar av respektive underkriterium som finns intagna i frågeformuläret och de sammanlagt 17 frågeområden/punkter som rör de olika underkriterierna. Dessutom innehåller förfrågningsunderlaget en utförlig beskrivning av de grundläggande värderingar som modellen är baserad på. Underkriterierna har bedömts på grundval av de sammanlagt 17 frågeområdena/punkterna. Bedömningen har skett utifrån tre olika dimensioner. Innebörden av dessa tre dimensioner finns noggrant beskriven i förfrågningsunderlaget. Även principerna för poängsättning av de olika dimensionerna och den inbördes viktningen för underkriterierna under de tre olika dimensionerna finns noggrant beskrivna i förfrågningsunderlagen. Förfrågningsunderlaget innehåller även en schematisk beskrivning av hur utvärderingsprocessen kommer att gå till. Viktigt att notera i sammanhanget är att det under anbudstiden inte har inkommit några frågor från anbudsgivarna rörande tolkningen av den verksamhetsbeskrivning som legat till grund för utvärderingen av anbudsgivarnas verksamhetsutveckling. Detta talar för att anbudsgivarna inte har haft några svårigheter med att förstå vilken information SL har efterfrågat och hur denna information ska presenteras när det gäller just verksamhetsutveckling. SL har i praktiken svårt att se hur det är möjligt att beskriva en utvärderingsmodell och principerna för hur betygsättning ska ske på ett mer detaljerat sätt än vad SL gjort. Det är inte möjligt för en upphandlande en-

het att förutse vad marknaden har att erbjuda i olika avseenden varför det inte kan krävas att en upphandlande enhet ska specificera i förfrågningsunderlaget exakt vad som krävs av olika svar för att ett visst betyg ska erhållas. Swebus påståenden om att såväl de frågeområden/punkter som de sex underkriterierna har bedömts utifrån som den poängskala som har tillämpats är för diffust utformade saknar därför förankring i verkligheten. Det är viktigt att notera att utvärderingsmodeller som är avsevärt mindre transparenta än den i målet aktuella har godtagits i praxis. Ett exempel är den utvärderingsmodell som var föremål för Regeringsrättens bedömning i RÅ 2002 ref. 50 där den upphandlande enheten hade utvärderat och poängsatt underkriterier som inte hade redovisats i förfrågningsunderlaget.

I utvärderingen av anbuden har totalt ett tjugotal ämnesspecialister inom olika områden medverkat. Dessa personer har varit såväl anställda inom SL-koncernen som externa konsulter. Ämnesspecialisterna har granskat väl avgränsade ämnesområden som exempelvis säkerhet och miljöledning, för att säkerställa att anbuden uppfyller de av SL uppställda skall-kraven. Andra ämnesspecialister har utvärderat kvalitetskriteriet verksamhetsutveckling. För att möjliggöra en bred läsning av anbuden har ämnesspecialisterna haft tillgång till anbuden i dess helhet, dock inte till anbudspriset. Utvärderingen av kvalitetskriteriet verksamhetsutveckling har hållits helt skild från utvärderingen av övriga delar av anbuden i syfte att undvika att kvalitetsutvärderingen påverkas av de prisuppgifter och den information som framgår av anbuden i övrigt. Utvärderingen av pris har genomförts av ett fåtal personer inom projektledningen. Utvärderingen av kvalitetskriteriet verksamhetsutveckling har gjorts av en grupp bestående av fyra personer från SIQ med stor erfarenhet av utvärderingsarbete i olika branscher nationellt och internationellt samt av fyra erfarna medarbetare från SL. Varje anbud har utvärderats av ett team bestående av två personer från SIQ och två personer från SL. För att säkerställa likabehandling och kalibrering av utvärderingsmetoden och nivåbedömningarna, genomgick samtliga team-

medlemmar, före det att utvärderingen skulle äga rum, en tre dagar lång utbildning som bl.a. omfattade genomgång av modellen, metoden för utvärdering samt enskild och gemensam utvärdering av ett praktikfall. Utvärderingen av kvalitetskriteriet verksamhetsutveckling har ägt rum genom en på förhand bestämd procedur som skett i tre olika steg. Det första steget har bestått i att varje medlem i teamet gjort en individuell utvärdering av varje anbud utifrån kriterierna i förfrågningsunderlaget, vilken har innefattat nedtecknande av kommentarer beträffande varje dimension av samtliga frågeområden. Dessa kommentarer har i ett senare skede tjänat som underlag för nivåbedömningen. De individuella utvärderingarna har sammanställts till bruttolistor som innehåller samtliga kommentarer och poäng. Det andra steget består i ett gemensamt sammanträde där teamet enas om vilka kommentarer som är relevanta och utifrån dessa görs en ny poängsättning. Konsensus ska uppnås beträffande varje kommentar och poäng. Det tredje steget har bestått i att tre av de fyra personerna från SIQ hållit ett avslutande avstämningssammanträde för att säkerställa att samtliga anbud har fått en likvärdig bedömning. Detta har skett genom att samtliga anbud och deras respektive poäng har jämförts med varandra i syfte att säkerställa en rättvis poängfördelning.

Alla utvärderingsmodeller som har ett kvalitativt moment innehåller ett visst mått av subjektiv bedömning. Alla former av subjektiv bedömning kan i någon mån variera beroende på vem som gör bedömningen. Det är omöjligt att utforma ett förfrågningsunderlag där det framgår exakt vad som ska uppnås för att ett anbud ska erhålla ett visst kvalitetsbetyg, förutom möjligen då det är fråga om mycket små upphandlingar av okomplicerade varor och tjänster. Styrkan i den av SL tillämpade utvärderingsmodellen ligger i att anbudsgivarna får helt klart för sig vilka omständigheter som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbuden. Dessutom har utvärderingen av anbuden skett enligt en metod som säkerställer att syftet med ut-

värderingsmodellen upprätthålls och att samtliga anbudsgivare tillförsäkrats likabehandling.

Av det ovan anförda framgår att Swebus påståenden om att utvärderingsmodellen skulle vara otydlig och lämna utrymme för godtyckliga bedömningar kan lämnas därhän. Därutöver ska framhållas att det framgår av gemenskapsrättslig praxis (C-448/01 EVN och Wienstrom) att det inte är möjligt att korrigera en utvärderingsmodell i efterhand. Bristen i en utvärderingsmodell kan endast föranleda åtgärder enligt 7 kap. LOU på så sätt att upphandlingen görs om. Swebus yrkande om rättelse saknar således även av denna anledning grund.

Swebus påstår att anbudsgivare inte kan dra några lärdomar av deltagande i tidigare upphandlingar för att kunna utforma ett ändamålsenligt anbud och att anbudsgivare som inte tidigare deltagit i upphandlingar där den aktuella modellen har använts inte heller kan förutse hur SL gör sin bedömning genom att studera tidigare upphandlingsmaterial. Påståendet ger en missvisande bild över det verkliga förhållandet. De anbudsgivare som har deltagit i samtliga de upphandlingar där den aktuella utvärderingsmodellen har använts har successivt erhållit högre poängnivåer. Det föreligger således ett empiriskt samband mellan erfarenhet av deltagande i tidigare upphandlingar och ökad poängdelning vid utvärderingen av "verksamhetsutveckling". Den nu aktuella utvärderingsmodellen är identisk med den utvärderingsmodell som användes vid upphandlingarna avseende trafikeringssområdena Södertälje och Järfälla/Upplands Bro år 2005 och Solna/Sundbyberg, Sollentuna och Nynäshamn år 2006. Swebus anger att man deltagit i samtliga upphandlingar där den aktuella utvärderingsmodellen har använts och att man i samtliga utvärderingar har tilldelats olika poäng för samma slags lösningar. Det ska i detta sammanhang hållas i åtanke att utvärderingen utgår från de beskrivningar som anges i respektive anbud. Skiftande beskrivningar från

en upphandling till en annan kan således också självklart rendera i olika poäng. Upplysningsvis kan nämnas att Swebus i stor omfattning har lämnat helt olika beskrivningar i förevarande upphandlingar jämfört med de beskrivningar som Swebus lämnade i de upphandlingar då den aktuella utvärderingsmodellen användes förra gången. Det ska även understrykas att det är de beskrivningar och lösningar som presenteras vid aktuellt upphandlingstillfälle som är relevant för poängsättningen. Avgörande härvid är att lika lösningar som olika anbudsgivare presenterar vid samma anbudstillfälle bedöms lika. Detta säkerställs genom kalibrering då olika svar jämförs med varandra.

Swebus anmärker även på det förhållandet att man för utvärderingsdimensionen tillämpning på ett flertal punkter erhållit kommentaren "hur mätning går till är oklart". Av förfrågningsunderlaget framgår klart att beskrivningen avseende tillämpning ska styrka att valda arbetsätt och metoder kommer att tillämpas. Ett sätt att styrka en planerad tillämpning är att mål finns för tillämpningen och att mätningar planeras som är relaterade till valda arbetsätt och metoder. Aktuella kommentarer är således relevanta vid utvärderingen av utvärderingsdimensionen tillämpning. Swebus anser sig vidare ha visat på "utvärderingsmodellens brister och ofullkomlighet" genom att peka på det förhållandet att Swebus, beträffande vissa frågeområden, erhållit samma kommentarer men olika poäng. Detta är emellertid inte ett uttryck för godtycke utan snarare resultatet av den mångfacetterade diskussion med många infallsvinklar som föregått poängsättningen och som lämnat ett intryck hos var och en av team-medlemmarna. Kommentarererna är ägnade att ge en vägledning för hur utvärderingen gått till liksom att också peka på styrkor och förbättringsområden i respektive svar. Kommentarererna är emellertid allmänt hållna och exempelvis kan begreppet "flertal" syfta till ett visst antal i ett givet läge och till ett annat antal i ett annat läge. Det yttersta betyget på ett givet svar är dock naturligtvis själva poängen ifråga. Att, såsom Swebus påstår, "experter" på SIQ-modellen kommit fram till att Swe-

bus ska tilldelas högre poäng än vad SL:s examinatorer kommit fram till är inte något belägg för att den tillämpade utvärderingsmodellen inte skulle vara tillräckligt transparent.

Swebus påstår att syftet med SIQ-modellen förfelas då den använts till att utvärdera kvalitet. SL får här först erinra om att SIQ-modellen och den av SL använda utvärderingsmodellen inte är samma sak. Emedan den förra tar sikte på nuvarande eller historisk kvalitet är den senare framåtblickande. Det som SL har utvärderat i de aktuella upphandlingarna är det ledningssystem som anbudsgivarna planerar att tillämpa vid genomförandet av de trafikuppdrag som upphandlingarna avser och detta har skett på grundval av den information som anbudsgivarna har presenterat i sina respektive anbud. Dessa skillnader mellan SIQ-modellen och den av SL använda utvärderingsmodellen innebär emellertid ingalunda att kvaliteten i ett planerat system inte skulle kunna utvärderas med hjälp av den av SL använda, modifierade varianten av SIQ-modellen.

Swebus gör vidare en sak av just det förhållandet att den av SL använda modellen är framåtblickande. I upphandlingar där den upphandlande enheten har för avsikt att utvärdera anbudsgivarnas verksamhet eller organisation är det emellertid givet att utvärderingen måste ta sikte på den verksamhet eller organisation som anbudsgivarna planerar att använda sig av vid utförandet av det uppdrag som upphandlingen avser. Att utvärdera anbudsgivarnas befintliga verksamhet eller organisation vid tidpunkten för anbudet är dessutom inte ändamålsenligt då avsikten, som i detta fall, är att utvärdera verksamhetsutvecklingen inom ramen för det trafikuppdrag som upphandlingen avser. Det är vidare så att endast utvärderingskriterier som har anknytning till kontraktetsföremålet, dvs. det som ska upphandlas, är förenliga med gemenskapsrätten. Att använda sig av utvärderingskriterier som avser att utvärdera anbudsgivarna, vilket det skulle bli frågan om ifall ut-

värderingen tog sikte på anbudsgivarnas befintliga verksamhet eller organisation, är inte tillåtet. En annan sak är att det inom ramen för kvalificeringen av anbudsgivarna sker en kontroll av att de uppfyller de formella krav som SL uppställer. Det nyss anförda innebär att det i upphandlingssammanhang både är ändamålsenligt och nödvändigt att en upphandlande enhet utvärderar planerade åtgärder. Vidare är det i upphandlingssammanhang alltid så att det som utvärderas inom ramen för utvärderingen av anbuden ska vara det som anbudsgivarna har redovisat i sina respektive anbud. Något annat sätt att genomföra anbudsutvärderingen skulle inte vara förenligt med LOU och gemenskapsrätten. Det är därför ingenting anmärkningsvärt med att den anbudsgivare vars beskrivning av sin förmåga att bedriva en effektiv verksamhetsutveckling som har bedömts som bäst också har erhållit högst poäng i samband med utvärderingen. Det ska framhållas att det i alla upphandlingar finns en risk för att den vinnande anbudsgivaren inte upprätthåller den kvalitetsnivå eller uppfyller de krav som anbudsgivarens anbud ger uttryck för. Detta är en risk som en upphandlande enhet alltid får bära och ha i åtanke. LOU möjliggör visserligen för en upphandlande enhet att förkasta ett orimligt lågt anbud eller ett anbud som inte uppfyller något av de skall-krav som uppställs i förfrågningsunderlaget, men i övrigt har en upphandlande enhet att utgå från att anbudsgivarna kommer att leverera i enlighet med anbudet. Hur den vinnande anbudsgivaren sedan presterar under kontraktstiden är inte en upphandlingsrättslig fråga, utan rör uteslutande den avtalsrättsliga relationen mellan den upphandlande enheten och den vinnande anbudsgivaren. LOU och gemenskapsrätten uppställer vidare inte något krav på att en upphandlande enhet utformar avtalet med den vinnande anbudsgivaren på ett sätt som leder till att varje avvikelse från vad anbudsgivaren har uppgivit i sitt anbud är kopplat till en sanktion i avtalet. Trots att det inte är ett krav enligt LOU har SL i de aktuella upphandlingarna strävat efter att säkerställa att den kvalitetsnivå som kommer till uttryck i det vinnande anbudet ska upprätthållas under hela avtalstiden. Detta har också skett genom att SL i trafikavtalet med den vinnande anbudsgivaren

har intagit en reglering som innebär att anbudsgivaren åtar sig att hålla en stadgad lägsta nivå, vilken utgår från den kvalitetspoäng som anbudsgivaren tilldelades i samband med anbudsutvärderingen, och att underkasta sig kontrollutvärdering av att kvalitetsnivån efterlevs. För det fall det vid kontrollutvärdering konstateras att anbudsgivaren inte lever upp till stadgad lägsta nivå åligger det entreprenören att vidta åtgärder för att åter komma upp till den i trafikavtalet stadgade lägsta nivån. För det fall det vid nästkommande kontrollutvärdering konstateras att så inte har skett utgår ett punktvite om maximalt 200 000 kr per kalenderår. För det fall bristen även därefter kvarstår, har SL rätt att säga upp trafikavtalet till förtida upphörande.

Som framhållits ovan innehåller vare sig LOU eller gemenskapsrätten några regler för hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad eller hur anbudsutvärderingen ska gå till. Det är riktigt att när tilldelning av ett upphandlingskontrakt sker utifrån principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande enheten ange hur olika kriterier kommer att viktas inbördes. Vare sig i EG-direktivet för försörjningssektorn (2004 eller den nya lagen (2007:1092) inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster ställs dock något krav på en procentuell viktning mellan olika utvärderingskriterier. I det av Swebus citerade motivuttalandet i prop. 2006/07:128 anges exempel på hur viktning kan gå till. Det är dock alltid upp till den upphandlande enheten att slutligt bestämma viktning av utvärderingskriterier så länge de grundläggande principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling upprätthålls. En anbudsgivare ska ha kännedom om samtliga kriterier som den upphandlande enheten avser att utvärdera samt vilken betydelse som den upphandlande enheten fäster vid respektive kriterium. En utvärderingsmodell ska också vara ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Som framgår nedan uppfyller den utvärderingsmodell som SL använt i förevarande upphandlingar samtliga dessa krav. Av vad som framgått ovan har SL önskat anta

det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till totalpris och verksamhetsutveckling. För det fall en utvärderingspoäng ska bygga på en jämförelse mellan pris och kvalitativa egenskaper (uttryckta som poäng) kan man antingen nyttja en utvärderingsmodell där priset transformeras till en poängvariabel eller där kvalitetspoäng uttrycks i monetära termer. I det förra fallet innebär det att en procentuell viktning mellan pris och kvalitet, i likhet med vad som anges i ovan nämnda motivuttalande, görs. Av vad som framgått ovan har SL inte valt att använda sig av procentuell viktning mellan de olika kriterierna. SL har istället valt en utvärderingsmodell där totalpris och verksamhetsutveckling jämförs på så sätt att poäng för verksamhetsutveckling uttrycks i monetära termer i syfte att därefter få fram ett totalpris. Det förhållandet att det med en sådan utvärderingsmodell inte är möjligt att i förfrågningsunderlaget ange vilken procentuell vikt kriterierna i förhållande till varandra ska ges liksom det förhållandet att samma betyg såvitt gäller verksamhetsutveckling kan ge olika stort kvalitetsbristavdrag beroende på storleken på offererat pris är helt ovidkommande. Avgörande i denna del är istället huruvida den enskilda anbudsgivaren på förhand har möjlighet att simulera vilket totalpris denne kan komma att erhålla i en utvärderingsprocess. Sammanfattningsvis uppfyller den av SL använda utvärderingsmodellen kravet på viktning.

Swebus har därefter i huvudsak tillagt följande.

Den av SL tillämpade SIQ-modellen uppfyller inte gällande svensk lag och EG-direktiv. Av försörjningsdirektivet, EG-praxis och den numera gällande försörjningslagen framgår tydligt att en upphandlande enhet faktiskt måste vikta kriterierna inbördes. SL argumenterar å ena sidan för att deras modell uppfyller kravet för viktning och å andra sidan att de faktiskt inte behöver göra detta. Av det SL anför beträffande viktning drar Swebus slutsatsen att det är ostridigt i målet att SL varit skyldigt att vikta utvärderingskriterierna.

Det är därför mycket förvånande att SL medger att SL valt att istället för att vikta utvärderingskriterierna "jämföra dem i monetära termer" samt att det med den valda utvärderingsmodellen inte är möjligt att ange kriteriernas procentuella vikt i förhållande till varandra. SL tycks därtill göra gällande att det saknar betydelse att den vikt som kriteriet verksamhetsutveckling får i utvärderingen varierar beroende på vilket pris de respektive anbudsgivarna offererat. Bolaget vidhåller att kravet på viktning, som till följd av försörjningsdirektivets direkta effekt gäller även för här aktuella upphandlingar, innebär ett krav på att ange procentuell viktning och att detta framgår av såväl förarbetena till försörjningslagen som av EG-domstolens praxis. Bolaget menar vidare att SL, när SL gör gällande att procentuell viktning i förarbetena anges som ett exempel på viktning, gör sig skyldigt till en medveten vantolkning av förarbetsuttalandena. Förarbetena anger inte, som SL gör gällande, att procentuell viktning är ett exempel på viktning utan vad det av bolaget citerade avsnittet anger är att 70 respektive 30 procent är exempel på de procenttal som kan åsättas utvärderingskriterierna kvalitet och pris. Att lagstiftaren med "viktas inbördes" avser procentuell viktning framgår dessutom av att förarbetena i övrigt endast omnämner procentuell viktning och att samtliga exempel i förarbetena utgår från procentuell viktning. Därtill kommer att professorn Sue Arrowsmith, som är den ledande internationella auktoriteten på upphandlingsområdet, utgår från att kravet på viktning avser procentuell viktning (se *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, 2005, s. 526). Att jämföra kriterierna i monetära termer och att låta kriteriernas inbördes vikt variera beroende på de anbud som inkommer är något helt annat än att vikta kriterierna inbördes. Detta understryks också av det faktum att anbudsgivarna inte av utvärderingsmodellen kan utläsa hur utvärderingskriterierna förhåller sig till varandra och att SL inte heller kunnat redogöra för detta.

Swebus har låtit Jörgen Striem, som har varit examinator för Utmärkelsen Svensk Kvalitet och som under lång tid har arbetat med SIQ-modellen som

projektledare, skribent och utvärderare, bedöma den av SL använda modellens tillförlitlighet vid upphandling. Av hans bedömning framgår bl.a. följande. "Utvärderaren ifrågasätter om modellen och utvärderingsmetodiken har tillräcklig reliabilitet och validitet för att med säkerhet bedöma hur verkligheten förhåller sig. Riskén är att man hamnar i en debatt om tekniska frågor i stället för att fokusera frågan om hur organisationen fungerar i verkligheten." Jörgen Striem har också betygsatt bolagets anbud utifrån SL:s variant av SIQ:s modell. Striem har därvid kommit fram till att bolaget skulle ha tilldelats 42 poäng för kriteriet verksamhetsutveckling och inte alls så låga poäng som SL har kommit fram till.

SL gör också gällande att det faktum att bolaget beträffande vissa frågeområden erhållit samma kommentarer men olika poäng inte är ett uttryck för godtycke utan "snarare ett resultat av den mångfacetterade diskussion med många infallsvinklar som föregått poängsättningen och som lämnat ett intryck hos var och en av teammedlemmarna". Swebus konstaterar att denna beskrivning på ett mycket träffande sätt fångar själva kärnan i det som utgör godtycke och fri prövningsrätt i SL:s agerande.

Beträffande det SL anför om att det inte är möjligt att korrigera en utvärderingsmodell i efterhand vill bolaget framhålla att en rättelse i enlighet med bolagets förstahandsyrkande inte skulle innebära någon korrigering av utvärderingsmodellen, utan endast att utvärderingen skulle göras om på ett sätt som vore transparent för samtliga anbudsgivare och i enlighet med HD:s uttalanden i Hebymålet. Bolaget vidhåller mot denna bakgrund att såväl skäl för som möjlighet till rättelse i enlighet med bolagets förstahandsyrkande föreligger.

Länsrätten beslutade den 21 december 2007 om inhibition i mål nr 27389-07 avseende samma upphandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 4 § LOU anges följande. Upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 22 § samma lag anges följande. En upphandlande enhet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten ska i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

I 7 kap. 1 § första stycket samma lag anges att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 7 kap. 2 § samma lag anges bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlagen framgår bl.a. följande. Utvärderingskriteriet verksamhetsutveckling består av de sju underkriterierna ledarskap, information, planering, medarbetarnas utveckling och delaktighet, verksamhetens processer, kundtillfredsställelse samt kriteriet verksamhetens resultat som dock inte utvärderas förrän under avtalstidens gång. De övriga sex underkriterierna är indelade i 17 förtydligande frågeområden som ska bedömas utifrån parametrarna angreppssätt, tillämpning samt utvärdering och förbätt-

ring. Angående parametern tillämpning anges att anbudsgivaren ska redogöra för och styrka tillämpningen av de angreppssätt som angetts. Svarstexten för de 17 frågeområdena ska nedtecknas på sammanlagt maximalt 20 A4-sidor och därutöver ska en inledande översikt av verksamheten på maximalt 4 A4-sidor inlämnas. I anslutning till en sammanställning av de 17 frågeområdena har 13 grundläggande värderingar uppställts som ska stödja de angreppssätt, metoder, arbetsformer m.m. som organisationen tillämpar, liksom de beslut och vägval man gör. Till förfrågningsunderlaget har även bifogats ett praktikfall på hur en verksamhetsbeskrivning kan se ut baserad på SIQ-modellen. De 17 frågeområdena är följande.

1. LEDARSKAP

- 1.1 Hur verkställande ledning och ledare skapar en kultur där kundernas krav, behov och förväntningar är viktigast.
- 1.2 Hur verkställande ledning och ledare på alla nivåer följer upp verksamhetens olika resultat, inte bara de ekonomiska.

2. INFORMATION

- 2.1 Hur ni ser till att information är lättillgänglig för användare inom och utom organisationen.
- 2.2 Hur informationen används för analys och beslut i hela verksamheten.

3. PLANERING

- 3.1 Hur ni tar fram mål, strategier handlingsplaner för verksamheten.
- 3.2 Hur ni bryter ner och synliggör övergripande mål, strategier och handlingsplaner för olika ansvarsområden och för enskilda medarbetare

4. MEDARBETARNAS UTVECKLING OCH DELAKTIGHET

- 4.1 Hur ni tar fram strategier, mål och handlingsplaner för utveckling av verksamhetens samlade kompetens för att klara den kommande verksamheten på kort och lång sikt (skaffa, behålla och utveckla kompetens).
- 4.2 Hur ni genomför individuell kompetensutveckling (skaffa, behålla och utveckla kompetens) i enlighet med strategier, mål och handlingsplaner för den samlade kompetensen.
- 4.3 Hur ni skapar förutsättningar för medarbetarna att vara delaktiga i verksamheten och dess förbättringsarbete.
- 4.4 Hur ni skapar och upprätthåller en god fysisk och psykosocial arbetsmiljö, som präglas av hälsa, säkerhet och arbetstillfredsställelse.

5. VERKSAMHETENS PROCESSER

- 5.1 Hur ni styr, följer upp och förbättrar era processer för att uppnå de mål och resultat som ni eftersträvar.
- 5.2 Hur ni upptäcker och utreder grundorsaker till avvikelser och problem som uppstår i

era processer, vidtager åtgärder och förvissas er om att problem är lösta.

5.3 Hur ni samverkar med era viktigaste berörda leverantörer och partners för att ömsesidigt säkerställa och följa upp att kraven på aktuella processer möts.

7. KUNDTILLFREDSSTÄLLELSE

7.1 Hur ni tar reda på kundernas krav, behov och förväntningar.

7.2 Hur ni underlättar för kunderna att få information samt att framföra synpunkter och klagomål.

7.3 Hur ni använder resultaten av mätningar av era kunders nöjdhet.

7.4 Hur ni använder synpunkter, förbättringsförslag och klagomål från kunder.

De betygsskalor (poängnivåer) som anges i förfrågningsunderlaget är följande.

Angreppssätt

5. Systematiska, integrerade och förebyggande angreppssätt.

4. I huvudsak systematiska, integrerade och förebyggande angreppssätt.

3. Delvis systematiska och integrerade angreppssätt med betoning på förebyggande.

2. Angreppssätt med påbörjad systematik och integration, som är mer reaktiva än förebyggande.

1. Systematik och integration saknas. I huvudsak reaktiva angreppssätt.

Tillämpning

5. Beskrivningen styrker att valda arbetssätt och metoder kommer att tillämpas inom alla relevanta områden och vid alla relevanta tillfällen. Mål för tillämpningen finns och mätningar är planerade relaterat till valda arbetssätt och metoder.

4. Beskrivningen styrker att valda arbetssätt och metoder kommer att tillämpas i god omfattning. Mål för tillämpningen finns och mätningar är planerade relaterat till valda arbetssätt och metoder inom flera områden.

3. Beskrivningen styrker att valda arbetssätt och metoder kommer att tillämpas i viss omfattning. Mål för tillämpningen finns och mätningar är planerade relaterat till valda arbetssätt och metoder inom några områden.

2. Beskrivningen styrker inte att valda arbetssätt och metoder kommer att tillämpas mer än i en begränsad omfattning. I begränsad omfattning finns mål för tillämpningen och mätningar planerade relaterat till valda arbetssätt och metoder.

1. Beskrivningen styrker inte att valda arbetssätt och metoder kommer att tillämpas. Redovisning av mål för tillämpningen och mätningar relaterat till valda arbetssätt och metoder saknas.

Utvärdering och förbättring

5. Systematiska arbetssätt och metoder för utvärdering och förbättring.

4. I huvudsak systematiska arbetssätt och metoder för utvärdering och förbättring.

3. Delvis systematiska arbetssätt och metoder för utvärdering och förbättring.

2. Arbetssätt och metoder för utvärdering och förbättring saknas i huvudsak.

1. Arbetssätt och metoder för utvärdering och förbättring saknas.

Swebus har ingett en återföringsrapport avseende poängbedömning från den utomstående utvärderaren Jörgen Striem som har tilldelat bolaget 42,61 poäng för kriteriet verksamhetsutveckling.

RÅ 2002 ref. 50 gällde Migrationsverkets upphandling av outsourcing av verkets IT-verksamhet och frågan i målet var om förfrågningsunderlaget och tillämpad utvärderingsmodell uppfyllde kravet på affärsmässighet. Kammarrätten ansåg att förfrågningsunderlaget var bristfälligt genom att poängsättningen för två avsnitt i underlaget, drifttjänster och systemunderhållstjänster, inte preciserats vad gällde de olika individuella utvärderingskriterierna utan angetts med en totalpoäng. Kammarrätten ansåg vidare att den använda utvärderingsmodellen hade gett utrymme för olika tolkningar av hur viktningen skulle gå till och därmed var så godtycklig att den stred mot kravet på affärsmässighet. Regeringsrätten däremot uttalade bl.a. följande. LOU, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Även om en specificering av poängsättningen i förfrågningsunderlaget vad gäller avsnitten drifttjänster och systemunderhållstjänster kunde ha varit av värde, visar den totalpoäng som angetts den vikt

verket avser att tillmäta de olika tjänsterna. Därmed anges också den relativa vikt tjänsterna tillmäts. Detta måste anses vara tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det förhållandet att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget. Regeringsrätten fann att såväl förfrågningsunderlaget som den tillämpade utvärderingsmodellen kunde anses ha vissa brister men de ansågs trots bristerna uppfylla kravet på affärsmässighet.

I Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) stadgas i artikel 55.2 följande. För att garantera att principen om likabehandling iakttas vid kontraktstilldelning bör det fastställas en skyldighet - i enlighet med rättspraxis - att garantera nödvändig öppenhet, så att alla anbudsgivare i rimlig mån kan informeras om de kriterier och villkor som kommer att tillämpas för att urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En upphandlande enhet bör därför ange tilldelningskriterierna samt viktningen av de olika kriterierna inbördes i så god tid att anbudsgivarna har kännedom om dem vid utarbetandet av sina anbud. En upphandlande enhet får göra undantag från kravet att ange viktning av tilldelningskriterierna i vederbörligen styrkta fall, som de måste kunna motivera, när denna viktning inte kan anges i förväg, särskilt på grund av upphandlingens komplicerade art. I dessa fall måste de ange kriterierna i fallande prioriteringsordning.

I förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 406) till den nya försörjningslagen anges bl.a. följande. Direktivet innehåller till skillnad från LOU bestämmelser om viktning. Enligt direktivet ska den upphandlande myndigheten ange hur kriterierna ska viktas. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Lagrådet har ansett att det är svårt att en-

bart med ledning av författningstexten komma fram till vilket handlingsutrymme detta ger den upphandlande myndigheten. Viktningen kan exempelvis, om kriterierna är kvalitet och pris bestämmas till 70 procent respektive 30 procent. Om viktningen av kriterierna anges med intervall kan intervallet exempelvis vara en spridning mellan 60-70 procent respektive 30-40 procent.

Frågan i EG-domstolens dom i mål C-532/06 från den 24 januari 2008 var huruvida fastställande i ett senare skede av viktningkoefficienter och underkriterier med avseende på de kriterier för tilldelning som omnämnts i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling var tillåtet. Domstolen uttalade bl.a. följande. Om kontraktet ska tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska de upphandlande myndigheterna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange vilka kriterier de avser att tillämpa, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först. Enligt rättspraxis innebär sistnämnda bestämmelse, mot bakgrund av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och mot bakgrund av skyldigheten att möjliggöra insyn som följer härav, att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra. En upphandlande myndighet har således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa. Tolkningsfrågan i målet besvarades således på så sätt att direktivet utgör hinder för att den upphandlande myndigheten, under ett anbudsförfarande, i ett senare skede fastställer viktningkoefficienter och underkriterier med avseende på de kriterier för tilldelning som omnämnts i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling. I målet uttalar sig inte domstolen, utöver de ovanstående generella uttalandena angående viktning, mer ingå-

ende om hur viktningen ska gå till och det gör domstolen inte heller i mål C-331/04.

Frågan i EG-domstolens dom i mål C-448/01 från den 4 december 2003 var delvis huruvida det föreskrivs i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling att den upphandlande myndigheten ska återkalla upphandlingen om det i prövningsförfarandet visar sig att ett beslut avseende något av de upphandlingskriterier som den har bestämt är rättsstridigt. Domstolen uttalade bl.a. följande. Frågan avser det fallet att ett beslut avseende ett upphandlingskriterium undanröjs när det konstaterats att beslutet är rättsstridigt. Principerna om likabehandling och om insyn i upphandlingsförfaranden medför att de upphandlande myndigheterna är skyldiga att tolka upphandlingskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Avseende själva upphandlingskriterierna gäller i än högre grad att de inte får genomgå någon förändring under upphandlingsförfarandets gång. Av detta följer att om prövningsorganet undanröjer ett beslut avseende ett upphandlingskriterium har den upphandlande myndigheten inte rätt att fullfölja upphandlingsförfarandet med bortseende från kriteriet, eftersom detta skulle innebära att de kriterier som är tillämpliga på förfarandet i fråga ändrades. Enligt gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling krävs således att den upphandlande myndigheten återkallar upphandlingen om det i prövningsförfarandet visar sig att ett beslut avseende något av de upphandlingskriterier som myndigheten har bestämt är rättsstridigt, och av den anledningen undanröjs av prövningsorganet.

Swebus har hänvisat till Sue Arrowsmiths verk *The Law of Public and Utilities Procurement* (Sweet & Maxwell, 2005, s. 525 f.) vari hon framför följande. The directive also contains important new rules on formulating and disclosing award criteria, set out in Art. 53(2). This provision, first, requires entities to specify in the notice or documents the relative weighting for each of the criteria used to determine the most economically advanta-

geous tender. However, Art. 53(2) allows these relative weightings to be expressed “by providing for a range with an appropriate maximum spread”. For example, an entity could probably provide that a particular criterion will be weighted between 10-20 per cent. However, discretion must be exercised in good faith in accordance with the general transparency principle, and it is thus unlawful to set a range so broad that it indicates a lack of good faith and/or does not provide reasonable guidance.

Sue Arrowsmith uttalar även följande angående viktning i samma verk på s. 513 f. The better view, it is submitted, is that entities only need structure their discretion to the extent expressly required in the directives, including by ranking award criteria: since the directive addresses the matter expressly, further obligations in this area cannot be implied. However, it is not impossible that the ECJ, relying on the transparency principle, might introduce further requirements.

Länsrätten har genom dom denna dag i mål nr 27389-07 avslagit Veolia Transport Sverige AB:s ansökan om överprövning av ifrågavarande upphandlingar. Länsrättens interimistiska beslut i det målet har därmed upphört att gälla.

Länsrättens bedömning

Inledning

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlande enheten åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsynstaganden i 1 kap. 4 § LOU. Prövningen kan också avse att andra gemenskapsrättsliga principer som ska beaktas vid all offentlig upphandling inte trätts för när.

Huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU är inte närmare definierad i LOU men bör läsas mot bakgrund av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Principen om icke-diskriminering gäller främst i förhållande till nationalitet och av likabehandlingsprincipen följer att alla leverantörer ska behandlas lika. Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa krav som är mer konkurrensbegränsande än nödvändigt. Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.

Förevarande upphandling har genomförts som en förhandlad upphandling enligt 4 kap. LOU. I 1 kap. 5 § LOU definieras förhandlad upphandling som en upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem. En upphandlande enhet ska enligt 1 kap. 22 § samma lag anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. SL har i förfrågningsunderlaget angett att bolaget kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Swebus har i målet ansökt om överprövning enligt LOU och i sak yrkat i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering sker varvid Swebus, som har lämnat det lägsta anbudet, ska tilldelas kontrakt. I andra hand yrkar Swebus att upphandlingen ska göras om. Swebus har i huvudsak pekat på följande felaktigheter i utvärderingsmodellen.

- Frågorna för respektive underkriterium är diffust utformade och anbudsgivarna kan inte utifrån dem utläsa hur de ska besvaras för att de

ska kunna lämna ett så effektivt och konkurrenskraftigt anbud som möjligt.

- Betygssättningen/bedömningarna leder till godtyckliga överväganden.
- SL-modellen mäter endast kvalitet ”på pappret” och saknar helt förankring i verkligheten, eftersom modellen till skillnad från SIQ-modellen inte innehåller momentet revision, dvs. det moment som ska säkerställa att det som anges faktiskt överensstämmer med verkligheten.
- Utvärderingskriteriet verksamhetsutveckling är så oklart utformat och tillämpat att SL ska använda sig av tilldelningskriteriet ”lägsta pris” i stället för ”ekonomiskt mest fördelaktiga”.
- Utvärderingsmodellen strider mot gällande upphandlingsdirektiv eftersom kriterierna totalpris och verksamhetsutveckling inte har viktats.

Fråga i målet är således huruvida utvärderingsmodellen avseende utvärderingskriteriet verksamhetsutveckling haft sådana brister vad gäller förutsebarhet, transparens och likabehandling att utvärderingen har lett till ett godtyckligt resultat. Fråga i målet är också huruvida utvärderingsmodellen uppfyller kraven på viktning.

Frågorna

Swebus har i målet anfört att frågorna för respektive underkriterium är diffust utformade och att anbudsgivarna inte kan utläsa utifrån dem hur de ska besvaras för att de ska kunna lämna ett så effektivt och konkurrenskraftigt anbud som möjligt. SL har anfört följande. Förfrågningsunderlaget innehåller en mycket noggrann beskrivning av hur den verksamhetsbeskrivning som ligger till grund för utvärderingen ska utformas och vilken information den ska innehålla. Detta har gjorts särskilt tydligt genom att ett frågeformulär har intagits i förfrågningsunderlaget där det framgår i detalj vilken information som ska lämnas och hur den ska lämnas. Den närmare innebörden av de sex kriterierna finns således intagen i frågeformuläret och de

sammanlagt 17 frågeområdena. Dessutom innehåller förfrågningsunderlaget en utförlig beskrivning av de grundläggande värderingar som modellen är baserad på.

Enligt RÅ 2002 ref. 50 ger LOU inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärs-mässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vidare vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Detta följer också av de gemenskapsrättsliga principerna.

Utvärderingskriterier måste vara utformade så att en leverantör vid utformningen av sitt anbud får en rättvisande uppfattning om vad som bestämmer utgången och vad som leder till tilldelning av kontrakt. Därav följer att en specifikation måste vara så klart och tydligt utformad att leverantörer kan avgöra vad den upphandlande enheten efterfrågar för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Samtidigt är det inte önskvärt att specifikationerna är så detaljerade att en utvärdering av anbuden blir alltför omfattande eller att allt utrymme för att beakta konkurrensfördelar går förlorat. Det relevanta är i stället om beskrivningen lämnar utrymme för diskriminering eller inkräktar på kravet på förutsebarhet, transparens eller på någon annan grundläggande rättsprincip.

Länsrätten finner att de 17 frågeområdena under utvärderingskriteriet verksamhetsutveckling är tillräckligt klara och tydligt utformade för att anbudsgivarna ska kunna avgöra vad den upphandlande enheten efterfrågar och därmed uppfyller de kraven i LOU samt de gemenskapsrättsliga principerna

(jfr RÅ 2002 ref. 50). Omfattningen av svaren som efterfrågas har definierats i förfrågningsunderlaget genom att maximalt 20 A4-sidor ska inlämnas. Dessutom har de grundläggande värderingarna bakom valet av frågor angetts och det har även bifogats ett praktikfall. Visserligen gäller nämnda praktikfall SIQ-modellen och inte SL:s modell, men det ger ändå ett exempel på hur en verksamhetsbeskrivning kan utformas. Principerna om förutsebarhet och transparens är därmed uppfyllda i detta avseende och det finns därför inte någon grund för att ingripa mot upphandlingen med anledning av utformningen av frågorna avseende underkriterierna.

Betygsättningen/bedömningen

Swebus har i målet anfört följande. Utvärderingsmodellen, som innebär att tre examinatorer individuellt ska bedöma respektive anbud för att sedan jämka ihop de individuella bedömningarna vid konsensusmöten, lämnar stort utrymme för godtyckliga överväganden. Anbudsgivarna har ingen möjlighet att förutse hur deras respektive anbud kommer att bedömas eller vad som slutligen kommer att avgöra vilken poäng anbudet tilldelas vid konsensusmötet. SL har inte i förfrågningsunderlaget angett vad en anbudsgivare ska uppfylla eller hur en fråga ska besvaras för att en viss poäng ska erhållas. Anbudsgivarna kan inte dra några lärdomar av deltagande i tidigare upphandlingar för att utforma ändamålsenliga anbud då det finns ett stort utrymme för godtyckliga bedömningar. Trots identiska kommentarer avseende två kriterier vid utvärderingen har bolaget tilldelats olika poäng och det är för bolaget helt oförklarligt hur exakt samma kommentarer kan leda till olika resultat. Experter på SIQ-modellen har dessutom kommit fram till att bolaget ska tilldelas högre poäng än vad SL:s utvärderare har kommit fram till. SL har anfört följande. Hur bedömningen skulle ske utifrån tre olika dimensioner finns noggrant beskrivet i förfrågningsunderlaget. Även principerna för poängsättning och den inbördes viktningen för underkriterierna finns noggrant beskriven. Alla utvärderingsmodeller som har ett kvali-

tativt moment innehåller ett visst mått av subjektiv bedömning. Att andra utvärderare har tilldelat Swebus högre poäng utgör inget belägg för att den tillämpade modellen inte skulle vara tillräckligt transparent. De anbudsgivare som har deltagit i samtliga de upphandlingar där den aktuella utvärderingsmodellen har använts har successivt erhållit högre poängnivåer. Swebus har i stor omfattning lämnat helt olika beskrivningar i förevarande upphandlingar jämfört med de beskrivningar som Swebus lämnade i de upphandlingar då den aktuella utvärderingsmodellen användes förra gången. Det ska även understrykas att det är de beskrivningar och lösningar som presenteras vid aktuellt upphandlingstillfälle som är relevant för poängsättningen. Swebus har vidare pekat på det förhållandet att Swebus, beträffande vissa frågeområden, erhållit samma kommentarer men olika poäng. Detta är emellertid inte ett uttryck för godtycke utan snarare resultatet av den mångfacetterade diskussion med många infallsvinklar som föregått poängsättningen och som lämnat ett intryck hos var och en av team-medlemmarna.

Länsrätten vill inledningsvis framhålla att när en upphandlande enhet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det går således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva bedömningar. De kriterier som fastställs får dock inte strida mot de gemenskapsrättsliga principerna.

Länsrätten finner att betygsskalorna är tillräckligt tydliga och klara – och detta särskilt vid en sammantagen bedömning av hela förfrågningsunderlaget avseende utvärderingskriteriet verksamhetsutveckling – för att anbudsgivarna ska kunna avge sina anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen kommer att ske. Även i detta avseende uppfyller förfrågningsunderlaget således kraven i LOU och de gemenskapsrättsliga principerna (jfr RÅ 2002 ref. 50). Att en utomstående utvärderare har tilldelat Swebus högre poäng än vid SL:s bedömning styrker inte att modellen är godtycklig,

särskilt inte då det inte framgår av utvärderingen hur han motiverat sin poängsättning. Swebus har anfört att konsensusmötena lämnar stort utrymme för godtyckliga överväganden. Länsrätten finner däremot att konsensusmötet snarare minimerar risken för en subjektiv godtycklig bedömning. Att identiska kommentarer avseende två underkriterier har gett olika poäng medför inte heller med nödvändighet att utvärderingsmodellen strider mot de gemenskapsrättsliga principerna. Påståendet att anbudsgivarna inte kan dra några lärdomar av tidigare upphandlingar är en omständighet som inte styrkts genom ingivande av tidigare förfrågningsunderlag, anbud och utvärderingar och lämnas därför utan hänsyn. Det finns således inte någon grund för att ingripa mot upphandlingen med anledning av betygsättning-
en/bedömningen.

Utvärdering av planerade åtgärder

Swebus har i målet anfört följande. Bolaget ifrågasätter lämpligheten av att mäta kvalitet med hjälp av den av SL använda förenklade formen av SIQ-modellen. SL-modellen mäter endast kvalitet ”på pappret” och saknar helt förankring i verkligheten, eftersom modellen till skillnad från SIQ-modellen inte innehåller momentet revision, dvs. det moment som ska säkerställa att det som anges faktiskt överensstämmer med verkligheten. SL har medgett att det som utvärderas vid anbudsutvärderingen är anbudsgivarnas planerade angreppssätt och tillämpning men menar att det framgår uttryckligen av förfrågningsunderlaget och att detta beror på ett förstärkt fokus på resenären och på den löpande verksamhetsutvecklingen.

SL har använt sig av en modell som bygger på SIQ-modellen för kundorienterad verksamhetsutveckling som främst är ett verktyg med vars hjälp en organisation själv kan utvärdera och förbättra sin egen verksamhet. Som en integrerad del av SIQ-modellen ingår att verksamhetens resultat utvärderas. SL:s modell är en förenklad modell och av förfrågningsunderlaget framgår

att underkriteriet verksamhetens resultat ska utvärderas först under avtalstidens gång.

Länsrätten finner inledningsvis att det inte kan anses anmärkningsvärt att SL väljer att inrikta sin upphandling mot anbudsgivarnas planerade åtgärder, särskilt mot bakgrund av att kollektivtrafiken med nödvändighet måste drivas av ett visionärt tänkande med anledning av de miljöproblem samhället gemensamt måste lösa. Ambitionsnivån är visserligen hög men den kan inte anses strida mot LOU. Dessutom torde varje upphandling, oavsett upphandlingsföremål, vara inriktat på vad anbudsgivaren uppskattar sig kunna leverera. Att utvärderingen sker först under avtalstiden är därför inget unikt för denna upphandling. Vad som däremot skiljer denna upphandling från flertalet andra är att den upphandlande enheten redan i förfrågningsunderlaget har angett vad som kommer att utvärderas under avtalstidens gång, men det kan enligt länsrättens mening inte anses vara en brist utan snarare en styrka och medför inte att upphandlingen inte är affärsmässig.

Länsrätten finner därför att det i denna upphandling inte föreligger en större risk än i andra upphandlingar för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte antas. Inte heller finner länsrätten att det strider mot reglerna om offentlig upphandling att basera sin utvärderingsmodell på SIQ-modellen. SL:s modell är en självständig modell som ska bedömas utifrån reglerna om offentlig upphandling oavsett SIQ-modellens utformning. Det finns därför inte heller i detta avseende någon grund för att ingripa mot upphandlingen.

Tillämpning av ”lägsta pris” istället för ”ekonomiskt mest fördelaktiga”

Swebus har i målet anfört följande. Utvärderingskriteriet verksamhetsutveckling är så oklart utformat och tillämpat att SL ska använda sig av tilldelningskriteriet ”lägsta pris” i stället för ”ekonomiskt mest fördelaktiga”.

En rättelse i enlighet med detta yrkande skulle inte innebära någon korrigering av utvärderingsmodellen, utan endast att utvärderingen skulle göras om på ett sätt som vore transparent för samtliga anbudsgivare och i enlighet med HD:s uttalanden i Hebymålet. SL har anfört följande. Swebus påståenden om att utvärderingsmodellen skulle vara otydlig och lämna utrymme för godtyckliga bedömningar är felaktiga. Därutöver framhålls att det framgår av gemenskapsrätlig praxis (C-448/01) att det inte är möjligt att korrigera en utvärderingsmodell i efterhand. Brister i en utvärderingsmodell kan endast föranleda åtgärder enligt 7 kap. LOU på så sätt att upphandlingen görs om. Swebus yrkande om rättelse saknar således även av denna anledning grund.

I C-448/01 uttalade EG-domstolen att det enligt gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling krävs att den upphandlande myndigheten återkallar upphandlingen om det i prövningsförfarandet visar sig att ett beslut avseende något av de upphandlingskriterier som myndigheten har bestämt är rättstridigt, och av den anledningen undanröjs av prövningsorganet. Länsrätten har emellertid funnit att utvärderingsmodellen är tillräckligt klar och tydlig samt förenlig med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Swebus yrkande om rättelse förfaller därmed.

Viktningen

Swebus har i målet anfört följande. Den av SL tillämpade SIQ-modellen uppfyller inte gällande svensk lag och EG-direktiv då det av försörjningsdirektivet, EG-praxis och den numera gällande försörjningslagen framgår tydligt att en upphandlande enhet faktiskt måste vikta kriterierna inbördes. När tilldelning sker utifrån principen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande enheten ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes. Kravet på viktning innebär ett krav på att ange procentuell viktning och detta framgår av såväl förarbetena till försörjningslagen

som EG-domstolens praxis. Att jämföra kriterierna i monetära termer och att låta kriteriernas inbördes vikt variera beroende på de anbud som inkommer är något helt annat än att vikta kriterierna inbördes. Anbudsgivarna kan inte på förhand utläsa vilken vikt respektive utvärderingskriterium, pris och verksamhetsutveckling, har i utvärderingen. Inte heller har SL rangordnat utvärderingskriterierna eller på annat sätt angett vilket av de två kriterierna som kommer att tillmätas störst betydelse. SL har anfört följande. Den av SL tillämpade utvärderingsmodellen uppfyller kravet på viktning. Vare sig i EG-direktivet för försörjningssektorn eller i den nya lagen ställs det något krav på en procentuell viktning mellan olika utvärderingskriterier. I förarbetena anges exempel på hur viktning kan gå till. Det är dock alltid upp till den upphandlande enheten att slutligt bestämma viktning av utvärderingskriterier så länge de grundläggande principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling upprätthålls. För det fall en utvärderingspoäng ska bygga på en jämförelse mellan pris och kvalitativa egenskaper (uttryckta som poäng) kan man antingen nyttja en utvärderingsmodell där priset transformeras till en poängvariabel eller där kvalitetspoäng uttrycks i monetära termer. SL har valt en utvärderingsmodell där totalpris och verksamhetsutveckling jämförs på så sätt att poäng för verksamhetsutveckling uttrycks i monetära termer i syfte att därefter få fram ett totalpris.

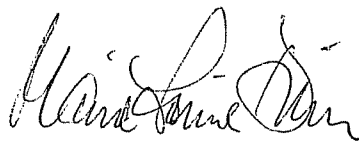
Av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG, förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 406) och EG-domstolens praxis i C-532/06 och C-331/04 framgår att den upphandlande enheten ska ange i förfrågningsunderlaget hur kriterierna kommer att viktas för att garantera nödvändig öppenhet och likabehandling. Det framgår inte av ovannämnda rättskällor hur denna viktning ska gå till utöver att det anges att viktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. I de svenska förarbetena har exempel på procentuell viktning angetts, vilket även Sue Arrowsmith har angett på s. 526 i sin bok *"The Law of Public and Utilities Procurement"*. Swebus har anfört att den enda formen av viktning som är tillåten är pro-

centuell viktning emedan SL har anfört att den form av viktning de har använt sig av, kvalitetsbristpåslag på anbudspriset, uppfyller kraven enligt gällande rätt.

Länsrätten finner att då det i rättskällorna inte närmare finns beskrivet hur viktningen ska genomföras finns det inget som talar för att den form av viktning SL har använt sig av inte skulle vara godtagbar så länge metoden garanterar nödvändig öppenhet och likabehandling mellan anbudsgivarna. Hur viktningen ska genomföras har beskrivits i förfrågningsunderlaget och länsrätten finner att metoden är tillräckligt förutsebar och transparent samt att den uppfyller kraven på likabehandling enligt gällande rätt. Det finns därför inte heller i detta avseende någon grund för att ingripa mot upphandlingen.

Mot bakgrund av vad som anförts i det föregående finner länsrätten sammanfattningsvis att det saknas förutsättning för att, med stöd av 7 kap. 2 § LOU, förordna att den ifrågavarande upphandlingen ska rättas eller göras om. Swebus ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1a)



Marie-Louise Diurson

chefsrådman

Föredragande har varit Kristin Tallbo.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

