



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-06-15
Meddelad i Jönköping

Mål nr
5562-17

KONKURRENSVERKET	
2018-06-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Icomera AB, 556572-2864
Torsgatan 5B 2TR
411 04 Göteborg

Ombud: Advokaten Linda Dahlström och jur. kand. Christoffer Erlandsson
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPART

Västtrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger och biträdande juristen Anna Nikolina Erikson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Västtrafik AB (Västtrafik) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande som benämns "Internet på tåg 2017" (dnr: 1-1225-17). Genom tilldelningsbeslut har Oxify AB antagits som den leverantör som lämnat det kvalificerade anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt för Västtrafik. Icomera AB (bola-ge) har ansökt om överprövning.

Dok.Id 257682

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingsföremålet

Upphandlingen avser leverans av funktionen internet på tåg för tåg som trafikerar Västtrafiks linjenät i Västra Götaland. Åtagandet kommer att innefatta utrustning för mobil kommunikation (4G, 3G etc.) över mobilnät och en filtrerbar och volymbegränsad internetjänst via WiFi till resenär. I upphandlingens grundavrop ingår design av lösning samt utrustning för tre tågtyper: X52-tvåvagns Regina, X53-trevagns Regina och Y31-Itino, totalt ca 36 tåg, samt reservutrustning. Leverantören ska även tillhandahålla tjänster för driftövervakning, support och helpdesk för tågens resenärer. Optioner i form av design och utrustning för fordonstypen X61-Coradia, ca 22 tåg, förlängd öppettid för driftövervakningen samt konsulttjänster kan tillkomma.

Leverantören ska leverera följande utrustning:

- Utrustning för funktionen internet på tåg till ca 36 fordon av fordonstyperna X52, X53 och Y31
- Option avseende utrustning till ca 22 fordon av fordonstypen X61 samt eventuellt tillkommande kompletteringsfordon
- Funktionsgaranti under hela avtalstiden för all levererad utrustning

Leverantören ska även tillhandahålla följande tjänster:

- Design av utrustningsinstallation för internet på tåg till de tre tågtyperna X52, X53 och Y31
- Option avseende design av utrustningsinstallation för internet på tåg till tågtypen X61
- Dokumentation för installation, driftsättning och underhåll av den fordonsmonterade utrustningen för respektive fordonstyp
- Uppkoppling av fordon och dataöverföring via bildatanät
- Internet- och nätverkstjänster
- Driftövervakning av utrustning och funktion
- Support till installations- och underhållspersonal

- Helpdesk för stöd till Västtrafiks kunder avseende funktionen internet på tåg
- Utbildning av Västtrafiks installations- och underhållspersonal
- Underlag för framtagning av informationsmaterial till Västtrafiks kunder
- Konsulttjänster för vidareutveckling av funktionalitet utöver ställda krav

Upphandlingen avser ett samlat uppdrag som inte är delbart, d.v.s. det är inte möjligt att lämna anbud på delar av uppdraget. Den avsedda avtalstiden är fem år, med möjlighet till maximalt två års förlängning.

Anbudens innehåll och utformning

Anbud ska vara baserade på upphandlingsdokumenten och skrivna på svenska. Intyg, certifikat och tekniska specifikationer får vara skrivna på engelska. I anbudet ska samtliga efterfrågade uppgifter redovisas och den i "Bilaga A1: Anbudsformulär" (anbudsformuläret) angivna strukturen bör följas. Priser ska redovisas i "Bilaga A2: Prisformulär" (prisformuläret). Teknisk förmåga och kapacitet ska redovisas i "Bilaga A3: Teknisk förmåga och kapacitet" (kapacitetsbilagan). Referenser ska redovisas i "Bilaga A4: Referenser" (referensbilagan). Slutligen ska anbudsgivaren intyga i "Bilaga A5: Intyg" (intygsbilagan). Anbud som innehåller reservationer, villkor eller på annat sätt inte uppfyller kraven, kommer att förkastas.

Anbudsprövningen

Det kvalificerade anbud som bedöms ekonomiskt mest fördelaktigt för Västtrafik med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet kommer att antas.

Utvärdering

Utvärderingsmodellen innehåller följande tilldelningskriterier, s.k. kvalitetskriterier (i strikt bemärkelse underkriterier till tilldelningskriteriet kvalitet), underkriterier till kvalitetskriterierna och delkriterier till underkriterierna (viktningsstal anges inom parentes):

- Anbudspris (enligt prisformuläret)
- Kvalitet
 - Genomförande – 2 kriterier
 - Genomförande av etableringsprojektet (25 procent)
 - Anbudsgivarens förslag påvisar att anbudsgivaren har en etablerad metodik för genomförandet som är effektiv, funktionell och resultatinkriktad.
 - Anbudsgivarens förslag påvisar att anbudsgivaren etablerar adekvat organisation för genomförande av etableringsprojektet.
 - Anbudsgivarens förslag påvisar att anbudsgivaren har insikt i uppdragets komplexitet och omfattning.
 - Leverans av helpdesk och driftövervakning (15 procent)
 - Anbudsgivarens förslag påvisar anbudsgivarens goda förståelse för behoven avseende tjänsterna helpdesk och driftövervakning.
 - Anbudsgivarens förslag påvisar att personalen för helpdesk och driftövervakning kommer att ha adekvat systemstöd för respektive funktion.
 - Anbudsgivarens förslag påvisar insikt i att tjänsternas omfattning kan kräva anpassning om kundernas framtida nyttjande ökar.
 - Egenskaper – 5 kriterier
 - Framtida komplettering och/eller utbyte av utrustning (5 procent)
 - Utrustningen från tredje part i anbudsgivarens anbud kommer från tillverkare som är välkända och etablerade på den svenska marknaden.
 - Utrustning i anbudsgivarens anbud är avsedd att monteras i fordonet på sätt att kablage från externa antenner och spridningsnät termineras vid så få montageplatser för huvudenhet(er) som möjligt.
 - Inloggningsportal (15 procent)
 - Anbudsgivarens förslag påvisar en tydlig och naturlig användning där kunden at-

- traktivt, snabbt och entydigt kan förstå systemets användarvillkor etc.
- Anbudsgivarens förslag påvisar en förståelse för och ett bra sätt att implementera Västtrafiks ledord ”smart, enkelt och säkert” gentemot kunderna.
 - Anbudsgivarens förslag påvisar att kunderna enkelt kan s.a.s. känna igen sig, oavsett vilken typ av enhet de använder för att ansluta sig till inloggningsportalen.
 - Anbudsgivarens förslag påvisar att förändringar och utveckling av inloggningsportals utseende och/eller innehåll kan göras enkelt av Västtrafiks personal.
 - Anbudsgivarens förslag påvisar att det finns möjligheter att inkludera föränderlig/dynamisk information i inloggningsportalen för att t.ex. ge kunden information om kvarvarande surfpott, väder etc.
- Innehållsfiltrering av internetjänst (20 procent)
 - Anbudsgivarens beskrivning påvisar att filtreringen av webbplatser kan förväntas hållas uppdaterad och aktuell för att fylla sitt syfte.
 - Anbudsgivarens beskrivning påvisar att filtreringen av olämpligt innehåll, via detektering av t.ex. nyckelord, kan förväntas hållas uppdaterad och aktuell för att fylla sitt syfte.
 - Anbudsgivarens beskrivning påvisar att Västtrafik enkelt kan förändra konfigurationen såväl avseende filtrering av webbplatser som innehåll då värderingar förändras.
 - Rapportering av drift- och användningsstatistik (10 procent)
 - Anbudsgivarens beskrivning påvisar att information kan erhållas som stödjer Västtrafiks ambitioner att vidareutveckla sina tjänster till kunderna på ett sätt som ger ökad användning.
 - Anbudsgivarens beskrivning påvisar att informationen kan erhållas med hög frekvens och med kort fördröjning.

- Anbudsgivarens beskrivning påvisar att överförd information är enkel för Västtrafik att nyttja för analys.
- Anbudsgivarens beskrivning påvisar att man kan nyttja fordonsspecifik data för att tillhandahålla ytterligare mer/bättre användningsstatistik.
- Optimering av nyttjandet av mobildatakanalerna (10 procent)
 - Anbudsgivarens beskrivning påvisar att mobildatakanalernas kvalitet/prestanda utvärderas på ett effektivt sätt.
 - Anbudsgivarens beskrivning påvisar att en effektiv metod används för att optimera kundernas upplevelse av tjänsten – såväl avseende bandbredd som frihet från överföringsavbrott.
 - Anbudsgivarens beskrivning påvisar att metod finns som, förutom aggregering / växling mellan tillgängliga datakanaler, även optimerar överföring av innehåll baserat på innehållstyp.

Underlaget för Västtrafiks bedömning består av beskrivningar i fritext som lämnats av anbudsgivarna enligt anvisningarna i upphandlingsdokumenten. Varje kriterium kommer att betygsättas med tillämpning av skalan 0–3 poäng enligt nedan:

- 3 poäng: Anbudsgivarens genomförande/egenskaper tillför avsevärda mervärden
- 2 poäng: Anbudsgivarens genomförande/egenskaper tillför definitiva mervärden
- 1 poäng: Anbudsgivarens genomförande/egenskaper tillför vissa mervärden
- 0 poäng: Anbudsgivarens genomförande/egenskaper tillför få mervärden

Beroende på utfallet av bedömningen av tilldelningskriteriet kvalitet med under- och delkriterier kommer anbudsgivaren att tilldelas ett större eller mindre fiktivt prispåslag (ju högre poäng, ju lägre fiktivt prispåslag). Därefter läggs anbudspriset och eventuellt fiktivt prispåslag ihop till en jämförel-

sesumma. Det kvalificerade anbud som har den lägsta jämförelsesumman kommer att anses ekonomiskt mest fördelaktigt.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Två leverantörer har lämnat anbud och båda anbudena har ansetts kvalificerade. Anbudet från Oxify hade ett anbudspris på 34 935 978 kr, fick ett fiktivt prispåslag på 5 200 000 kr (maximalt prispåslag var 12 000 000 kr) och fick således en jämförelsesumma på 40 135 978 kr. Bolagets anbud hade ett anbudspris på 30 599 900 kr, fick ett fiktivt prispåslag på 9 600 000 kr (maximalt prispåslag var 12 000 000 kr) och fick således en jämförelsesumma på 40 199 900 kr. Oxifys anbud antogs därför som det ekonomiskt mest fördelaktiga.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid Oxifys anbud ska förkastas. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Västrafik anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Oxify har i sitt anbud inte bekräftat att kraven i upphandlingsdokumentens kravspecifikation (Dokument B), punkten 5.4 spridningsnät, uppfylls / ac-

cepteras och har därmed inte uppfyllt kravet på att en komplett ifylld bilaga ska bifogas anbudet. Oxifys anbud uppfyller således inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och skulle därför rätteligen ha förkastats.

Mot bakgrund av bolagets omfattande erfarenhet och beskrivning i anbudet, som går vida utöver vad som kan anses utgöra en basnivå i upphandlingen, är det en direkt felaktig bedömning att ge bolaget så låga poäng för respektive kvalitetskriterium som Västtrafik gjort. Bolagets anbud har tilldelats för låga poäng vid anbudsprövningens utvärderingsdel.

Det framgår inte tydligt av upphandlingsdokumenten vad som avses med begreppen ”mervärde” respektive ”avsevärda”, ”definitiva”, ”vissa” och ”få”. Varken av upphandlingsdokumenten eller tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår tydligt vad som krävts av anbudsgivarna för att dessa skulle tilldelas viss poäng vid utvärderingen. Då det inte definierats på förhand vad som kommer att värderas vid utvärderingen har anbudsgivarna inte haft möjlighet att utforma sina mest konkurrenskraftiga anbud. Upphandlingsdokumenten och dess utvärderingsmodell uppfyller därför inte de tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF.

Vart och ett av de ovan angivna felen i upphandlingen medför att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Oxifys anbud

I upphandlingsdokumentens ”Dokument B”, punkten 5.4, har det uppställts att obligatoriskt krav på att anbudsgivaren ska ange om kravet uppfylls/accepteras eller inte genom att kryssa i ”Ja” eller ”Nej”. Det framgår även av anbudsformuläret att en komplett ifylld kravs-specifikation ska bifogas anbudet. Oxify har trots detta inte besvarat frågan. En allmän formulering om att ”Oxify tagit del av, är införstått med och utan förbehåll eller

reservationer accepterar samtliga förutsättningar, villkor och krav samtliga handlingar och att bolaget intygar att det kommer att uppfylla samtliga förutsättningar, villkor och krav enligt upphandlingsdokumenten utan förbehåll eller reservationer” kan inte läka denna brist. Det kan inte heller ha varit avsett att Västtrafik skulle härleda svaret indirekt utifrån underlag på andra ställen i anbudet. Om detta hade varit avsett och därför godtagbart borde kravet ha utformats på ett annat sätt.

Utvärderingen av bolagets anbud

Bolaget har omfattande erfarenhet av att leverera sådana WiFi-lösningar på tåg som Västtrafik efterfrågar i upphandlingen och detta till kunder över hela världen. Bolaget har därigenom utarbetat en stor förståelse för tjänsterna, deras omfattning och de behov som finns hos kunden. Vidare är kvaliteten i bolagets produkter i många delar världsledande och det finns en mycket hög kompetensnivå hos bolagets medarbetare. Detta har bolaget redogjort för på ett konkret och tydligt sätt i sitt anbud. Trots detta har bolaget fått noll poäng vid bedömningen av de båda underkriterierna till underkriteriet genomförande. För de fem underkriterierna till underkriteriet egenskaper har bolaget genomgående fått en poäng.

Bolaget har, tvärtemot vad Västtrafik anför, på ett konkret och tydligt sätt redogjort för de mervärden bolaget erbjuder specifikt för Västtrafik. Bolaget omsätter detta år cirka 430 milj. kr och har över 150 anställda. Totalt levererar bolaget tjänster och produkter till över 3 000 tåg och 20 000 bussar. Bolaget har även ansökt om över 20 patent inom detta område. Västtrafik synes inte ha tagit någon hänsyn till denna erfarenhet och kapacitet. Detta trots att anbudsgivarens faktiska erfarenhet, allmänna kompetens och kapacitet är sådana faktiska omständigheter som i praktiken spelar stor roll för den kvalitet som utvärderas i upphandlingen.

Det anges inte i upphandlingsmomenten att graden av anknytning mellan redogörelsen i ”Bilaga B6” och ”Bilaga B3 Leveransprocess” är ett moment som kommer att beaktas vid poängsättningen. Däremot anges att anbudsgivarnas beskrivning ska ”följa Bilaga B3 Leveransprocess avseende genomförande av etableringsprojekt”. Det framgår också tydligt vid en jämförelse mellan ”Bilaga B3 Leveransprocess” och ”Bilaga B6 Genomförande och Egenskaper” i bolagets anbud att dessa har en tydlig koppling till varandra och följs åt i både struktur, leveransplan och aktiviteter. Några exempel på detta följer nedan.

Under punkten ”1.3 Godkännanden i leveransprocess” beskriver Västtrafik bl.a. att det ”krävs ett nära samarbete mellan samtliga parter för att säkerställa kvalitet hos funktion och utförande”, samt att ”kvalitetssäkring är nödvändig för att tjänster ska uppfylla de normer som Västtrafik arbetar efter”. Bolaget har, med utgångspunkt i dessa formuleringar, beskrivit en projektorganisation anpassad efter att tillförsäkra en mycket hög kvalitet i godkännandeprocess och ett nära samarbete mellan parterna. Bolaget beskriver bl.a. en omfattande projektorganisation med kvalificerad personal (bl.a. projektledare med minst fem års erfarenhet av kundprojektering och projektingenjör med minst fem års erfarenhet av tekniskt likvärdiga projekt), tydliga kontaktytor mellan bolaget och Västtrafik (det anges vilka roller som kommer att vara kontaktytor mot Västtrafik) och hur det gemensamma arbetet ska struktureras (”Under etableringsfasen genomförs nedbrytning av samtliga arbeten till arbetspaket [...] Arbetspaketen fördelas på ansvarig enhet, men följs upp och styrs från kundprojekten”). Bolaget har också på ett konkret och strukturerat sätt beskrivit processer för godkännande av både operatörens krav och enskilt fordon. I bilaga 4 till bolagets anbud illustreras också tydligt denna kvalitetssäkringsprocess, som är genomarbetad och tydligt innebär ett nära samarbete mellan parterna.

Genomförande av etableringsprojekt

Bolagets redogörelse innehåller den planering och beskrivning som är adekvat för genomförandet. Det begränsade utrymme som lämnats för redogörelsen ger enligt bolaget mening inte utrymme för att lämna den utförliga beskrivning som skulle behövas för en komplett tidplan. Bolaget valde därför att beskriva andra element i planen och inte upprepa de beskrivningar som fanns i kraven. Bolagets utgångspunkt var att upprepning av ställda krav inte skulle kunna bedömas innebära mervärden för Västtrafik p.g.a. de instruktioner som angivits i upphandlingsdokumenten. Bolaget har utgått från vad som anges i ”Bilaga B3 Leveransprocesser” som givna förutsättningar. Att bolaget inte genom upprepning bekräftat allt som anges i bilagan ska dock inte tas till intäkt för att bolagets beskrivning avviker från denna.

Leverans av helpdesk och driftövervakning

Bolaget har på ett flertal betydande punkter offererat mer än vad som följer av minimikraven och borde därför ha tilldelats högre poäng. Exempelvis erbjuder driftövervakning dygnet runt under årets samtliga dagar, vilket är klart mer än de tidsintervall som anges som minimiintervall. Support och helpdesk är tillgängliga under väsentligt längre tidsintervall än vad som följer av minimikraven. Bolaget offererar även betydligt högre och snabbare svarsfrekvens än vad som följer av minimikraven.

Bolagets redogörelse syftar, i enlighet med upphandlingsdokumenten, till att beskriva hur bolaget tänker sig ett framtida samarbete för att Västtrafik ska kunna utvärdera kvaliteten i denna redogörelse och i anbudet. Det handlar alltså inte om bindande avtalsvillkor eller ovillkorliga krav, utan om huvudragen i de lösningar som bolaget planerar. SLA-bilagan tjänar här som exempel på de SLA-villkor som just Västtrafik erbjuds av bolaget. Det anges inte i upphandlingsdokumenten att anbudsgivarna i sina anbud ska redovisa varje detalj i sitt förslag till samarbete. En anbudsgivares redovisning av kvalitetskriterier i ett anbud blir till följd av sin natur en redogörelse för hu-

vuddragen i de lösningar och villkor som offereras. Detta dels p.g.a. det angivna formatet för en sådan redogörelse i anbudet, dels p.g.a. att samtliga förutsättningar för ett framtida samarbete inte är specificerade i detalj i upphandlingsdokumenten. Angående vad Västtrafik anför om oklarheter avseende prissättning kan konstateras att det framgår av prisformuläret att anbudspriset ska omfatta hela upphandlingsföremålet och att några kostnader därutöver inte accepteras.

Optimering av nyttjande och mobildatakanalerna

Ett modems kapacitet och maximal bandbredd är en viktig och grundläggande förutsättning för att uppnå efterfrågad användarupplevelse. Även om ett modem i sig är en hårdvara, som Västtrafik uttrycker det, så innehåller modem just funktioner och inställningar som i olika grad och på olika sätt optimerar användarupplevelsen. Ett modems maximala bandbredd är en sådan funktion. Västtrafik synes påstå att det endast är mjukvara som inte medföljer enskild hårdvara som ska utvärderas. Detta framgår dock inte av upphandlingsdokumenten. Tvärtom hänvisas till just bandbredd som en metod för att optimera kundernas upplevelse av tjänsten.

Vid växling mellan två modem så läggs aldrig modemens sammanlagda hastighet ihop, vilket skapar avbrott i användandet för slutanvändaren. Vid aggregering och användande av SureWan balanseras istället användarna aktivt mellan modemerna oavbrutet, vilket gör att hela den sammanlagda bandbredden av de uppkopplade modemerna kan användas. Det gör också att användaren aldrig upplever avbrott i kommunikationen.

Utvärderingsmodellens tydlighet

Den miniminivå som bedömningen av de olika kriterierna utgår från har inte definierats närmare och det är således inte klart vad som bedömts utgöra mervärden i förhållande till miniminivån. Denna otydlighet har också gett tydliga effekter på utvärderingen på sätt att bolaget lämnat ett anbud på en

betydligt högre nivå än vad som följer av de obligatoriska kraven, men trots detta ändå bedömts endast uppnå de lägre nivåerna ”få mervärden” eller vissa mervärden. Upphandlingsdokumenten har således inte varit tillräckligt utförliga för att bolaget skulle kunna bedöma vad som enligt Västtrafik medför mervärde och därmed högre poäng vid utvärderingen.

Västtrafik

Inställning

Den påstådda bristen i Oxifys anbud avser ett krav av ordningskaraktär som saknar betydelse för konkurrensen i upphandlingen. Västtrafik har även haft möjlighet att låta Oxify förtydliga alternativt rätta sitt anbud och därigenom förtydliga att det aktuella kravet är uppfyllt. I vart fall framgår det av uppgifterna i Oxifys anbud i övrigt att det relevanta kravet uppfylls. Mot bakgrund härav har det inte funnits skäl att förkasta Oxifys anbud.

Bolagets anbud har utvärderats i enlighet med upphandlingsdokumentens föreskrifter. Generellt kan konstateras att bolagets beskrivningar i ”Bilaga B6 Genomförande och egenskaper” är allmänt hållna. De saknar vidare i stor mån koppling till upphandlingsföremålet och Västtrafiks verksamhet, vilket utgör ett genomgående skäl till varför bolaget inte tilldelats högre poäng.

Av upphandlingsdokumenten framgår vad de olika tilldelningskriterierna avser och vad Västtrafik kommer att beakta vid utvärderingen. Av upphandlingsföreskrifterna tillsammans med ”Bilaga B6 Genomförande och egenskaper” framgår närmare vad anbudsgivarnas beskrivningar ska innehålla. Upphandlingsdokumenten och dess utvärderingsmodell uppfyller därmed de tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF.

Oxify's anbud

Oxify har besvarat samtliga krav, utom det nu aktuella, genom ett jakande svar. Avseende det nu aktuella kravet har Oxify varken kryssat i rutan för Ja eller rutan för nej och har således inte lämnat något svar alls. Oxify har dock i sitt anbudsformulär bekräftat att bolaget tagit del av, är införstått med och utan förbehåll eller reservationer accepterar samtliga förutsättningar, villkor och krav samtliga handlingar och att bolaget intygar att det kommer att uppfylla samtliga förutsättningar, villkor och krav enligt upphandlingsdokumenten utan förbehåll eller reservationer. Därutöver framgår i övrigt av Oxify's anbud uttryckligen att offererat spridningsnät består av efterfrågade enheter och att Oxify därmed accepterar/uppfyller kraven på vad spridningsnätet ska bestå av. Att Oxify accepterar/uppfyller krav på att spridningsnät ska bestå av kablage för nätverk enligt IEEE 802.3 avsett att koppla samman utrustningen för systemet framgår av anbudsbilagan "Datablad kablage Spridningsnät". Att Oxify accepterar/uppfyller kravet på att spridningsnätet ska bestå av spridningsswitchar för förgrening av nätverket framgår av anbudsbilagan "Datablad Spridningsswitch". Att Oxify accepterar/uppfyller kravet på att spridningsnät består av accesspunkter för spridning av nätverket via WiFi framgår uttryckligen av anbudsbilagan "Datablad Accesspunkt". Att Oxify accepterar/uppfyller kravet på att spridningsnätet består av interna antenner som distribueras via WiFi i fordonet framgår uttryckligen av anbudsbilagan "Datablad WiFi Antenn". Antennernas placering i tågfordonen framgår av anbudsbilagan "Placeringsritningar".

Utvärderingen av bolagets anbud

Det är inte den faktiska erfarenhet som anbudsgivarna kan tänkas ha som har varit föremål för utvärdering, utan de fritextsvar som anbudsgivarna har lämnat i sina respektive anbud. I den mån en anbudsgivare inte, på ett adekvat och tydligt sätt, lyckats beskriva de mervärden som genomförande och egenskaper avseende offererad lösning kan tänkas medföra, kan anbudsgivaren inte premieras för sådana mervärden vid utvärderingen. Bolaget har hos

förvaltningsrätten, i yttrande efter yttrande, lämnat ny information om påstådda fördelar med den av bolaget offererade lösningen.

Att bolaget utför uppdrag för andra beställare som har höga krav saknar betydelse i sammanhanget. Vad som har betydelse är huruvida bolaget visat på mervärden för Västtrafik. Avseende helpdesk och driftövervakning har bolaget angett att dess helpdesk och driftövervakning övervakar ca 2 000 aktiva enheter på tåg och ca 3 000 system på bussar. Att bolaget har angiven kapacitet och erfarenhet medför inte per automatik att bolaget har förståelse för Västtrafiks specifika behov. Tvärtom är den beskrivning som bolaget lämnat generell och utan närmare koppling till upphandlingsföremålet och Västtrafiks verksamhet.

Genomförande av etableringsprojekt

Eftersom tillgången till nödvändiga resurser och fordon är begränsad är det av väsentlig betydelse för Västtrafik att anbudsgivarna vid genomförande av etableringsprojekt följer den struktur som anges i ”Bilaga B3 Leveransprocesser”. Bilagan innehåller schematiska tidsplaner för design respektive installation som är anpassade till realistisk tillgång till dessa kritiska resurser. Enligt Västtrafiks mening är det en grundläggande förutsättning för att en beskrivning av genomförande av etableringsprocessen ska kunna anses medföra mervärde att det av beskrivningen uttryckligen framgår att processen är kopplad till och följer den tänkta leveransprocessen. Det är därför som det uttryckligen anges att beskrivningen ska följa ”Bilaga B3 Leveransprocesser”.

Bolaget har inte anpassat sin beskrivning till vad som föreskrivs i ”Bilaga B3 Leveransprocesser”, vilket utgör skäl till varför bolagets beskrivning inte bedömts tillföra mervärden för Västtrafik. Några exempel på hur bolagets beskrivning avviker från vad som föreskrivs i bilagan är bl.a. följande:

- Godkännandepunkter i ”Bilaga B3 Leveransprocesser”, Figur 2, saknas i bolagets beskrivning eller överensstämmer inte med beskrivningen.
- Bolaget har angett en långt mycket kortare period för acceptanstest än de uppskattningsvis fyra veckor för respektive tågtyp som anges i ”Bilaga B3 Leveransprocesser”.
- Bolaget har inte beaktat upphandlingsunderlagets olika milstolpar.

Bolaget synes inte ha utgått från Västtrafik och Västtrafiks behov vid upprättande av anbudet. Exempelvis framgår av bolagets beskrivning att bolaget vid ”större projekt” sätter upp styrgrupper. Det framgår dock inte om bolaget betraktar Västtrafiks projekt som större.

Leverans av helpdesk och driftövervakning

Det framgår inte av bolagets anbud om Västtrafik erbjuds den servicenivå som beskrivs i bifogat SLA eller om det i så fall skulle innebära tillkommande kostnader. I bolagets anbud anges endast att ”Bilaga 5 beskriver ett Premium SLA”. SLA-bilagan avviker dessutom i flera avseenden från vad som föreskrivs i kravspecifikationen. Detta gäller t.ex. ifråga om inom vilka tider ett fel ska vara åtgärdat.

Optimering av nyttjande och mobildatakanaler

Det är korrekt att de modem bolaget offererat har potential att ge högre datahastighet än motsvarande hårdvara i Oxifys anbud. Rubricerat kriterium tar dock sikte på den offererade lösningens flexibilitet och hur väl lösning, på ett smart sätt, optimerar nyttjandet av en, för kunderna, gemensam datakanal oavsett dess tekniska egenskaper. Val av modem kan därför inte medföra några mervärden inom ramen för rubricerat kriterium.

Det finns flera sätt att kombinera kapaciteten och nyttjandet av parallella datakommunikationskanaler genom aggregering eller växling. Bolaget har ett patenterat sätt som i anbudet benämns SureWan. Bolaget har dock inte i sitt anbud närmare beskrivit den tekniska lösningen eller de eventuella kva-

litativa och/eller kvantitativa fördelar SureWan har jämfört med alternativa tekniker. Västtrafik har därför jämfört bolagets lösning med alternativa aggregerande/växlande tekniker.

Utvärderingsmodellens tydlighet

Olika leverantörer kan leverera tjänster och organisera sin verksamhet på olika sätt och använda exempelvis olika arbetssätt, bemanning, organisation, metoder, rutiner, modeller, system, processer, planering, tekniska lösningar, designlösningar, tester etc. för att säkerställa en hög kvalitet vid leveransen. Västtrafik har inte full kännedom om hur samtliga leverantörer på marknaden bedriver eller kan bedriva sin verksamhet i dessa avseenden. Västtrafik har därför inte på förhand kunnat beskriva exakt hur en optimal lösning avseende internet på tåg ska vara utformad. Om Västtrafik hade försökt sig på att göra detta hade Västtrafik inte haft möjlighet att dra nytta av de lösningar som leverantörer, genom sin specialkunskap och erfarenhet av branschen, arbetat fram. Inte heller hade Västtrafik kunnat dra nytta av nya tankar och idéer som en leverantör kan komma att föreslå. Västtrafik har därför använt sig av en utvärderingsmodell där Västtrafik för varje kvalitetskriterium beskrivit de förväntningar/målsättningar Västtrafik har, vad som kommer att beaktas vid utvärderingen av respektive kvalitetskriterium (angivet i form av delkriterier) och begärt att de olika leverantörerna i fritext ska beskriva sitt planerade genomförande och sina egenskaper baserat på aktuella kvalitetskriterierna. En annan modell hade omöjliggjort en relevant utvärdering av kvalitet i den aktuella upphandlingen.

Vad som avses med mervärden måste anses framgå direkt av ordalydelsen, d.v.s. mervärden i förhållande till upphandlingens minimikrav. Vidare är begreppet mervärde kvalitativt och inte kvantitativt. Detta innebär att det inte är varje erbjudande utöver minimikraven som medför mervärde. Därutöver krävs att erbjudandet faktiskt har ett värde för Västtrafik eller dess kunder som går utöver det som följer av minimikraven.

Vad som avses med ”avsevärda”, ”definitiva”, ”vissa” och ”få” har inte kunnat beskrivas närmare eftersom mervärdena inte är kvantifierbara i antal. Det är t.ex. inte möjligt att ange att tre stycken mervärden motsvarar ”få” mervärden eftersom ett visst mervärde kan väga så tungt att det ensamt motsvarar ”definitiva” mervärden. Det kan också vara så att flera mindre tungt vägande mervärden tillsammans endast motsvarar ”få” mervärden. Västrafik har inte heller kunnat ge exempel på vad som skulle kunna utgöra exempelvis ”avsevärda” mervärden eftersom Västrafik inte på förhand har kunnat beskriva exakt hur en optimal lösning ska vara utformad och därför inte heller haft närmare kännedom om vilka mervärden som skulle kunna offereras. Syftet med utvärderingsmodellen hade vidare förfelats om Västrafik hade uppgett att vissa särskilt angivna mervärden tillsammans skulle utgöra exempelvis ”avsevärda” mervärden och det därefter skulle visa sig att marknaden hade kunnat erbjuda en mycket högre grad av mervärden än vad Västrafik hade räknat med. Hade Västrafik då lagt taket för högsta poäng på en alltför låg nivå hade det inte varit möjligt att urskilja det bästa anbudet och anbudsgivarna hade inte heller haft incitament att offerera sina bästa möjliga anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LUF anges följande. 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. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En

upphandlande enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

I 4 kap. 9 § LUF anges att en upphandlande enhet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 15 kap. Enheten ska innan den tilldelar kontrakt kontrollera att anbudsgivarna uppfyller de villkor som enheten ställt enligt 14 kap.

Enligt 15 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enhet tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Av 16 kap. 2 § LUF framgår följande. När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas. Ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln. Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande enheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska enheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga.

Enligt 20 kap. 4 § LUF anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

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

Av 20 kap. 6 § LUF följer att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

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

Förvaltningsrätten prövar först de omständigheter bolaget angivit till grund för sin ansökan och som tar sikte på upphandlingens konkurrensuppsökande fas.

Utgångspunkter för bedömningen

Utvärderingen i en upphandling med tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet genomförs genom tillämpning av en utvärderingsmodell som består av olika sorters kriterier. Den enklaste sortens modell innehåller endast de båda tilldelningskriterierna pris och kvalitet. Tilldelningskriterium kan i detta sammanhang beskrivas som huvudkriterier, d.v.s. kriterier som

inte är underordnade några andra kriterier. Det är dock vanligt att tilldelningskriteriet kvalitet förses med underkriterier och/eller delkriterier. Att ett kriterium förses med underkriterier innebär att bedömningen av det överordnade kriteriet delas upp i flera självständiga delmoment. Att ett kriterium förses med delkriterier innebär att det görs en samlad bedömning utifrån osjälvständiga delmoment. Detta innebär mer specifikt att det anges vilka omständigheter (delkriterierna) som beaktas inom ramen för en helhetsbedömning (det överordnade kriteriet).

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

Ramarna för beställarens bedömning

Av reglerna i LUF följer inte något krav på att tilldelningskriterierna ska vara definierade på ett sådant sätt att anbudsgivarna på förhand kan räkna ut exakt vilken poäng deras anbud kommer att få. Det krävs inte heller att en upphandlande enhet genom tilldelningskriteriernas utformning eller på annat sätt lämnar sådan information att det i efterhand kan fastställas exakt vilken poäng ett visst anbud rätteligen skulle ha tilldelats. Vidare ska beaktas att

även om bedömningen och poängsättningen ska göras utifrån objektiva omständigheter, utesluter inte detta att den upphandlande enheten har ett visst bedömningsutrymme. Att det är möjligt att utifrån samma underlag göra en annan bedömning än den som gjorts av den upphandlande enheten, behöver således inte nödvändigtvis innebära att tilldelningskriterierna är bristfälligt utformade eller tillämpade.

Detta innebär dock inte att det enligt reglerna i LUF skulle vara vedertaget (i meningen allmänt accepterat) att vid komplexa tjänsteupphandlingar endast ange en allmänt hållen poängskala, utan närmare beskrivning av de olika stegen i den använda poängskalan. Således är det visserligen riktigt att poängnivåerna inte behöver vara definierade på ett sådant exakt sätt som t.ex. att en bränsleförbrukning på X l/mil ger Y poäng. Däremot måste leverantörerna ges rimlig vägledning angående vad som krävs för att nå en viss poäng och hur de olika poängnivåerna är avgränsade från varandra. Sådan vägledning är nämligen nödvändig för att det i efterhand ska kunna kontrolleras att utvärderingen har gjorts på objektiva grunder och i enlighet med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF.

Upphandlingsdokumentens utvärderingsmodell

Upphandlingsdokumentens beskrivning av de olika kriterierna ger tillsammans med föreskrifterna avseende anbudens innehåll en relativt god bild av vad föremålet för utvärdering är. Av denna information kan anbudsgivarna möjligen sluta sig till vad som krävs för att uppfylla minikraven, d.v.s. bedömningens startpunkt/lägsta nivå. Av detta kan man sluta sig till att det är vad som offereras därutöver som utgör mervärden. Vad gäller ramarna för bedömningen anges dock endast en allmänt hållen betygsskala. Avgörande för tillämpningen av denna betygsskala är huvudbegreppet ”mervärde” och graderingarna ”avsevärda”, ”definitiva”, ”vissa” och ”få”. Inget av dessa begrepp definieras dock särskilt. Vidare syftar graderingarna ”få” och ”vissa” normalt på antal, medan ”definitiva” i allmänhet innebär säkra och

”avsevärda” snarast som omfattningen eller kvaliteten avseende ett eller flera angivna mervärden. Poängskalan framstår därför som osammanhängande på sätt att ”få” och ”vissa” på intet sätt utesluter ”definitiva” och/eller ”avsevärda”. Inte heller ”definitiva” och ”avsevärda” utesluter varandra. Det är därför oklart hur de offererade mervärdena ska värderas och på vilket sätt mervärden ska offereras för att uppnå en viss poängnivå. Utvärderingsmodellen uppfyller därmed inte de tydlighetskrav som följer av de grundläggandeprinciperna i 4 kap. 1 § LUF.

Brott mot LUF och skaderekvisitet

Mot bakgrund av bedömningen närmast ovan finner förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att Västtrafik brutit mot LUF genom att i upphandlingsdokumenten föreskriva en utvärderingmodell/ställa upp tilldelningskriterier som inte uppfyller de tydlighetskrav som följer av de grundläggandeprinciperna i 4 kap. 1 § LUF. Detta kan ha påverkat anbudsprövningens utgång till bolagets nackdel. Bolaget har därmed även förmått göra sannolikt att felet i upphandlingen medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Val av åtgärd

Felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Rättelse är därför inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Således finns det skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Kjell Hammarborg

Rådmannen Kjell Hammarborg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

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

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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

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

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

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

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

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

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