



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2017-05-15

Meddelad i Stockholm

Mål nr

26451-16

SÖKANDE

Programenius AB, 556343-6194

Brotorpsvägen 4

181 64 Lidingö

MOTPART

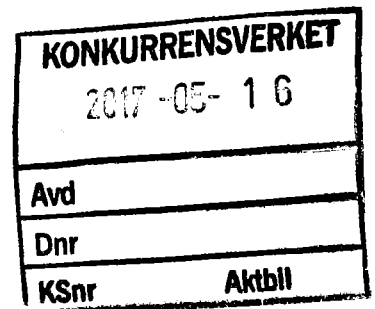
Stockholms läns landsting, 232100-0016

Trafikförvaltningen

105 73 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 846318

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00-16:30
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av Kollektiv sjötrafik, Linje 81, TN 2016-0753. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). SLL har den 1 december 2016 beslutat att tilldela en annan anbudsgivare än Programenius AB (Programenius) kontraktet. SLL har därefter gjort en ny utvärdering av Programenius anbud och fattade den 12 januari 2017 ett förnyat tilldelningsbeslut med samma innebörd som det första, dvs. en annan anbudsgivare än Programenius tilldelades kontraktet.

Programenius ansökte om överprövning av upphandlingen efter det första tilldelningsbeslutet och har senare, efter det andra tilldelningsbeslutet, förklarat att bolaget kvarstår vid tidigare framförda yrkanden och grunder. Bolaget yrkar att utvärderingen av dess anbud ska göras om i sin helhet och anser att anbudet bör tilldelas minst omdöme *3 Bra*. Programenius yrkar även att det vinnande anbudet ska förkastas med hänvisning till att anbudet inte uppfyller samtliga ska-krav. För det fall förvaltningsrätten inte anser att det vinnande anbudet ska förkastas yrkar bolaget att utvärderingen av vinnande anbud görs om i sin helhet då ett högre betyg än *4 Mycket bra* inte kan anses rimligt givet den utvärderingsmodell som används. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande.

I SLL:s kvalitetsrapport finns stora brister och bedömningarna som anges är svepande och dåligt underbyggda. Beställaren har helt missat den inlämnade riskanalysen som avser etableringsfasen men anbudet fick ändå betyget *2 Nöjaktigt*. Bolagets tolkning är att dess anbud som helhet var så bra att det bedömdes som nöjaktigt trots den stora brist som enligt beställaren fanns i anbudet. I kvalitetsrapporten anges vidare att bolaget anses ha lämnat en etableringsplan med vissa brister och att rekryteringen är sent planerad. Bolaget hade beskrivit att rekryteringen ska vara genomförd senast vecka 8, nästan två månader före trafikstart. SLL berättade dock vid ett möte den

9 december 2016 att SLL hade tolkat uppgifterna som att hela rekryteringsprocessen skulle utföras under vecka 8. I kvalitetsrapporten anger SLL även att det faktum att bolaget avser att bygga ett nytt fartyg som ska vara klart till driftstart borde vara förknippat med risker och bolaget fick omdöme 2 eftersom SLL ansåg att det saknades en beskrivning av dessa risker. Beställaren hade dock helt missat riskanalysen. Av den övergripande tids- och aktivitetsplanen framgår att leverans av fartyget skulle ske under perioden den 27 mars–2 april 2017. Leverantören har felaktigt uppgett den 15 april 2017 för driftstart men det hade varit mycket lätt för SLL att kontakta leverantören och förhöra sig om detta. Någon sådan kontakt togs inte. Vid mötet påtalade Programenius detta skrivfel. Det finns inget krav i förfrågningsunderlaget där det anges att reservtonnage ska namnges och ingen sådan fråga har ställts.

Bolagets redogörelse avseende effektivisering och utveckling ansågs vara grundläggande och kortfattad och påstods sakna detaljerade uppgifter angående intäktssäkring. Bolaget har presenterat åtgärder på sex olika områden och gällande intäktssäkring bekräftat att bolaget hanterar hygienfaktorerer som att ta betalt och att avisera men har även presenterat två förslag på hur antalet resenärer och intäkterna ska ökas. Bolagets riskanalys påstås uppvisa vissa brister, till största del i fråga om fartyget. Det är dock bara 5 av 13 beskrivna risker som avser fartyget. I etableringsplanen beskrivs även att bolaget ska skapa en krisberedskapsplan för olyckor och incidenter. En sådan innehåller detaljerad information och upprättas normalt i samarbete med beställaren. Vid en outsourcad verksamhet finns det information och åtaganden som leverantören inte har tillgång till och det är detta bolaget syftat på med samarbete. SLL hade enkelt kunnat ställa frågor om detta under anbudsstiden. SLL har uppgett att Programenius saknar viss förståelse för risker kopplade till kollektivtrafik. Bolaget har inte fått någon kompletterande fråga kring detta. Trots att SLL inte bedömt riskanalysen för etableringsfasen har SLL bedömt att bolaget har en rimlig möjlighet att

genomföra uppdraget så att alla krav och villkor i avtalet uppfylls. Att SLL nu tagit del av riskanalysen borde rimligtvis innebära att bolagets betyg höjs till 3 *Bra*. Det är märkligt att SLL inte ställt en enda fråga kring anbudet om de brister som enligt SLL finns där, t.ex. att Programenius uttryckt sig för kortfattat. Det framgår av förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren kan kallas för att presentera sitt anbud i syfte att förtydliga inlämnad information vilket hade varit fullt rimligt i detta fall. I den nya utvärderingen anger SLL att det saknas beskrivning av hur alla krav i Bilaga 7.1 Tonnage och Bilaga 10.4 Miljö kommer att uppfyllas samt att det bl.a. saknas en beskrivning av hur fartyget inom 12 månader kommer att uppfylla kraven i nivå med IMO Tier III. Det ges dock inget exempel vilka krav i bilaga 7.1 som inte är uppfyllda. Det finns inget krav att det ska redovisas hur Tier III ska uppfyllas, bara att det ska göras inom 12 månader. En av de andra anbudsgivarna har inte heller någon beskrivning av hur nivån ska uppfyllas men det läggs inte den anbudsgivaren till last.

Det ifrågasätts vidare att det vinnande anbudet fick omdöme 5 *Utmärkt* när två viktiga kravpunkter i utvärderingsmodellen saknas. Anbudet saknar en plan för generalarrangemang och detta i sig borde vara skäl nog att förkasta det vinnande anbudet. Vad gäller riskanalysen bör denna innehålla verifiering av att de föreslagna åtgärderna medför en riskreducerande effekt. För omdöme 5 krävs att anbudsgivaren har gjort en väl genomtänkt riskanalys och att helt utelämna verifieringen kan knappast anses som väl genomtänkt.

SLL bestrider bifall till Programenius ansökan och anför bl.a. följande. Som det får förstås gör Programenius gällande att bolaget skulle ha fått ett högre betyg om SLL hade utvärderat riskanalysen, vilket SLL ostridigt inte hade gjort. SLL har med anledning av ansökan gjort en förnyad prövning av anbudet. Denna har resulterat i samma betyg som vid tidigare utvärdering. Programenius utförandebeskrivning uppvisar vissa brister. Som exempel kan nämnas att Programenius i sitt anbud angett att bolaget har en färdig-

ställd, levererad och certifierad båtmodell till den 15 april 2017. Av förfrågningsunderlaget framgår att planerad trafikstart är den 12 april 2017. Av anbudet kan inte utläsas med vilket alternativt tonnage bolaget hade tänkt överbrygga dagarna fram till leveransen av båten samt hur bolaget hade tänkt hantera risken för leveransförseningar. Det är ostridigt att Programenius vid mötet den 9 december 2016 påtalade för SLL att fel datum för driftstart angetts av leverantören för fartyget. Programenius menar att det ankommit på SLL att kontrollera riktigheten av uppgiften genom att kontakta leverantören. Det föreligger ingen skyldighet för SLL att göra efterforskningar och det är tvärt om anbudsgivarna som står risken för att lämnade uppgifter inte är korrekta. En upphandlande enhet har visserligen under vissa förutsättningar en möjlighet att begära in förtydliganden men aldrig någon skyldighet. Programenius kritiserar även att SLL vid den förnyade utvärderingen av dess anbud inte beaktat Programenius påstående om att informationen om driftstarten var felaktig. Någon skyldighet eller möjlighet för SLL att beakta den justerade informationen fanns dock inte utan den förnyade utvärderingen har endast fått avse den information som var inkommen fram till sista dagen för anbudslämnande. Hade SLL beaktat Programenius kompletterande information hade detta inneburit ett brott mot likabehandlingsprincipen. Endast om den förnyade utvärderingen hade avsett samtliga inkomna anbud och samtliga anbudsgivare hade fått möjlighet att komplettera sina anbud med ytterligare information hade det varit möjligt att beakta Programenius påpekade om felaktiga uppgifter. Det stämmer att det i upphandlingen inte fanns något krav på att anbudsgivarna skulle inkomma med uppgifter om reservtonnage. Programenius anbud innebar dock att leveransen av det tonnage som skulle användas skulle ske i mycket nära anslutning till driftstart. Det är upp till varje anbudsgivare att identifiera relevanta svagheter i respektive anbud och belysa dessa i den föreskrivna riskanalysen. I just Programenius fall var det ur riskperspektiv relevant att beskriva hur en eventuell leveransförsening skulle hanteras. Avsaknaden av en sådan beskrivning inklusive åtgärdsförslag utgjorde

därmed en kvalitetssänkande brist i Programenius riskanalys. I genomförandebeskrivningen anges att det ska finnas en redogörelse som visar att fartyget är byggt och utrustat på sådant sätt att kraven i avtalet uppfylls. Med ”kraven i avtalet” avses bl.a. kravet att IMO Tier III ska uppfyllas senast 12 månader efter trafikstart. Påståendet om att tonnage kommer att uppfylla kravet är inte tillräckligt för att Programenius ska kunna anses ha lämnat in en redogörelse i enlighet med kravet. Avsaknaden av en sådan redogörelse har utgjort en kvalitetssänkande brist i genomförandebeskrivningen. Vad gäller intäktssäkring så gör Programenius en egen tolkning av vad som innefattas i begreppet. Programenius har angett att bolaget kommer att säkerställa en effektiv och korrekt hantering av biljetter och avisering av biljetter ombord men det finns inget angivet om hur och på vilket sätt detta var tänkt att ske. Programenius har gett in en aktivitets- och etableringsplan för uppdraget men någon beskrivning eller förklarande text om hur dokumentet ska förstås har inte getts in eller hänvisats till. Inte heller kan det av andra uppgifter i anbudet utläsas hur dokumentet ska förstås.

Programenius påstående att vinnande bolags anbud inte uppfyller samtliga ska-krav är inte korrekt. Anbudet innehåller ett skalenligt utkast till generalarrangemang med en skriftlig beskrivning. Den skriftliga beskrivningen utgörs av relevanta uppgifter och redogörelser i vinnande bolags anbud. Påståendet om att vinnande bolag helt utlämnat verifieringen i riskanalysen är inte korrekt. Genomförandebeskrivningen innehåller visserligen inte en explicit rubrik under vilken verifieringen redogörs för, och det har inte heller funnits ett sådant krav, men den innehåller enligt SLL:s bedömning de uppgifter som behövs för att visa att de riskminimerande åtgärderna kommer att ha effekt. Riskanalysen har inte behövt vara perfekt eller utmärkt för att genomförandebeskrivningen skulle få betyget ”5 Utmärkt” utan det krävdes en väl genomtänkt riskanalys. SLL har bedömt det vinnande bolagets anbud i sin helhet och vid en sammanvägd bedömning funnit att det motsvarar betyg ”5 Utmärkt”.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Ansökan om överprövning

Förvaltningsrätten anser att Programenius ansökan om överprövning även omfattar det senare tilldelningsbeslutet.

Utgångspunkter för prövningen

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Genom den lagen upphävdes lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Enligt fjärde punkten i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till den nya lagen gäller dock den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Förvaltningsrätten prövar därför Programenius ansökan om överprövning enligt den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Programenius har anfört att dess anbud borde ha fått ett bättre omdöme vid utvärderingen. Programenius har också anfört att det vinnande bolaget inte uppfyller samtliga ska-krav och att dess anbud borde ha fått ett sämre omdöme vid utvärderingen.

Av rättspraxis framgår att en upphandlande myndighet allmänt sett måste ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera ett anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. Det har bl.a. uttalats att den upphandlande myndighetens värdering får godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning (se exempelvis Kammarrätten i Stockholms dom den 5 september 2012 i mål nr 2304-12 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2009 i mål nr 5-09). Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra någon egen utvärdering av anbudet.

Förvaltningsrätten anser att det i målet inte har framkommit skäl att göra andra bedömningar än de SLL har gjort. Inte heller framgår annat än att det vinnande bolaget uppfyller de uppställda ska-kraven. Skäl för ingripande enligt LOU på dessa grunder saknas därmed.

Programenius har även anfört att SLL borde ha ställt kompletterande frågor för att bekräfta vissa uppgifter samt gett Programenius möjlighet att komplettera och förtydliga sitt anbud. SLL har i sin tur anfört att en upphandlande enhet under vissa förutsättningen har en möjlighet att begära in förtydliganden men aldrig någon skyldighet samt att om SLL hade beaktat Programenius kompletterande information hade detta inneburit ett brott mot likabehandlingsprincipen i med hänsyn till de andra anbudsgivarna.

Av 15 kap. 12 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. I andra stycket anges att en myndighet får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Denna möjlighet till förtydligande eller komplettering av anbud förutsätter att det inte föreligger risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bestämmelsen medför som regel inte en möjlighet att ändra eller lägga till i lämnade anbud och ska tillämpas restriktivt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober

2013 i mål 1503-13). Vidare framgår av praxis att en komplettering eller ett förtydligande av motstridiga uppgifter i ett anbud inte får ske i syfte att samtliga ska-krav ska uppfyllas (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 6 februari 2013 i mål 6530-12).

Av det ovanstående följer att den upphandlande myndigheten inte har någon skyldighet att begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras och har i synnerhet ingen skyldighet att själv göra efterforskningar avseende om uppgifter i ett inlämnat anbud är korrekta. Detta ansvar ligger uteslutande på anbudsgivaren. Vidare får rättningar och kompletteringar enligt 15 kap. 2 § LOU enbart tillåtas om det ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Förvaltningsrätten anser att om SLL agerat på det sätt Programenius begär hade det med stor sannolikhet inneburit särbehandling av Programenius och stått i strid med likabehandlingsprincipen då andra anbudsgivare inte getts samma möjlighet. Vad Programenius har anfört i denna del utgör därmed inte heller skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Per Eskilsson

Rådman

Madeleine Pettersen har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 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 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.