

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-04-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
1790-09
Rotel 221

SÖKANDE

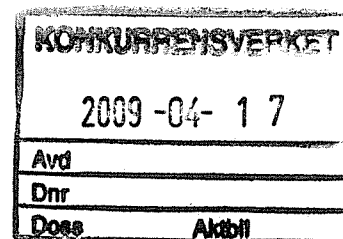
Veolia Transport Sverige AB, 556042-4391

Ombud: Advokat Carl Bokwall, jur.kand. Per-Owe Bumgarth och jur.kand.
Lena Salomonsson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

AB Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683

Ombud: Advokat Joakim Lavér, jur.kand. Katarina Mild 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 Veolia Transport Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Det interimistiska beslutet från den 29 januari 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 402995

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00
E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) har genomfört en upphandling avseende tunnelbaneverksamheten i Stockholms län. Upphandlingen har genomförts som en förhandlad upphandling. Av tilldelningsbeslut daterat den 20 januari 2009 framgår att SL har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Veolia Transport Sverige AB (Veolia).

Veolia ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar Veolia, i det fall att länsrätten skulle finna att utvärderingsmodellen är förenlig med LOU och gemenskapsrätten, att länsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att SL ska förkasta MTR Corporation Ltds (MTR) anbud och därefter genomföra en ny anbudsutvärdering av kvarvarande anbud.

SL bestrider bifall till ansökan om överprövning.

Som grund för sin talan anför Veolia i huvudsak följande.

SLs utvärderingsmodell strider mot EG-rätten och LOU

SL har inte angett någon viktning av utvärderingskriterierna för *Totalpris* och *Kvalitet* i förfrågningsunderlaget, varken i procent, kvotandelar eller någon annan myckenhet. Detta är ett tvingande krav enligt försörjningsdirektivets artikel 55.

Som utvärderingen är konstruerad i upphandlingen kan en individuell anbudsgivare som inte erhåller det högsta betyget (100 poäng/100 procent) avseende kvalitet rendera ett fiktivt prispåslag om 20 miljoner kronor på totalpriset för varje procentenhet som understiger 100 procent. 10 procent från maximalt betyg ger såldes 200 miljoner i fiktivt prispåslag. Detta innebär att beroende på vilket betyg som SL tilldelar anbudsgivaren avseen-

de kvalitet så kan det fiktiva prispåslaget variera från 0 kr (10 poäng/100 procent av maxpoängen) till 1000 miljoner kr (5 poäng/50 procent av maxpoängen). Att SL på ett klart och tydligt sätt angett att ett kvalitetsbristpåslag kommer att ske på totalpriset och med hur mycket innebär inte att det är möjligt att den vikt, oavsett hur den uttrycks, redovisats för respektive utvärderingskriterium. Det existerar inte - såvitt känt - något matematiskt sätt att fastställa den vikt i procent eller annan myckenhet som SL lägger vid respektive kriterium. Det är därför inte heller möjligt för anbudsgivarna att dra någon slutsats kring vad som egentligen varit viktigast i upphandlingen, offererat pris eller erbjuden kvalitet.

Länsrätten har i en tidigare dom den 25 februari 2008, mål nr 2305-08, funnit att den av SL använda utvärderingsmodellen som saknade viktning av utvärderingskriterierna ändå uppfyllde upphandlingslagstiftningens krav. Det finns anledning att överväga en omprövning av detta ställningstagande. I ovan nämnda mål anförde SL bl.a. att Konkurrensverket och dåvarande NOU rest invändningar mot procentuell viktning mellan pris och kvalitet. Detta är emellertid inte korrekt. Konkurrensverket har finansierat och publicerat en uppdragsforskningsrapport på sin hemsida, 2004:1, där professorn i datalogi Arne Andersson och lektorn i nationalekonomi Anders Lunander på uppdrag av verket undersökt vissa utvärderingsmodeller. I rapporten framgår särskilt att de slutsatser som framförts inte återspeglar Konkurrensverkets uppfattningar. Forskningsrapporten utgör ingen rättslig utredning av vilka utvärderingsmodeller som är förenliga med det upphandlingsrättsliga regelverket. NOU har i ett yttrande avseende en särskild upphandling redogjort för att en viss typ av utvärderingsmodell i vissa fall kan ge oönskade resultat. Varken Konkurrensverkets rapport eller NOU tar dock ställning till försörjningsdirektivets artikel 55 och de tvingande reglerna om viktning.

Trots att äldre LOU är tillämplig i målet ska försörjningsdirektivet tillämpas i den mån enskilda artiklar i nämnda direktiv har direkt effekt, vilket får till följd att bestämmelsen måste tillämpas av SL. Artiklarna 55.1 a och 55.2 i försörjningsdirektivet reglerar att viktning som huvudregel ska ske. Båda bestämmelserna har direkt effekt i och med att de klart och tydligt uttrycker rättigheter för enskilda som ska åberopas mot upphandlande enheter. Implementeringstiden för försörjningsdirektivet gick ut den 31 januari 2006. I förhållande till äldre upphandlingslagstiftning innebär försörjningsdirektivets krav på angivande av utvärderingskriteriernas inbördes viktning en klar skärpning. Endast i de fall viktning inte är möjlig medges den upphandlande enheten avstå viktning och istället rangordna kriterierna.

Att kriterierna ska viktas inbördes innebär att om den upphandlande enheten anger att den tänker tilldela kontrakt till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utifrån kriterierna *Totalpris* och *Kvalitet*, ska kvalitetskriterierna ställas i relation till varandra. I förarbetena angavs som exempel att viktning kunde ske genom att kriterierna kvalitet och pris bestämdes till 70 respektive 30 procent. Även om det inte är uttalat så är det underförstått att viktningen ska anges i någon myckenhet som t.ex. procent eller som kvotdelar som kan ställas i relation till andra myckenheter. Syftet med en sådan viktning är att göra utvärderingen förutsägbar och att reella och potentiella anbudsgivare ska ges möjlighet att få insyn i utvärderingen. Anbudsgivarna får härigenom på ett enkelt sätt insikt i om och hur de ska utforma sina anbud.

Ett annat alternativt sätt som anvisas i LUF och försörjningsdirektivet är att vikten anges som ett intervall med en största tillåtna skrivning. Enligt förarbetena till LUF (prop. 2006/07 s 249) får inte intervallet medföra ”att en så stor spridning används att det i realiteten innebär att informationen förlorar sin betydelse. Även en sådan situation torde kunna läggas till grund för en begäran om överprövning i domstol”. Som exempel angav

regeringen att en spridning för två kriterier kunde uppgå till 60-70 respektive 30-40 procent. I den offentliga utredning som låg till grund för LOU (SOU 2005:22 s 356) föreslogs med åsyftande på viktning i procent att *"istället för den i direktivet använda formuleringen "hur de olika kriterierna kommer att viktas" bör med samma avsedda betydelse användas uttrycket "vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterierna kommer att ges. Det ger också samma möjligheter att använda olika modeller eller system för att bestämma den vikt som skall tillmätas olika faktorer."*

Utredningens förslag antogs dock inte vilket får uppfattas som att lagstiftaren föredragit att det striktare mer matematiska angreppssättet skulle tillämpas beträffande viktning. I slutbetänkandet från Upphandlingsutredningen (SOU 2006:28 s 256) tycks utredarna vara av uppfattningen att upphandlingsdirektivet förutsätter att viktning måste ske i procent när det gäller upphandlingar som understiger tröskelvärdena. Mot denna bakgrund framgår det att viktning måste vara specificerad, antingen i procent eller i någon annan myckenhet, t.ex. som en kvotandel (1/3 totalpris och 2/3 kvalitet).

Upphandlingslagstiftningen är en förfarandelagstiftning som ställer strikta krav på hur en upphandlande enhet får agera. Det får inte vara så att en upphandlande enhets vilja att använda en komplicerad och tekniskt driven utvärderingsmodell ges företräde framför upphandlingslagstiftningens klara och tydliga krav på att viktning anges i förhållande till någon annan kvantitet. Om så ändå sker fräntas anbudsgivare möjlighet att förstå hur utvärderingen ska gå till och upphandlingen kommer därmed att uppvisa brist på förutsägbarhet.

Samtliga uppgifter med relevans för bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet anges inte i förfrågningsunderlaget

Såsom beskrivs ovan är tilldelningskriteriet kvalitet uppdelat i tre underkriterier som i sin tur består av 17 delkriterier som var och en viktas med en viss procentsats. Det anges även att varje delkriterium kommer att betygsättas med 1 – 10 poäng där 10 poäng motsvarar betyget utmärkt och 5 poäng motsvarar betyget nöjaktigt. Utifrån vilka kriterier som poäng och betygsättningen skulle utdelas för poängnivåerna 6 – 9 har inte angetts i förfrågningsunderlaget. Dessa uppgifter är nödvändiga för att en anbudsgivare ska kunna bedöma hur de ska utforma sina anbud. Denna del av poängsättningsmatrisen tillkännagavs först den 27 juni 2008 trots att den var bestämd på förhand. Att så var fallet följer av SLs dokument *Sammanställning av resultatet av kvalitetsutvärderingen – ”Kvalitetsutvärderingen”* vari det på första sidan anges att:

”Grupperna har arbetat enligt den process och metodik som på förhand bestämdes för anbudsutvärderingen.”

Med hänsyn till att den fullständiga poängsättningsmatrisen således var fastställd på förhand är det inte fråga om huruvida SL i efterhand kan fastställa en närmare utvärderingsmetod och om, hur och när den kan kommuniceras med anbudsgivarna och ligga till grund för utvärderingen (se den regel som EG-domstolen fastställer i Mål C-331/04 *ATI*, punkt 32). Frågan är om det är ett tvingande krav att den fullständiga matrisen skulle ingå i förfrågningsunderlaget. Enligt EG-domstolens praxis är detta ett tvingande krav. Av nedan redovisade rättspraxis följer att om den upphandlande myndigheten i förväg har fastställt en metod för hur tilldelningskriterierna ska bedömas och poängsättas måste dessa uppgifter ingå i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget.

En upphandlande myndighet ska lämna insyn i upphandlingsförfarandet så att det kan kontrolleras att principen om likabehandling iakttas. Vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iakttas både vid prekvalificering och vid den senare kontraktstilldelningen. Detta innebär, vilket EG-domstolen poängterat i mål C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 97, att:

”[a]vseende alla slags förfaranden då kontrakt skall tilldelas till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet [...] att den upphandlande myndigheten i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling skall ange alla de kriterier som den avser att ta hänsyn till vid tilldelningen.”

Avgörandet i *Universale-Bau* innebär att på samma sätt som en upphandlande myndighet måste delge anbudssökande all information om delkriterierna och det poäng- och betygssystem som ska tillämpas, måste samma grad av transparens gälla beträffande grunderna för utvärderingen av anbudet (jfr Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, s 521 f. som uttrycker en kritisk uppfattning till detta ställningstagande men som å andra sidan inte utesluter tolkningen).

EG-domstolen upprepar denna slutsats i fallet *ATI*, punkt 24, med direkt hänvisning till *Universale-Bau* genom att uttala följande.

“I syfte att garantera att principen om likabehandling och principen om insyn iakttas är det viktigt att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, skall underrättas om samtliga uppgifter som upphandlingskommittén kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och, om möjligt, deras vikt i förhållande till varandra (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. 1-2043, punkt 88, och av den 12 de-

cember 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002 s. 1-11617 punkt 98)."

I fallet *Lianakis* som EG-domstolen avgjorde i början av 2008 bekräftar EG-domstolen med särskild hänvisning till både *Universale-Bau* och *ATI* att underrättelse ska ske av samtliga uppgifter som kommer att beaktas för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet:

"Enligt rättspraxis innebär sistnämnda bestämmelse, mot bakgrund av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer, som kommer till uttryck i artikel 3.2 i direktiv 92/50, och mot bakgrund av skyldigheten att möjliggöra insyn som följer härav, att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, skall 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..."

I de engelska språkversionerna av domarna i *ATI* och *Lianakis* talas det om "all features" respektive "all elements" vilket visar att begreppet "kriterium" ska uppfattas i mycket vid bemärkelse. Av rättsfallen följer således att såväl underkriterier och delkriterier som poängmatrisen med sina poängkrav och bedömningsdimensioner ingår i kriteriet kvalitet och utgör de faktorer som SL kommer att beakta vid utvärderingen. Det föreligger således inte någon principiell skillnad mellan de delkriterier som anges i SLs förfrågningsunderlag och de uppgifter som framgår i poängsättningsmodellen - alla uppgifter utgör "kriterier".

Det kan även framhållas att den fullständiga poängmatrisen endast kommunicerades med anbudsgivarna och inte med de potentiella anbudsgivare som var prekvalificerade men inte lämnade anbud. Det kan inte uteslutas att dessa potentiella anbudsgivare hade lämnat anbud för det fall att de hade känt till vad som krävdes för att erhålla poängen 6 - 9.

Sammanfattningsvis är det ett tvingande krav att alla uppgifter hänförliga till en på förhand bestämd utvärderingsmetod ska anges i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandlingen. SL har inte uppfyllt detta tvingande krav. Upphandlingen är således behäftad med ett odiskutabelt formfel.

Utvärderingsmodellen leder till ett godtyckligt resultat

Enligt SLs poängsättningsmatris kan anbudsgivarna tilldelas 1-10 poäng per delkriterium, beroende på hur väl anbudsgivarnas essäliknande beskrivningar möter upp de två olika dimensionerna *Insikt och Förmåga* och *Kapacitet*.

Vilka omständigheter som SL lagt till grund för att en anbudsgivare ska tilldelas en viss poäng är oklart. Det har inte varit möjligt att bedöma vad som krävts av anbudsgivaren för att: - visa för SL (6- 7 poäng), - visa på ett för SL trovärdigt sätt (8 - 9 poäng), - visa på ett för SL trovärdigt, tydligt och överskådligt sätt (10 poäng) att man har insikt/full insikt i vad som krävs för att utföra uppdraget i enlighet med uppdragsavtalet. Detta är inte på något sätt angivet i vägledning.

På samma sätt har det saknats beskrivning vilka andra omständigheter som visar hur en anbudsgivare gör sannolikt att man kan utföra uppdraget på ett (förmåga att utföra uppdraget), - bra sätt (6-7 poäng), - mycket bra sätt (8- 9 poäng) och att man gjort sannolikt att man kommer att ha tillräcklig förmåga och kapacitet att utföra uppdraget på ett utmärkt sätt (10 poäng). Gränserna för vad som krävs för respektive betyg är mycket vaga och det är enkelt för SL att placera ett anbud i den ena eller andra betygs kategorin efter eget skön.

Den allvarligaste bristen i detta avseende är emellertid att SL har ett obegränsat utrymme att välja om ett anbud ska tilldelas poängen 6 eller 7 inom betyget *bra* respektive poängen 8 eller 9 inom betyget *mycket bra*. SL har inga som helst riktlinjer eller definitioner för vad som avgör om ett anbud ges 6 eller 7 poäng respektive 8 eller 9 poäng. Det avgörande för utvärderingen är vilken poäng som erhålls inte vilket betyg eftersom det är poängen som viktas och bestämmer hur många miljoner som ska läggas till totalpriset. Trots att skillnaden mellan 6 och 7 poäng respektive 8 och 9 poäng kan tyckas liten kan skillnaden vara avgörande.

För att illustrera detta kan följande exempel ges:

Om MTRs kvalitetspoäng sänks från 9 till 8 inom betyget *mycket bra* och från 7 till 6 inom betyget *bra*, får detta resultatet att kvalitetsprispåslaget ökar till 312 MSEK från tidigare 216 MSEK. Om samtidigt Veolias poäng skulle höjas från 6 till 7 poäng inom det betyget *bra* och från 8 till 9 poäng inom betyget *mycket bra*, sänks kvalitetsprispåslaget från 616 MSEK till 536 MSEK. Detta medför att MTRs jämförelsetal blir 2887 (pris 2575 + kvalitetspåslag 312). Veolias jämförelsetal skulle bli 2838 (pris 2302 + kvalitetspåslag 536). I detta exempel vinner Veolia således. Vilket utfall det ska bli - MTR eller Veolia - kan SL styra helt efter eget godtycke eftersom det inte finns några riktlinjer för poängsättning inom betygen *bra* respektive *mycket bra*.

Den anbudsgivare som tilldelats den lägre poängen inom betygen har mycket svårt att visa i en överprövningsprocess att denne rätteligen skulle ha tilldelats den högre poängen inom respektive betyg. Poängsättningen går således inte att kontrollera i efterhand eftersom den skett helt subjektivt. Dessutom är det ett rimligt antagande att de flesta anbudsgivare kan komma att ligga i poängintervallet 6 - 9. Detta visade sig också vara utfallet i upphandlingen.

SL har således förbehållit sig ett obegränsat utrymme för fri prövningsrätt vid bedömningen av tilldelningskriteriet *Kvalitet*. Detta är ett otvetydigt brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen.

Härutöver har SL underlåtit att i förfrågningsunderlaget ange samtliga de uppgifter som skulle beaktas vid utvärderingen. Den fullständiga poängsättningsmatrisen kommunicerades först den 27 juni 2008. Då återstod det en och en halv månad tills anbuden i Europas största civila upphandling skulle vara inlämnade (den 15 augusti 2008). Anbudsgivarna har således under större delen av upphandlingen saknat väsentlig information om hur anbuden kommer att bedömas.

SL har använt sig av otillåtna tilldelningskriterier

SLs utvärdering innebär att anbudsgivarna på ett så insiktsfullt sätt och med så hög grad av trovärdighet som möjligt ska beskriva och visa att man förstår vad som krävs för att utföra tunnelbaneuppdraget och att man samtidigt gör sannolikt att man har sådan tillräcklig förmåga och kapacitet för att utföra uppdraget. Tilldelningskriterier av detta slag kan visserligen ha samband med kontraktets föremål och därmed bidra till att bedöma om anbudet är det ekonomiskt mest fördelaktiga, men syftar huvudsakligen till att bedöma anbudsgivarnas förmåga och kapacitet att driva tunnelbanan. Sådana tilldelningskriterier strider mot upphandlingslagstiftningen. SLs utvärderingsmodell tillämpar sådana tilldelningskriterier.

EG-domstolen har i *Lianakis* slagit fast att det inte är tillåtet att uppställa utvärderingskrav som huvudsakligen tar sikte på anbudsgivarens erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över. EG-domstolen uttalar bl.a. att “ [d]e kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet ifråga kan följaktligen inte anses utgöra 'kriterier för tilldelning'.”

EG-domstolen konstaterade explicit att upphandlingslagstiftningen utgör hinder för den upphandlande myndigheten att beakta följande faktorer vid utvärdering ”anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen...” EG-domstolens avgörande tar ett annat perspektiv än vad som skett i tidigare avgöranden där utgångspunkten varit att tilldelningskriterier måste syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. EG domstolen går mycket längre i *Lianakis* genom att istället fastställa att tilldelningskriterier inte omfattar sådana kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget.

I SLs modell för kvalitetsutvärdering framgår under avsnitt 1 *Inledande kommentarer* att hur en anbudsgivare har arbetat eller arbetar inom ramen för någon annan verksamhet har bara påverkat bedömningen i de fall anbudsgivaren i sitt anbud tydligt visat hur dessa arbetssätt kommer att kunna utnyttjas i Stockholm, för det fall man skulle vinna upphandlingen. SL själva medger att de låter anbudsgivarens erfarenheter och kapacitet från andra uppdrag dvs. faktorer som huvudsakligen tar sikte på anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget, ligga till grund för utvärderingen. Att SL anger att detta endast är fallet om det kommer till nytta i kontraktet förändrar inte att de använda kriterierna strider mot LOU.

Nedan följer några tydliga exempel ur SLs kvalitetsutvärdering när SL utvärderat sådant som huvudsakligen avser anbudsgivarens förmåga och kapacitet att driva tunnelbanan och inte anbudsgivarens lösning för hur detta ska ske.

Delkriterium 1.2 - verksamhetens företagsledning och ledningens kompetens samt arbets- och ansvarsfördelning

På sidan sju i kvalitetsutvärderingen framgår att SL bedömde MTR och ISS TrafficCare, ISS Facility Services & Svenska Tågkompaniet på följande sätt:

MTR: "Anbudsgivaren har presenterat en genomgående mycket erfaren och kvalificerad företagsledning samt en adekvat och ändamålsenlig arbets- och ansvarsfördelning." "Företagsledningen har mycket rika erfarenheter från spårbunden trafik samt en andra för Uppdraget relevanta verksamheter." "Företagsledningen har även en för Uppdraget lämplig balans och sammansättning av olika typer av erfarenheter och bakgrunder." "Sammantaget har Anbudsgivaren mycket goda möjligheter att utföra Uppdraget på ett utmärkt sätt."

ISS TrafficCare, 155 Facility Services & Svenska Tågkompaniet: *"Anbudsgivaren har presenterat en erfaren företagsledning..." "Den föreslagna företagsledningen har rika erfarenheter från spårbunden trafik i Stockholmsområdet samt vissa andra relevanta erfarenheter." "Sammantaget har ...sådan insikt, förmåga och kapacitet att man kan utföra uppdraget på ett bra sätt."*

Delkriterium 1.4 - Personalutveckling, rekryterings- samt utbildningskapacitet. Dimensionering och kravprofiler för personal (exklusive företagsledningen) samt arbetsledningen.

På s 10 i kvalitetsutvärderingen framgår att SL bedömde S-bahn Berlin och Veolia bl.a. på följande sätt.

MTR: *"Anbudsgivaren har redovisat ett strukturerat och gediget sätt arbetssätt." "Anbudsgivarens lösning för arbetet med personalutveckling och utbildning är gedigen och ändamålsenlig."*

Veolia: "Anbudsgivarens personaldimensionering är överlag att betrakta som relativt låg" "Anbudsgivarens utbildningsarbete samordnas med den operativa verksamheten..."

Den utvärdering som SL redovisar ovan omfattar onekligen sådant som huvudsakligen tar sikte på anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget och utvärderar inte själva anbudet i sig. Låt vara att dylika omständigheter kan vara av värde för att bedöma förmånligheten i anbudet men de tar huvudsakligen sikte på anbudsgivarens egenskaper snarare än hans erbjudande.

Kammarrätten i Stockholm har i ett färskt avgörande av den 19 december 2008 i mål nr 5512-08 tillämpat EG-domstolens principer i *Lianakis*. Kammarrätten upprepar EG-domstolens slutsatser att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av uppdraget i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Referensupptagning som bl.a. avser kvaliteten på anbudsgivarens yrkesmän, förmåga att hålla tider och snabbheter i leveranser samtliga huvudsakligen är att hänföras till anbudsgivarens kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet.

Veolia inser att SL inte medvetet valt att uppställa tilldelningskriterier som strider mot EG domstolens praxis och inhemsk kammarrättspraxis. SL beslutade dock om utvärderingsmodellens utformning innan EG-domstolen och Kammarrätten i Stockholm meddelade sina domar. Det är inte heller konstigt att utvärderingsmodellen är utformad i strid med *Lianakis* eftersom rättsläget före *Lianakis* var oklart på frågan om i vilken utsträckning det var tillåtet att beakta erfarenhet, kapacitet och förmåga att utföra uppdraget vid utvärderingen. *Lianakis* gav svar på tidigare öppna frågor. Oavsett om SL känt till EG-domstolens dom i *Lianakis* när utvärderingsmodellen beslutades tillämpar denna som tilldelningskriterier sådana kriterier

som huvudsakligen avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och som beaktar anbudsgivarnas erfarenheter. Dylika tilldelningskriterier får inte tillämpas varför upphandlingen även i detta avseende är behäftad med en allvarlig brist.

SL har otillbörligen gynnat MTR

Exempel på skallkravsbrist i MTRs anbud:

Enligt förfrågningsunderlagets bilaga krav på anbud, avsnitt 3.1 "Blanketter" framgår att "Anbudsgivaren **skall** fylla i och inge" blanketterna B till K. Kravet utgör följaktligen ett obligatoriskt skallkrav. Uppräkningen omfattar en Blankett F som rör produktionsuppgifter. Den 1 september 2008 ställer SL en fråga till MTR som lyder "Blankett med produktionsuppgifter fattas" (fråga RG-2). MTR:s svar och Blankett F inkom den 2 september 2009. På grund av SLs sekretessbeslut avseende MTRs anbud är det inte möjligt att avgöra vad MTR bifogade i sitt svar. Oavsett denna oklarhet står det klart att det föreligger en allvarlig brist i MTRs anbud eftersom det klart och tydligt framgår av förfrågningsunderlaget att Blankett F ska fyllas i och inges med anbudet. Det föreligger således ingen som helst otydlighet kring innebörden eller omfattningen av skallkravet. Det är därmed inte möjligt för SL att tillåta en komplettering av MTR:s anbud inom ramen för nollställningen. Detta är endast möjligt förutsatt att det vid en objektiv bedömning framkommer att anbudsgivaren har missuppfattat innebörden eller omfattningen av ett skallkrav t.ex. pga. att kravet varit otydligt formulerat. Skallkravet avseende Blankett F är emellertid kristallklart och MTR kan omöjligt ha missuppfattat kravet. Det kan framhållas att SL särskilt uppmärksammat frågan huruvida en komplettering är möjlig eller inte beroende på om det är en fråga om nollställningen eller skallkravsprövning. Detta framgår av SLs sammanställning av fråga RG-2 rörande Blankett F

där SL bedömt att det är fråga om nollställning och inte skallkravsprövning. SLs bedömning är emellertid felaktig.

I "Krav på anbud", avsnitt 3.2 "Dokument", underrubrik "Säkerhet" anges att "Anbudsgivare skall inge en redovisning som visar att anbudsgivaren har kapacitet, kompetens och förmåga att upprätthålla de utbildningskrav som ställs på Entreprenörens personal enligt Tri Tub"... " Vidare skall redovisningen innehålla en beskrivning av bemanning och kompetenskrav på anbudsgivarens utbildningsorganisation gällande säkerhetsutbildningar för följande kategorier...". Vid anbudsgivarmöte den 28 oktober 2008 frågar SL MTR följande: "Hur ska säkerhetsutbildningen organiseras och vilka resurser kommer att tillsättas för att tillgodose behovet?" Eftersom SL efterfrågar informationen efter anbudets inlämnade är det tydligt att MTRs anbud saknar en beskrivning av bemanning och kompetenskrav på anbudsgivarens utbildningsorganisation gällande säkerhetsutbildningar för de aktuella kategorierna. SL har således tillåtit MTR att reparera en skallkravsbrist.

Exempel på godtycklig utvärdering av MTRs anbud

Nedan ges några av flera exempel på där såväl SLs utvärdering som stöd åt MTR kan ifrågasättas.

Delkriterium 1.2

Under delkriteriet utvärderar SL "Verksamhetens företagsledning och ledningens kompetens (CV + kravprofil) samt arbets- och ansvarsfördelning (inklusive delegationsordning)". MTR har erhållit 10 poäng motsvarande betyget *utmärkt*.

Enligt ett protokoll från den 28 oktober 2008 betecknat "Protokoll - Anbudsgivarmöte med Anbudsgivare RG" (RG är SLs kodbeteckning för

MTR) har SL ställt följande fråga till MTR: "Serviceutvecklingsdirektören kommer ha en tung roll i RG:s relation gentemot SL. Har RG rekryterat eller påbörjat rekryteringsprocessen för denna position? ". Eftersom SL har sekretessbelagt MTRs svar kan Veolia inte utröna hur MTR svarat på frågan. Oavsett detta kan en CV avseende serviceutvecklingschefen inte ha inkluderats i anbudet då rekryteringen inte påbörjats vid anbudets inlämnande. Det är således oklart när MTR rekryterat en av de viktigaste nyckelpersonerna och när en CV för denne fogades till anbudet. I en fråga (RG - 61 Företagsledning) som skickats till MTR så sent som den 9 december 2008 påpekar SL att MTR åberopar två nyckelpersoner i sitt anbud som inte ens var tillfrågade om de var intresserade av att detta. MTR ombads klargöra huruvida dessa personer har accepterat dessa uppdrag för det fall MTR tilldelas kontraktet samt eventuell reservlösning för dessa personer. MTR levererade sitt svar samt CV avseende till SL så sent som den 19 december 2008. Redan den 17 december 2008 fattade SLs styrgrupp sitt beslut om rekommendation till tilldelningsbeslut. Dessförinnan måste de rimligtvis ha slutfört utvärderingen av anbuderna och tilldelat anbuderna sina slutliga poäng på samtliga delkriterier.

Det är anmärkningsvärt att MTR erhåller det högsta betyget när de först efter SLs styrgrupps rekommendationsbeslut tillhandahåller CV för i vart fall två av de ovan nämnda nyckelpersonerna och bekräftelse på om dessa personer accepterat uppdragen. Inte heller har de i slutet av oktober påbörjat rekryteringsarbetet avseende serviceutvecklingsdirektör. Det är mot denna bakgrund svårt att förstå SLs bedömning att MTR har presenterat en mycket erfaren och kvalificerad företagsledning när det in i det sista har förelegat väsentliga luckor i anbudet och stora oklarheter avseende flertalet nyckelpersoner i ledningen.

Delkriterium 1.5

Under delkriteriet utvärderar SL "Administrativ kapacitet och förmåga att ge administrativt stöd". MTR har erhållit 9 poäng på delkriteriet motsvarande betyget *Mycket bra*.

I anbudsutvärderingen framgår att SL har lagt tyngdpunkten på anbudsgivarnas IT-lösningar. Vid anbudsgivarmöte den 28 oktober 2008 efterfrågar SL från MTR en sammanfattande beskrivning av IT-systemets/systemens helhetslösning. MTR anger att en helhetsbeskrivning inte finns i anbudet. MTR anger att "*bakom de olika systemen finns en helhetslösning med hur dessa system ska vara länkade och hur data ska delas mellan dem*". MTR ska även titta på de befintliga systemen som används i tunnelbanedriften för alla existerande system och "*bestämna vilka som behållas, tas bort, bytas ut eller tas bort från nuvarande leverantör*."

Detta svar anser SL säkerställer att "*Ett datadriftsystem ska implementeras utifrån en bakomliggande systemstrategi*" och att MTR visat att "*det är sannolikt att tillräcklig administrativ kapacitet och förmåga att utföra Uppdraget på ett bra sätt*" (se SLs sammanställning av resultatet av kvalitetsutvärderingen). MTR:s anbud bygger således på att de har tillgång till de befintliga IT-system som idag används för driften av tunnelbanan. Det är emellertid inte SL utan Veolia som äger de befintliga systemen. MTR kan därför inte avgöra vilka system som finns tillgängliga vid driftövertagandet. Med beaktande att MTR:s anbud bygger på osäkra och därtill felaktiga antaganden, vilket SL känner väl till, är det anmärkningsvärt att SL inte varit mer kritisk i sin bedömning av MTR:s anbud utan tvärtom har tilldelat MTR betyget *Mycket bra*.

SL anför i huvudsak följande till stöd för bestridandet.

Veolia har åberopat fem olika grunder som stöd för ansökan om överprövning. För det första gör Veolia gällande att SLs utvärderingsmodell strider mot EG-rätten p.g.a. att den inte anger utvärderingskriteriernas inbördes vikt i procent eller liknande. För det andra gör Veolia gällande att det faktum att SL först den 27 juni 2008 lämnat information avseende poängsättningen av anbudet utgör ett odiskutabelt formfel som strider mot EG-praxis. För det tredje gör Veolia gällande att SLs utvärderingsmodell ger utrymme för fri prövningsrätt och därmed strider mot LOU och gemenskapsrätten. För det fjärde gör Veolia gällande att SL har tillämpat utvärderingskriterier som är avsedda att utvärdera anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget och därmed är otillåtna. För det femte gör Veolia gällande att SL otillbörligen har gynnat MTR i samband med såväl kvalificeringen som utvärderingen av anbudet.

Som framgår av det ovanstående gäller fyra av Veolias fem grunder den utvärderingsmodell som SL har tillämpat. SL anser det därför berättigat att inledningsvis lämna en redogörelse för utgångspunkterna för SLs val av utvärderingsmodell och sedan redogöra för dels hur utvärderingsmodellen har beskrivits i förfrågningsunderlaget, des hur SLs utvärdering av anbudet har gått till. Därefter kommer SL att bemöta var och en av Veolias fem grunder för ansökan om överprövning.

Utgångspunkterna för valet av utvärderingsmodell

Varken LOU eller gemenskapsrätten innehåller några regler för hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad och hur anbudsvärdningen skall gå till. Skall det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas - som i den i målet aktuella upphandlingen - ankommer det emellertid på den upp-

handlande enheten att i förfrågningsunderlaget ange samtliga utvärderingskriterier som kommer att påverka utvärderingen.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref 50, bekräftat ovanstående och uttalat att det i LOU uppställda kravet på affärsmässighet respektive gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens, får anses innebära att ett förfrågningsunderlag skall 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 skall 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.

Därutöver har EG-domstolen uttalat att en upphandlande enhet är fri att välja vilka utvärderingskriterier som skall tillämpas och vilken relativ vikt utvärderingskriterierna skall tillmätas, under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (C-448/01 *EVN och Wienstrom* s 39). EG-domstolen har även slagit fast att ett utvärderingskriterium inte kan anses strida mot gemenskapsrätten endast på grund av att det inte leder till att det avsedda syftet uppnås (C-19/00 *SIAC Construction* s 34).

Av ovanstående följer att en upphandlande enhet har mycket stor frihet när det gäller att välja vilken utvärderingsmodell som skall tillämpas i en upphandling. Att det är på det sättet är också nödvändigt för att en upphandlande enhet skall kunna förverkliga sina målsättningar och visioner med det kontrakt som skall upphandlas.

Den nu aktuella upphandlingen avser drift av tunnelbanetrafik och trafikinformation i Stockholms tunnelbana, underhåll av fordon och övrig utrustning, biljettförsäljning, städning i fordon och på stationer, stationstjänst och resenärs-/kundrelaterade tjänster samt de övriga tjänster och åtaganden som anges i uppdragsavtalet (nedan gemensamt benämnt "Tunnelbaneverksamheten").

Som anges i uppdragsavtalet är de övergripande målen med upphandlingen att via en proaktiv och engagerad entreprenör, säkerställa tydliga kvalitetslyft, en hög och över tiden bibehållen hög kvalitet samt kundnöjdhet och resenärsnytta i Tunnelbaneverksamheten. Vidare innebär uppdraget ett funktionsinriktat helhetsansvar för driften av Tunnelbaneverksamheten, enligt de förutsättningar som anges uppdragsavtalet. Entreprenören förväntas under avtalstiden systematiskt och proaktivt arbeta för att uppnå en förbättrad effektivitet i Tunnelbaneverksamheten. Detta är bakgrunden till att SL har valt ett upplägg som innebär att långtgående skall-krav rörande Tunnelbaneverksamheten ställs samtidigt som anbudsutvärdering sker av huvudkriterierna (i) totalpris och (ii) kvalitet. Den närmare innebörden av utvärderingskriterierna finns beskriven i bilagan "Utvärderingsmodell". Brister i anbudet från kvalitetshänseende leder till stora fiktiva prispåslag på det lämnade anbudets totalpris. Det fiktiva prispåslaget i denna upphandling kan om anbudet bedöms som enbart "nöjaktigt" uppgå till så mycket som en miljard kronor. Detta illustrerar på ett tydligt sätt att SL värderar anbudens kvalitet mycket högt i den aktuella upphandlingen.

För att utvärdera anbudsgivarnas offererade lösningar i kvalitetshänseende har SL på ett systematiskt sätt mätt och utvärderat hur anbudsgivarna enligt anbudet kan tillhandahålla och säkerställa en god kvalitet på i förfrågningsunderlaget särskilt angivna aspekter, jämför de 17 delkriterier som kriteriet kvalitet omfattar och som framgår av bilagan "Utvärderingsmodell".

Den typ av modell som SL har tillämpat i den nu aktuella upphandlingen är väl beprövad och har tillämpats av SL i ett stort antal upphandlingar, däribland trafikupphandlingar avseende bl.a. busstrafik och pendeltågstrafik. SLs samlade erfarenheter av utvärderingsmodeller av denna typ är att de fyller sitt syfte på ett förtjänstfullt sätt, dvs. de möjliggör för anbudsgivarna att lämna konkurrenskraftiga anbud och säkerställer att SL upphandlar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingsmodeller av denna typ har dessutom, enligt SLs erfarenhet, tagits emot mycket väl av marknaden, då det stora kollektivet anbudsgivare anser att sådana utvärderingsmodeller ger mycket god vägledning om hur anbudens lösningar bör utformas och beskrivas samt vilka omständigheter som SL i egenskap av upphandlande enhet avser att fästa avseende i samband med anbudsutvärderingen.

I detta sammanhang bör det avslutningsvis framhållas att Länsrätten i Stockholms län i två färska avgöranden har funnit att den utvärderingsmodell som SL tillämpade i upphandlingarna avseende busstrafik i avtalsområdena Sigtuna/Upplands Väsby/Vallentuna och Ekerö och som fungerade på i huvudsak samma sätt som den utvärderingsmodell som nu är föremål för bedömning var förenlig med såväl LOU som gemenskapsrätten. De avgöranden som avses är dels länsrättens dom den 25 februari 2008 i mål nr 27389-07, där Veolia var sökande, dels länsrättens dom den 25 februari 2008 i mål 2305-08, där Swebus AB var sökande. Den sistnämnda domen överklagades till högsta instans, men varken kammarrätten eller Regeringsrätten meddelade prövningstillstånd.

Utvärderingsmodellen finns tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget

SL har ingenting att invända mot Veolias beskrivning av förfrågningsunderlagets struktur och Veolias redogörelse för hur SLs utvärderingsmodell har beskrivits i förfrågningsunderlaget, med undantag för det följande. För

det första framgår det - i motsats till vad Veolia gör gällande - på ett tydligt sätt hur bilagan "Krav på anbud" förhåller sig till bilagan "Utvärderingsmodell". För det andra innehåller förfrågningsunderlaget - i motsats till vad Veolia söker ge sken av - en fullständig beskrivning av principerna för poängsättning av anbud. Detta kommer att utvecklas nedan. I övrigt kan konstateras att det redan av Veolias redogörelse framgår att SL har beskrivit utvärderingsmodellen på ett för offentliga sektorn ovanligt tydligt sätt i förfrågningsunderlaget och att det varit helt transparent vilka omständigheter som SL har beaktat vid utvärderingen.

I avsnitt 4 i bilagan "Utvärderingsmodell" beskrivs vad som menas med kriteriet kvalitet genom angivande av de tre underkriterierna (i) anbudsgivarens lösning för verksamhetens ledning och organisation, (ii) anbudsgivarens lösning för att leverera punktlig trafik och (iii) anbudsgivarens lösning avseende kundmiljöer och kundservice inklusive de totalt 17 underliggande delkriterierna tillsammans med deras respektive viktfaktor angiven i procent. Läser man detta tillsammans med bilagan "Krav på anbud" framgår det tydligt att de blanketter, planer, beskrivningar och redogörelser som anbudet skall innehålla för att kunna komma ifråga för tilldelning i vissa fall kan komma att innehålla information som skall utvärderas i samband med anbudsprövningen. Det har därför angivits i punkt 1.2 i bilagan "Krav på anbud" att anbudsgivaren själv måste se till att anbudet innehåller den information som SL behöver för att utvärdera och betygsätta anbudet.

Det står anbudsgivarna fritt att disponera sitt anbud så att det tydligt framgår dels att anbudet uppfyller samtliga skall-krav, dels att anbudet innehåller och på ett begripligt sätt åskådliggör den information som SL behöver för att utvärdera och betygsätta anbudet. Som svar på en fråga (nr 267) från en anbudsgivare har SL vidare förtydligat förhållandet mellan bilagan "Krav på anbud" och bilagan "Utvärderingsmodell" enligt följande:

“Det är upp till anbudsgivaren att på bästa sätt utforma sitt anbud för att detta skall bli tydligt och överskådligt. Om anbudsgivaren vill presentera sitt anbud i en omnibusbilaga eller dela upp sitt anbud i en mängd bilagor står det denne fritt. Det är dock viktigt att SL kan utläsa var i anbudet som anbudsgivaren anser sig ha redovisat den information som krävs enligt bilagan “Krav på anbud”. Anbudsbilagor som hör ihop med ett utvärderingsområde kan dock komma att ingå i utvärderingen av ett visst kvalitets-delkriterium oavsett om anbudsbilagan listas i “Krav på anbud” eller ej. Det råder därmed inte något tvivel om hur bilagan “Krav på anbud” förhåller sig till bilagan “Utvärderingsmodell”.

Veolia har redogjort för principerna för poängsättningen av kvaliteten genom att citera relevanta delar av förfrågningsunderlaget. I denna del har SL inte någonting att invända mot Veolias redogörelse. Däremot anser SL att Veolias sätt i sin ansökan beskriva hur anbudsgivarna delgavs det Veolia kallar poängsättningsmatrisen är ägnat att leda till missförstånd. Detta eftersom påståendena ger intryck av att principerna för poängsättning inte framgår av förfrågningsunderlaget och att den information som SL lämnade den 27 juni 2008 på något sätt förändrade principerna för poängsättning av anbuderna. Som SL kommer att återkomma till nedan framgår dock att samtliga principer för poängsättning av förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen inte har ändrats eller kompletterats efter anbudstidens utgång.

Sammanfattningsvis kan konstateras att hela utvärderingsmodellen, inklusive samtliga utvärderingskriterier, underkriterier och underliggande delkriterier har beskrivits i förfrågningsunderlaget på ett klart och tydligt sätt. Detsamma gäller principerna för poängsättning av anbuderna och principerna för viktning dels av huvudkriterierna totalpris och kvalitet, dels den inbördes vikningen mellan de underliggande delkriterierna. Det har därmed stått

klart för samtliga anbudsgivare vilka omständigheter som SL har avsett att tillmäta betydelse vid utvärderingen av anbudena.

SLs metod för utvärdering av anbudena

I detta sammanhang bör det inledningsvis uppmärksammas att SL inom ramen för upphandlingen har genomfört en omfattande skraddarsydd internutbildning för det 40-tal personer som var delaktiga i anbudsprövningen. Detta för att säkerställa att anbudskontrollen respektive anbudsutvärderingen skedde i enlighet med tillämplig lagstiftning och i förfrågningsunderlaget angiven utvärderingsmodell, men också på ett i övrigt professionellt och affärsmässigt sätt.

Under en vecka genomfördes därför riktade utbildningsinsatser av de olika experter som p.g.a. sin särskilda yrkeskompetens och erfarenhet valts ut för att genomföra denna fas av upphandlingen. Många av experterna hade dessförinnan varit delaktiga i framtagande av själva förfrågningsunderlaget, inklusive kraven i uppdragsavtalet avseende Tunnelbaneverksamheten.

Utbildningen togs fram och genomfördes av konsultbyrån Arthur D. Little tillsammans med ansvarig bolagsjurist och delprojektledare. Arthur D. Little är ett ledande företag vad gäller bl.a. analys och utveckling av företags-interna processer, ledning och organisation, mm.

Mot bakgrund av upphandlingens storlek och komplexitet, inklusive förfrågningsunderlagets omfattning, räknade SL redan från början med att man skulle behöva ställa klargörande frågor till samtliga anbudsgivare samt tillåta rättelser och smärre kompletteringar. I samband med själva utbildningen som genomfördes innan deltagarna fick ta del av de inkomna anbudena, var SL därför mycket mån om att för deltagarna framhålla och

inpränta vad t.ex. principerna om likabehandling och proportionalitet i praktiken innebär i en upphandling av det aktuella slaget.

Under utbildningen uppmärksammades även det faktum att upphandlingen är funktionsinriktad vilket innebär att anbudsgivarna getts möjlighet att offerera sinsemellan mycket olika lösningar för hur de vill lösa uppdraget att driva Tunnelbaneverksamheten i enlighet med uppdragsavtalet. SL har med andra ord inte på förhand suttit på något facit för vilken typ av lösning som är ekonomiskt mest fördelaktig eller som skall ges ett visst betyg. Utvärderarna har inte heller haft som uppgift att rangordna anbuden i relation till varandra utan varje anbud har bedömts på sina egna meriter.

För att säkerställa att varje anbuds kvalitet enbart bedömdes i ljuset av de aktuella utvärderingskriterierna och på den nivå som framgår av utvärderingsmodellen, genomförde SL även fördjupade utbildningsinsatser med bl.a. de tre separata grupper som ansvarade för utvärderingen av anbudens kvalitet inom respektive underkriterium. Deltagarna fick förbereda sig genom att analysera praktikfall och sedan diskuterades dessa i grupp utifrån de tillämpliga delkriterierna liksom den metodik och process som SL beslutat skulle användas i den riktiga utvärderingen.

Den aktuella processen och metodiken har inneburit att utvärderarna individuellt utvärderat och sedan i flera omgångar i grupp diskuterat det materiella innehållet i anbudet utan att diskutera anbudets betyg för det specifika delkriteriet. De enskilda betygen per delkriterium och anbudsgivare har satts vid avslutande konsensusmöten vilket i praktiken inneburit att en grupp experter enhälligt kommit fram till vilket betyg en anbudsgivare skall tilldelas avseende ett visst delkriterium. Med andra ord är de enskilda betygen som varje anbud fått per delkriterium inte ett resultat av en genomsnittlig röst. Det har inte heller skett någon viktning eller bedömning på annan nivå än den enligt utvärderingsmodellen. SLs metod för utvärde-

ring av anbudet har med andra ord varit en kvalitetssäkringsprocess som har syftat till att SL vid utvärderingen skulle göra just det som framgår av utvärderingsmodellen och inget annat.

Utvärderingsmodellen uppfyller kravet på viktning

Som har framhållits ovan innehåller varken LOU eller gemenskapsrätten några regler för hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad eller hur anbudsutvärderingen skall gå till. När upphandling sker utifrån principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall emellertid den upphandlande enheten ange hur de olika tilldelningskriterierna kommer att viktas inbördes. Varken i EG-direktivet för försörjningssektorn (2004/17/EG) ("Försörjningsdirektivet") eller den nya lagen (2007:1092) inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster ("LUF") uppställs dock något krav på att viktning skall ske genom ett angivande i procent, kvotdelar eller någon annan myckenhet. I det av Veolia citerade förarbetsuttalandet i prop. 2006/07:128 anges endast ett exempel på hur viktning kan gå till. Det är dock alltid upp till den upphandlande enheten att slutligt bestämma hur viktningen av olika utvärderingskriterier skall gå till så länge de grundläggande principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling upprätthålls.

Som har redogjorts för ovan har SL noggrant beskrivit vilken vikt som SL kommer att fästa vid totalpris respektive kvalitet genom att det anges att en kvalitetsbrist kommer att leda till ett på förhand bestämt fiktivt prispåslag som kommer att påverka anbudets jämförelsetal. När det gäller kriteriet kvalitet anges vidare i förfrågningsunderlaget vilken relativ vikt kvalitetskriterierna skall tillmätas. Anbudsgivarna har sålunda kunnat utläsa ur förfrågningsunderlaget, dels vilken vikt uttryckt i monetära termer som SL tillmäter förhållandet mellan totalpris och kvalitet (exempelvis leder en kvalitetsbrist om 10 procent till ett fiktivt prispåslag om 200 miljoner kro-

nor), dels vilken relativ betydelse som den upphandlande enheten fäster vid de kvalitativa kriterierna. Veolias påstående att det inte varit *“möjligt för anbudsgivarna att dra någon slutsats kring vad som egentligen varit viktigast i Upphandlingen, offererat pris eller erbjuden kvalitet”* saknar därför helt verklighetsförankring.

Som Veolia har anfört har Länsrätten i Stockholms län nyligen funnit att en utvärderingsmodell som - i likhet med den utvärderingsmodell som nu är föremål för prövning - viktade pris- och kvalitetskriterier genom att kvalitetsbrister ledde till prispåslag, var förenlig med principerna om viktning i såväl Försörjningsdirektivet som LUF. Länsrättens dom överklagades till högsta instans. Som skäl för prövningstillstånd i kammarrätten och Regeringsrätten angavs dels att länsrätten hade bedömt frågan hur Försörjningskravets krav på viktning skulle tolkas felaktigt, dels att denna fråga var av vikt för ledning av rättstillämpningen. Såväl kammarrätten som Regeringsrätten underlät att meddela prövningstillstånd, vilket innebär att de båda överinstanserna uppenbarligen ansåg dels att länsrättens bedömning var korrekt, dels att frågan var så okontroversiell att den saknade prejudikatsvärde. Mot denna bakgrund måste utrymmet för att göra en annan bedömning i detta mål anses vara i högsta grad begränsat.

Förutom att SLs utvärderingsmodell, innefattande sättet att vikta kriterierna totalpris och kvalitet, är väl förenlig med såväl Försörjningsdirektivet som LUF, är SLs utvärderingsmodell även av andra skäl än juridiska sådana att föredra framför modeller som bygger på poängsättning av pris och procentuell viktning. Då en upphandlande enhet - som SL - avser anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till priset och kvalitativa kriterier står den upphandlande enheten mellan valet att antingen använda en utvärderingsmodell som bygger på att priset transformeras till en poängvariabel eller en utvärderingsmodell som bygger på att kvaliteten uttrycks i monetära termer. Den förstnämnda modellen bygger även på

att en procentuell viktning görs mellan pris och kvalitet. Sådana utvärderingsmodeller är förenade med det problemet att de ger intryck av att vara konsistenta och leda till rättvisande resultat, fastän resultatet ofta blir godtyckligt och inte nödvändigtvis resulterar i att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Detta bl.a. eftersom modeller av detta slag ofta bygger på att poängsättningen av priset skall ske i relation till det lägsta priset bland anbuderna. Denna problematik beskrivs närmare dels i en forskningsrapport som har utförts på uppdrag av Konkurrensverket dels i ett yttrande från NOU.

Sammanfattningsvis är SLs utvärderingsmodell, innefattande sättet att viktta kriterierna totalpris och kvalitet väl förenlig med såväl Försörjningsdirektivet och LUF. Därutöver är SLs utvärderingsmodell att föredra framför modeller som bygger på poängsättning av pris och procentuell viktning av pris- och kvalitetskriterier även av andra skäl.

SLs precisering av principerna för utvärdering är förenlig med principerna om likabehandling och transparens

Veolia har gjort gällande att upphandlingen är behäftad med ett "*odiskutabelt formfel*" som, enligt Veolia, består i att SL den 27 juni 2008 tillkännagav anbudsgivarna en poängsättningsmatris. Som stöd för sitt resonemang i denna del har Veolia hänvisat till EG-domstolens avgöranden i målen *Universale-Bau*, *ATI* och *Lianakis*.

Det skall härvid uppmärksammas att den information som SL lämnade den 27 juni 2008 tveklöst utgör en del av förfrågningsunderlaget. Vidare skall poängteras att samtliga potentiella anbudsgivare fick tillgång till informationen i god tid före anbudslämningen. Därutöver skall det också framhållas att SL varken förtydligat eller än mindre kompletterat eller ändrat utvärderingskriterierna efter det att anbuderna kommit in. SL inser när man läser

Veolias ansökan om överprövning att meningen: "Grupperna har arbetat enligt en process och metodik som på förhand bestämdes för anbudsutvärderingen." har missuppfattats eller övertolkats av Veolia. Den aktuella processen och metodiken tar nämligen enbart syfte på den kvalitetssäkringsmetod som beskrivits, dvs. den har inget att göra med informationen den 27 juni 2008.

Därutöver vill SL framhålla att det inte skett någon förändring av utvärderingskriterierna. Som Veolia riktigt påpekar framgår det av förfrågningsunderlaget att varje delkriterium avseende utvärderingskriteriet "Kvalitet" betygsätts på en skala 1 - 10 poäng, där 5 poäng motsvarar betyget "Nöjaktigt" och 10 poäng motsvarar betyget "Utmärkt". Av förfrågningsunderlaget framgår vidare vad som krävs för att erhålla 5 poäng och vad som krävs för att erhålla 10 poäng. SLs enda syfte med den informationen som lämnades den 27 juni 2008 var att förtydliga innebörden av redan fastställda poängnivåer. Mot denna bakgrund är det naturligtvis möjligt, och därtill SLs förhoppning, att denna information har förbättrat anbudsgivarnas förståelse för hur SLs poängsättning av anbuden skulle gå till.

I motsats till vad Veolia vill låta påskina var dock inte den ovan nämnda informationen nödvändig för att anbudsgivarna skulle kunna bedöma hur de skulle utforma sina respektive anbud. Redan genom att förfrågningsunderlaget så som det såg ut när det publicerades den 17 mars 2008 innehöll konkretiseringar av betyget "nöjaktigt" (som motsvarar 5 poäng) och betyget "utmärkt" (som motsvarar 10 poäng) framstår det som en självklarhet för envar att poängnivåerna 6 - 9 innebär en stigande skala mellan dessa betygsnivåer.

Det är mot ovanstående bakgrund som den rättsliga bedömningen av SLs agerande skall göras. Frågan gäller således om det faktum att SL sex veckor innan sista dagen för ingivande av anbud delgav samtliga anbudsgivare

en konkretisering av poängnivåerna i den tiogradiga poängskala som fastställts förfrågningsunderlaget på något sätt kan vara oförenligt med upphandlingslagstiftningen. Svaret på den frågan är otvetydigt nej. Genom att Veolia har försökt visa på motsatsen genom att hänvisa till målen *Universe-Bau*, *ATI* och *Lianikis*, är det tydligt att Veolia har missuppfattat innebörden av EG-domstolens avgöranden i dessa mål.

De ovan nämnda målen rör upphandlingsförfaranden där de upphandlande enheterna hade tillämpat utvärderingskriterier och viktningkoefficienter som inte hade kommunicerats med anbudsgivarna och som därtill hade fastställts efter det att anbuderna lämnats in. Det är den typen av klara överträdelser av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om förutsägbarhet m.m. som EG-domstolens avgöranden i nämnda rättsfall tar sikte på. I det nu aktuella fallet har dock SL levt upp till kraven på transparens och likabehandling som EG-domstolen ger uttryck för i nämnda rättsfall. SL kan inte konstatera annat än att de utdrag från respektive rättsfall som Veolia citerar på ett slående sätt överensstämmer med SLs agerande i det nu aktuella fallet. I enlighet med de av EG-domstolen angivna kraven har SL i förfrågningsunderlaget angivit samtliga de kriterier som SL beaktade för att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som framhållits ovan har SL i förfrågningsunderlaget även specificerat för utvärderingen nödvändiga uppgifter, såsom viktning och poängskalor. Tvärtemot vad Veolia vill låta påskina utgör SLs konkretisering av poängnivåerna 6 - 9 knappast ett "kriterium".

Mot bakgrund av det ovanstående finns det egentligen inget skäl för SL att närmare bemöta Veolias påstående att andra potentiella kvalificerade anbudsgivare kanske skulle ha inkommit med anbud om de hade fått del av den kompletterande informationen angående poängsättningen. Likväl måste SL framhålla följande. Före sista dag för angivande av anbud visste SL naturligtvis inte vilka av de kvalificerade anbudsgivarna som verkligen

skulle komma att lämna anbud. Samtliga kvalificerade anbudsgivare, inklusive de som aldrig inkom med något anbud, har haft tillgång till den speciella webbplats, "Projektfönstret" (<http://projektfonstret.sl.se/>), där all relevant information om upphandlingen, inklusive den kompletterande informationen angående poängsättningen, har publicerats. Veolias påstående att den kompletterande informationen enbart kommunicerades med anbudsgivarna och inte med de potentiella anbudsgivare som var kvalificerade men som inte lämnade anbud är således inte korrekt. Oaktat det förhållandet att även alla kvalificerade anbudsgivare faktiskt hade tillgång till den kompletterande informationen om principerna för poängsättning, framstår det som helt osannolikt att dessa kvalificerade anbudsgivare i annat fall skulle ha gjort frågan om ingivande av anbud i en upphandling rörande mångmiljardbelopp beroende av denna kompletterande information. Sammanfattningsvis gäller att SL i förfrågningsunderlaget tydligt har angivit samtliga utvärderingskriterier, viktningskoefficienter och poängskalor som har beaktats vid utvärderingen. Den kompletterande information angående poängsättningen som delgavs anbudsgivarna den 27 juni 2008 innebar enbart en konkretisering av en i förfrågningsunderlaget redan fastställd tiogradig skala och har således inte på något sätt inneburit att utvärderingsmodellen har ändrats. Därtill delgavs samtliga anbudsgivare denna konkretisering sex veckor före sista dag för ingivande av anbud. SLs agerande utgör således inte något åsidosättande av varken LOU eller gemenskapsrätten. Veolias påstående om att ett "odiskutabelt formfel" har ägt rum är således felaktigt.

SLs utvärdering av anbuderna har skett enligt principerna i förfrågningsunderlaget

Veolia har gjort gällande att gränserna för de olika betygen i SLs poängskala är för vaga, att SL haft ett obegränsat utrymme att välja om ett anbud skall tilldelas poängen 6 eller 7 inom betyget "Bra" respektive poängen 8

eller 9 inom betyget "Mycket bra" och att SL har förbehållit sig fri prövningsrätt vid bedömningen av kriteriet kvalitet. Dessa påståenden saknar grund, vilket kommer att utvecklas nedan.

Som har anförts ovan är utvärderingsmodellen och principerna för poängsättning tydligt beskrivna i förfrågningsunderlaget. Det faktum att vart och ett av stegen i poängskalan inte har beskrivits i ord i förfrågningsunderlaget påverkar inte förståelsen av principerna för hur poängsättningen kommer all gå till. Varken LOU eller gemenskapsrätten ställer något krav på all förfrågningsunderlaget skall innehålla en sådan detaljerad beskrivning per poängsteg som Veolia gör gällande. I själva verket har SLs förfrågningsunderlag inklusive informationen som lämnades den 27 juni 2008, varit tydligare än vad regelverket kräver. Detta innebär sammanfattningsvis att Veolias påståenden i denna del helt saknar grund.

SLs utvärderingskriterier är förenliga med EG-domstolens praxis

Veolia anger att SLs utvärderingsmodell innebär att anbudsgivarna så insiktsfullt och med en så hög grad av trovärdighet som möjligt skall beskriva och visa att de förstår vad som krävs för att utföra Tunnelbaneverksamheten och att anbudsgivarna samtidigt måste göra sannolikt att de har tillräcklig förmåga och kapacitet för att utföra uppdraget. Veolia vidgår att tilldelningskriterier av detta slag kan ha samband med kontraktets föremål och därmed kan utgöra en del av bedömningen av om anbudet är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Veolia tillägger emellertid att de tilldelningskriterier som SL har tillämpat huvudsakligen syftar till att bedöma anbudsgivarens förmåga och kapacitet att driva Tunnelbaneverksamheten. Enligt Veolia är upphandlingen därför "behäftad med en allvarlig brist" och strider således mot upphandlingslagstiftningen. Veolia hänvisar åter till EG-domstolens avgörande i *Lianakis* och vidare även till ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 5512-08).

Veolias argumentation bygger även i denna del på en feltolkning av EG-domstolens dom i *Lianakis*. Det är i och för sig riktigt att EG-domstolen fastslog att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan utgöra tilldelningskriterier. Vad EG-domstolen härvid ger uttryck för är att en distinktion måste göras mellan frågan vilka potentiella anbudsgivare som generellt sett är kapabla att utföra ett visst uppdrag och frågan vad en anbudsgivare kan erbjuda den upphandlande enheten i det enskilda uppdraget som upphandlas. Man måste således skilja mellan den förmåga och kapacitet som en potentiell leverantör måste ha för att kunna utföra ett uppdrag och därmed få delta i en upphandling och den kvalitet som den potentiella leverantören kan erbjuda den upphandlande enheten vid utförandet av uppdraget ifråga. Frågan rör således ytterst vad den upphandlande enheten avser att utvärdera med givna kriterier. Frågor om en potentiell anbudsgivares organisation i allmänhet, vilka resurser denne förfogar över m.m. är typiska frågeställningar som syftar till att fastställa om leverantören ifråga är lämplig att delta i upphandlingsprocessen. Frågor om vilken företagsledning, vilka olika lösningar m.m. som en potentiell leverantör kan offerera för det uppdrag som upphandlingen avser, syftar emellertid inte alls till att fastställa leverantörens generella förmåga och kapacitet att utföra uppdraget, utan till att fastställa vilken kvalitet som den potentielle leverantören i fråga kommer att erbjuda den upphandlande enheten för det specifika uppdraget.

Som framgår nedan har SL under upphandlingsprocessen gjort en klar distinktion mellan kvalificering av lämpliga anbudsgivare och utvärderingen av den kvalitet som kvalificerade anbudsgivare erbjudit SL.

Under kvalificeringsfasen utvärderade SL anbudssökande som hade inkommit med intresseanmälningar utifrån krav avseende bl.a. ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk förmåga och kapacitet. Syftet härvid var att identifiera och kvalificera anbudsgivare som, utifrån ställda krav, generellt sett kunde anses ha tillräcklig förmåga för att kunna utföra aktuellt uppdrag och därför även anses lämpliga att delta i den aktuella upphandlingen. Utvärderingsföremålet var de anbudssökande (och, i förekommande fall, andra företag vars kapacitet åberopades).

Vid anbudsutvärderingen som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har utvärderingsföremålet varit ett helt annat, nämligen lösningarna för Tunnelbaneverksamheten. De enskilda anbudsgivarna i sig och som helhet, inklusive frågor som rör organisationens generella erfarenheter och styrka på olika ställen i världen, t.ex. i Hong Kong, Berlin, Stockholm och Paris, har härvid varit helt irrelevanta såvida inte en särskild erfarenhet eller styrka etc. specifikt har kunnat knytas till lösningen som erbjuds i anbudet. Vid sidan av offererat pris har den grundläggande frågeställningen därför varit vilka olika lösningar som anbudsgivarna har presenterat för just driften av Tunnelbaneverksamheten och som, utifrån givna under- och delkriterier, bedömdes ge SL den bästa kvaliteten. Detta manifesteras i förfrågningsunderlaget genom att det där klart och tydligt anges att en enskild lösning etc. som anbudsgivaren beskriver i sitt anbud endast är relevant om den avses användas vid driften av Tunnelbaneverksamheten.

Att döma av vad Veolia anfört i denna del har Veolia missuppfattat de grundläggande skillnaderna mellan kvalificerings- och utvärderingskriterier som har beskrivits ovan och som kommer till uttryck i EG-domstolens avgörande i *Lianakis*. Veolia påstår exempelvis helt felaktigt att SL skulle ha låtit anbudsgivarnas erfarenheter och kapacitet från andra uppdrag ligga till grund för utvärderingen. Vad SL har efterfrågat i samtliga delkriterier

inklusive 1.2 och 1.4, och sedermera utvärderat är lösningar avseende Tunnelbaneverksamheten och själva uppdraget ifråga, inte anbudsgivaren som organisation i stort. De citat från SLs kvalitetsutvärdering som återfinns i Veolias ansökan om överprövning skall naturligtvis läsas mot denna bakgrund. Det föreligger inget upphandlingsrättsligt hinder mot att begära och använda bevis på erfarenhet som ett medel vid utvärderingen, så länge sådana bevis kan kopplas till föremålet för upphandlingen och därmed komma den upphandlande enheten till godo. Det torde exempelvis vara en självklarhet att en för uppdraget offererad företagslednings erfarenheter av spårburen trafik är ett ytterst relevant kvalitetsmått i förevarande upphandling.

Det ovan sagda illustreras även väl i det avgörande från Kammarrätten i Stockholm som Veolia hänvisar till. Kammarrätten uttalade i detta mål att det inte finns något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I ett än färskare avgörande från Kammarrätten i Göteborg från den 29 december 2008 (mål nr 5910-08) förs ett liknande resonemang. Kammarrätten angav bl.a. att referenser från med upphandlingen likvärdiga uppdrag kan ge relevant information för bedömningen av vilket anbud som med hänsyn till kvaliteten är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kammarrätten angav vidare att det av EG-domstolens praxis inte kunde utläsas något generellt förbud mot att låta referenser utgöra ett utvärderingskriterium, och hänvisade här specifikt till EG-domstolens avgörande i *Lianakis*.

Sammanfattningsvis gäller att samtliga aktuella kvalitetskriterier tar sikte på lösningar avseende själva uppdraget att bedriva Tunnelbaneverksamheten och inte på anbudsgivarens organisation i stort. De, liksom utvärderingen av respektive anbud i enlighet med dessa kriterier, har således varit relevanta vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och är följaktligen förenliga med såväl svensk rätt som gemenskapsrätten.

SL har behandlat samtliga anbudsgivare lika

Veolia har gjort gällande att SL har gynnat den vinnande anbudsgivaren MTR på ett otillbörligt sätt dels genom att tillåta MTR att reparera skallkravsbrister, dels genom att i vissa avseenden utvärdera MTR:s anbud på ett godtyckligt sätt.

Som kommer att utvecklas nedan har SL inte tillåtit MTR att reparera skallkravsbrister på det sätt som Veolia påstår, utan de frågor som Veolia har redogjort för utgör kompletterande frågor som har syftat till att förtydliga delar av MTR:s anbud. Kompletterande frågor av denna typ har inte bara ställts till MTR, utan till samtliga anbudsgivare, däribland Veolia, och innebär inte något åsidosättande av upphandlingsrättsliga regler.

MTR:s anbud innehöll redan från början samtliga uppgifter som SL efterfrågade i bilagan "Krav på anbud", innefattande såväl Blankett F som rörde produktionsuppgifter som den redovisning av anbudsgivarens kapacitet, kompetens och förmåga att upprätthålla de utbildningskrav som ställs på Entreprenören enligt Tri Tub (SLs trafiksäkerhetsinstruktion för tunnelbanan), innefattande en beskrivning av bemanning och kompetenskrav på anbudsgivarens utbildningsorganisation gällande trafikutbildningar.

Bakgrunden till att MTR samband med anbudsgenomgången fick en fråga angående Blankett F var att Ekonomigruppen, dvs. en av de fyra utvärderingsgrupper som genomförde utvärderingen av anbudens olika delar, inte kunde återfinna blanketten. Blanketten hade emellertid hela tiden funnits inom en av de övriga utvärderingsgrupperna. Anledningen till att Ekonomigruppen saknade kännedom om att blanketten fanns inom den nämnda utvärderingsgruppen var att utvärderingsgrupperna arbetade isolerat från varandra. Som har utvecklats ovan har utvärderingsgruppernas sätt att ar-

beta syftat till att säkerställa att utvärderingen av anbudens olika delar inte skulle influeras av utvärderingen i andra delar, som exempelvis anbudens totalpris.

Bakgrunden till att SL i samband med anbudsgenomgången frågade hur MTR avsåg att organisera säkerhetsutbildningen och vilka resurser som skulle tillsättas för att tillgodose behovet, var att SL önskade ett förtydligande beträffande frågan hur trafiksäkerhetsutbildningen skulle organiseras. Skall-kravet å andra sidan avsåg anbudsgivarnas kapacitet, kompetens och förmåga att upprätthålla de utbildningskrav som ställs enligt Tri Tub, innefattande anbudsgivarnas bemanning och kompetenskrav på anbudsgivarens utbildningsorganisation. Det förtydligande som SL efterfrågade var med andra ord en utvikning från skall-kravet som syftade till att förtydliga MTRs föreslagna lösning.

Som stöd för sitt påstående att SL har utvärderat MTRs anbud på ett godtyckligt sätt har Veolia pekat på att MTR inte hade rekryterat någon serviceutvecklingschef vid anbudets ingivande, att MTR hade åberopat två nyckelpersoner som inte var tillfrågade och slutligen att MTRs anbud bygger på att MTR har tillgång till Veolias IT-system som idag används för driften av tunnelbanan, vilka alla är omständigheter som enligt Veolia borde dra ner MTRs betyg i relevanta avseenden.

SL vill inledningsvis framhålla att det i en överprövningsprocess inte ankommer på förvaltningsdomstolarna att överpröva den upphandlande enhets kvalitetsutvärdering, utan att förvaltningsdomstolarnas prövning skall inskränkas till en bedömning av om det kan anses ha förekommit fel i samband med utvärderingen. Även om det Veolia gör gällande i denna del synes gå utöver vad länsrätten har möjlighet att överpröva avser SL bemöta det Veolia gör gällande i denna del.

Innan SL bemöter det Veolia har anfört kan det även återigen påpekas att den i målet aktuella upphandlingen är en funktionsupphandling, vilket innebär att anbudsgivarna kan leverera olika lösningar på de funktioner som SL efterfrågar och att två helt olika lösningar kan bedömas vara lika bra och därför erhålla samma betyg. SL vill i detta sammanhang också framhålla att det är helheten av anbudsgivarnas föreslagna lösningar per se som har bedömts i samband med utvärderingen.

När det gäller delkriteriet "*Verksamhetens företagsledning (CV + kravprofil) samt arbets- och ansvarsfördelning (inklusive delegationsordning)*" bedömde SL bl.a. MTRs arbets- och ansvarsfördelning (inklusive delegationsordning, hur väl utformade MTR:s kravprofiler var och hur väl MTR hade matchat kravprofilerna med föreslagna befattningshavare (innefattande CV)). SL gjorde bedömningen att MTR i sitt anbud hade presenterat en väl definierad och ändamålsenlig arbets- och ansvarsfördelning med relevanta och ändamålsenliga befattningshavare på olika beslutsnivåer samt att de kravprofiler och matchningar med relevanta befattningshavare som MTR hade gjort var utmärkta. Det faktum att MTR vid inlämnandet av sitt anbud saknade en Serviceutvecklingsdirektör bedömdes inte påverka helhetsbetyget, eftersom MTR hade en utmärkt kravprofil för denna befattning och en konkret och trovärdig plan med förslag på namngivna personer för hur tjänsten skulle besättas. Inte heller det faktum att SL beträffande två av de nyckelpersoner som MTR hade föreslagit inte hade erhållit någon skriftlig bekräftelse på att dessa personer var beredda att acceptera anställning hos MTR för det fall MTR vann upphandlingen bedömdes påverka helhetsbetyget, då MTR lämnade fullt tillfredställande förklaringar i denna del.

När det gäller delkriteriet "*Administrativ kapacitet och förmåga att ge administrativt stöd*" gjorde SL bedömningen att MTR:s föreslagna lösning var mycket bra. MTR angav redan inledningsvis i sitt anbud att MTR inte

kunde garantera att Veolia och Tågias kommer att gå med på att överföra alla eller ens några av de befintliga IT-systemen. Att MTR:s föreslagna lösning för IT-stöd på ett realistiskt sätt beaktade det faktum att MTR kanske inte skulle få tillgång till Veolia och Tågias befintliga system var till och med en bidragande orsak till MTR:s höga poäng. Anbudet hade även på ett föredömligt sätt visat både vilka IT-stöd som behövdes i Tunnelbaneverksamheten samt hur IT-systemen skulle användas i det fortlöpande arbetet. Skälet till att den sammanfattande beskrivningen efterfrågades var att MTR i sitt anbud valt att integrera beskrivningen av relevanta IT-system i de olika lösningsbeskrivningarna för hur Tunnelbaneverksamheten skulle bedrivas, vilket resulterade i att det inte fanns ett sammanfattande fristående dokument. Eftersom ett sådant dokument bedömdes underlätta den praktiska utvärderingen av MTRs anbud begärde SL in ett sådant dokument. Det visade sig då att MTR redan hade tagit fram ett sådant dokument, men valt att inte inkludera det i anbudet eftersom det inte var ett anbudskrav. Kompletteringen var därför helt okontroversiell.

Sammanfattningsvis har SL varken låtit MTR reparera skallkrav eller utvärderat MTRs anbud på ett godtyckligt sätt. Inte heller har SL på något annat sätt behandlat anbudsgivarna olika eller otillbörligen gynnat någon anbudsgivare.

Veolia genmäler i huvudsak följande.

Veolia vidhåller vad som redan anförts i ansökan om överprövning. Veolia vill inledningsvis beröra varför man beslutat att ansöka om överprövning. Skälet till att MTR valts är att dess anbud, enligt SLs utvärderingsmodell, kommer att leverera en jämfört med Veolias anbud avsevärt bättre kvalitet. Veolia ställer sig frågande till detta både utgående från den valda kvalitetsutvärderingsmodellen och från idag verkligt levererad kvalitet.

Veolia är i princip mycket positivt till att ytterligare faktorer förutom pris ingår som del av utvärderingen vid upphandlingar. Svårigheten med att använda andra faktorer förutom pris är dock att utvärderingen i större utsträckning än annars kan ifrågasättas och kritiseras. För att på ett trovärdigt sätt kunna hantera detta krävs stor öppenhet, transparens och tydlighet både vad avser förutsättningarna och vad avser resultatet. Under de senaste åren har SL i ett antal upphandlingar förutom priset även infört en bedömning av kvalitet som utgår från den s.k. SIQ-metoden. Detta har då tydligt framgått av förfrågningsunderlaget. I upphandlingar under de senaste åren har kvalitetsskillnaden mellan de tre främsta varierat mellan fem och tio procent. Prisskillnaderna har i de fall där kvalitetsvärderingen avgjort hållit sig inom spannet en till fem procent.

Veolia har lämnat det lägsta priset. Det beslut som SLs styrelse fattade innebär att det dyraste av de godkända anbuden antogs. Prisskillnaden mellan MTRs och Veolias anbud uppgår till 12 procent vilket är betydligt mer än i tidigare upphandlingar där liknande utvärderingsmodeller har använts. Under anbudsprövningen påstod dessutom SL att Veolias anbud inte var ekonomiskt bärigt med följderna att SL hotade utesluta Veolias anbud från upphandlingen. En sådan åtgärd har Veolia veterligen SL aldrig vidtagit tidigare, i vart fall inte mot Veolia. Veolia försökte förklara varför man i egenskap av nuvarande operatör kunde lämna ett så pass förmånligt anbud men SL vidhöll hotet om uteslutning. Veolia såg i det läget inget annat alternativ än att omvärdera vissa anbudsförutsättningar och justera en del beräkningar vilket sammantaget medförde en prisjustering uppåt. Hade inte SL drivit upp Veolias pris skulle prisskillnaden mellan MTRs och Veolias anbud ha varit ännu större.

MTRs anbud har i upphandlingen uppnått 89,5 procent av optimal kvalitet. Detta är extremt högt och kan jämföras med de 74 procent som den bäst placerade anbudsgivaren erhållit i SLs tidigare upphandlingar där en lik-

nande utvärderingsmodell använts. Övriga anbud i upphandlingen låg i spannet 54 - 76 procent vilket mera överensstämmer med tidigare upphandlingar där en liknande utvärderingsmodell har använts. Skillnaden mellan de tre främsta anbuden uppgår till 20 procent eller dubbelt så mycket som i tidigare upphandlingar. Skillnaden mellan Veolias och MTRs anbuds "kvalitetskostnad" uppgår till 400 miljoner kronor per år. Enligt Veolias uppfattning kan detta rimligen inte spegla en verklig kvalitetskillnad.

Den valda utvärderingsmodellen är mycket känslig och ger ett stort utrymme för subjektiva bedömningar. Skillnaden mellan Veolias och MTRs "totalpris" uppgår endast till 123 miljoner kronor vilket innebär att en marginell poängförändring leder till ett annat resultat. Det finns inga kriterier eller riktlinjer för vad som avgör om ett anbud ges 6 eller 7 poäng respektive 8 eller 9 poäng. Skulle Veolias 6:or och 8:or höjas ett steg och det vinnande anbudets 7:or och 9:or sänkas ett steg skulle avståndet i kvalitetspoäng minska med 224 miljoner kronor. Rangordningen skulle därmed ändras och Veolias anbud skulle anses mest förmånligt. Skulle bedömningen av det tyngst viktade delkriteriet avseende ledningens kompetens och förmåga att driva tunnelbanan för både MTR och Veolia ges samma poäng skulle avståndet minska med 112 miljoner kronor, vilket skulle leda till ett "dött lopp" mellan anbudsgivarna.

Dessa faktiska förhållanden sammantaget med att SLs utvärderingsmodell inte är förenlig med LOU och gemenskapsrätten medför att upphandlingen måste ifrågasättas och göras om.

Bemötande av SLs yttrande

SL anför bl.a. i yttrandet att det förhållandet att det fiktiva påslaget kan uppgå till en miljard kronor om ett anbud genomgående får fem poäng i kvalitetsutvärderingen, på ett "tydligt sätt" illustrerar att SL värderar anbudens kvalitet mycket högt i upphandlingen. Enligt Veolias uppfattning är det just detta som är problemet, nämligen att man endast kan sluta sig till att kvalitet har stor vikt, men inte hur stor denna vikt är i relation till totalpris. Det är därför som SLs utvärderingsmodell inte är förenlig med artikel 55.2 i försörjningsdirektivet. Det bör här särskilt framhållas att SL inte heller har rangordnat tilldelningskriterierna eller ens påstått att det (av påvisbara skäl) inte är möjligt att vikta kriterierna på det sätt som föreskrivs i försörjningsdirektivet.

Det är oklart vad SL menar med begreppet "principerna för poängsättning". SL synes syfta på de förhållandena att det är fråga om en 10-gradig stigande poängskala med fem betygsnivåer. Denna information framgår av förfrågningsunderlaget. Veolia har inte påstått eller antytt att denna information inte skulle framgå av förfrågningsunderlaget. Veolia Transport har därför svårt att se att Veolias ansökan är ägnad att leda till missförstånd i denna del.

Veolia anför ingen egentlig kritik mot den generella beskrivningen av utvärderingsmodellen som görs i förfrågningsunderlaget. Kritiken avser de uppgifter som ostridigt saknades i förfrågningsunderlaget från början och som enligt EG-domstolens rättspraxis uttryckligen skulle ha angetts i förfrågningsunderlaget eller i god tid före anbudstidens slut. Veolia försöker alltså inte, som SL anför, ge sken av att det saknades en fullständig beskrivning av principerna för poängsättning i förfrågningsunderlaget. Veolia gör däremot uttryckligen gällande att de uppgifter som anges inom betygen bra respektive mycket bra och som delgavs anbudsgivarna först den 27 juni

2008, utgör sådana uppgifter som skulle ha ingått i förfrågningsunderlaget från början. Uppgifterna skulle i vart fall ha kommunicerats med anbudsgivaren långt tidigare än som skedde så att anbudsgivarna hade haft en reell möjlighet att beakta uppgifterna vid utformningen av sina anbud. Förfrågningsunderlaget kom ut den 17 mars 2008 och först den 27 juni 2008 kom SLs komplettering.

Det bör förtydligas att det i den aktuella upphandlingen inte går att specificera vilken inbördes vikt tilldelningskriterierna *Totalpris* och *Kvalitet* har i förhållande till varandra, vare sig i procent eller på något annat sätt. Utvärderingsmodellen utnyttjar en helt annan metod för att jämföra anbuden, nämligen ett individuellt jämförelsetal som erhålls först när ett kvalitetspåslag görs på totalpriset.

Frågan är således om det är tillåtet (tillräckligt) att "vikta" genom någon slags sammanvägd viktning på det sätt som sker enligt SLs utvärderingsmodell. Veolia hävdar alltså att metoden inte är tillåten. Detta följer redan av ordalydelsen i artikel 55.2.

I Kommissionens förslag till Försörjningsdirektiv (Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter av den 31 augusti 2000 KOM (2000) 276 slutlig/2) framgår det vidare att den viktning som avses är en viktning i procent. På sidorna 15-16 i förslaget framgår följande:

“Om man till exempel har två kriterier, angivna i angelägenhetsordning, kan det andra värderas till 90 % eller 51 % av det första kriteriet. Efter som det saknas en allmän regel om att kriteriernas vikt skall anges när förfarandet inleds, blir den upphandlande myndighetens slutliga val svårt att kontrollera. Det måste alltså konstateras att denna brist i det avgörande skedet med tilldelning av upphandlingen leder till att alla regler för

föregående etapper i förfarandet blir verkningslösa. Alla reglerna har samma syfte, nämligen att skydda anbudsgivarnas rättigheter, bl.a. principerna om likabehandling och insyn.

Därför bör direktivet ändras så att det blir obligatoriskt att ange varje kriteriums relativa vikt så tidigt som möjligt i förfarandet, med beaktande av särdragen i olika upphandlingsförfaranden. Vikterna kan t.ex. anges i procent eller som andelar av ett annat kriterium.

Oavsett på vilket sätt upphandlingen genomförs, bör man se till att viktningen är känd av alla anbudsgivare när de utformar sina anbud.”

På sidan 35 anges vidare följande:

”Punkt 2 är ny. Enligt den är de upphandlande enheterna skyldiga att så snart som möjligt under förfarandets gång ange inbördes viktning för de tilldelningskriterier som används för att avgöra vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt, med hänsyn tagen till de olika tänkbara sätten att konkurrensutsätta upphandlingen. Viktningen kan anges i procent, men får under inga omständigheter enbart bestå i att kriterierna anges i sjunkande angelägenhetsgrad.”

I artikel 55.2, tredje stycket anges att den relativa viktningen ska anges i meddelandet om upphandling. Av avsnitt IV:2.1 i kommissionens formulär för *Meddelande om upphandling för försörjningssektorerna* framgår tydligt av formulärets utformning att det på viss angiven plats för viktning ska fyllas i en siffra, dvs., att det är vikt i procent eller annan kvantifierbar myckenhet som ska anges.

Det är ostridigt att SL inte har viktat kvalitet och totalpris i förhållande till varandra på detta sätt. Med den modell som SL valt att tillämpa går det helt enkelt inte att korrekt fylla i formuläret och ange den relativa viktningen för tilldelningskriterierna såsom krävs i formuläret. SL har undgått att ange

tilldelningskriterierna inbördes vikt genom att kryssa i den andra rutan i avsnittet och hänvisa till förfrågningsunderlaget. Valmöjligheten avser emellertid endast huruvida själva kriterierna ska listas i formuläret eller inte - inte att den relativa viktningen kan underlåtas.

Utöver de klara krav på inbördes viktning som framkommer direkt av försörjningsdirektivet och kommissionens förslag har frågan om kravet på inbördes viktning av tilldelningskriterierna varit föremål för prövning i ett antal avgöranden från kammarrätterna (Kammarrätten i Göteborgs dom av den 26 april 2004 i mål nr 622-04 och Kammarrätten i Jönköpings dom av den 31 januari 2006 i mål nr 4248-05).

Den danska Konkurrencestyrelsen har i ett avgörande från början av år 2006 i *Klage over Sønderjyllands Amts udbud af naturgenopretning av Vidå-systemet* ("Vidå-fallet"). Omständigheterna i detta mål uppvisar mycket stora likheter med det mål som ligger inför länsrättens bedömning. Sønderjyllands Amt ("AMT") upphandlade projektering av "naturgenopretning af Vidå-systemet". Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utgjorde tilldelningskriterier. Vid bedömningen av anbuderna användes en tilläggsprismodell, där ett korrelationspris räknades fram utifrån följande tilldelningskriterier:

(i) Anbudspris, (ii) Anbudsgivarens beskrivning hur uppgiften kommer att lösas (prisfaktor 40), (iii) Anbudsgivarens tilltänkta organisation med CV för projektledare, byggleddare och nyckelpersoner (prisfaktor 10), (iv) För alternativa anbud ingår en värdering av anbudets påverkan på den visuella miljön och funktion samt projektekonomi (prisfaktor 50)

Tilldelningskriteriet anbudspris var följaktligen inte viktat mot kvalitetskriterierna. En anbudsgivare anförde klagomål över upphandlingen och frågan i ärendet var bl.a. om tilldelningskriteriernas relativa vikt (pris och

kvalitet) hade angivits i enlighet med artikel 53 i det klassiska direktivet. Av Konkurrensstyrelsens redogörelse framgår att AMT gjorde gällande att anbudspriset faktiskt skulle komma att viktas i förhållande till de kvalitativa kriterierna, men att denna viktning först skulle komma att bestämmas efter det att utvärderingen genomförts.

I sitt avgörande konstaterar Konkurrensstyrelsen att syftet med artikel 53 är att säkra likabehandling av anbudsgivarna och göra tilldelningen av kontrakt än mer transparent (inte tillräckligt transparent på det sätt som Regeringsrätten tar fasta på i RÅ 2002 ref 50). Enligt Konkurrensstyrelsens uppfattning ska tilldelningskriteriernas relativa vikt alltid anges. Av AMTs tillämpade utvärderingsmodell framgick dock endast de kvalitativa tilldelningskriteriernas sinsemellan relativa vikt, men inte vilken vikt tilldelningskriteriet "anbudspris" hade i förhållande till de kvalitativa tilldelningskriterierna. Anbudsprisets relativa vikt skulle därmed komma att vara avhängig respektive anbuds utformning. Konkurrensstyrelsen fann därför att det därmed förelåg en risk för att utvärderingsmodellen kunde innebära att den relativa viktningen av utvärderingskriterierna kommer att skilja sig åt anbuden emellan. Konkurrensstyrelsen avfärdade även AMTs invändning att det var tillräckligt att viktningen kunde fastställas i efterhand, vid inrapportering till kommissionen.

Av dansk rättspraxis följer således att inbördes viktning måste - för att vara förenlig med de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiven - ske på det sätt som Veolia gör gällande i målet. Det bör särskilt framhållas att den typen av sammanvägd viktning som nu är ifråga innebär att tilldelningskriteriernas betydelse kommer att skilja sig åt anbuden emellan. Annan dansk praxis pekar i samma riktning. Enligt dansk upphandlingsrätt är följaktligen SLs upphandlingsmodell inte tillåten. Dansk och svensk rätt i frågan ska överensstämma eftersom den nationella rätten uteslutande härleds från EG-rätten. Även Kammarrätten i Sundsvalls dom den 18 april 2008 i mål

nr 237-08 visar med tydlighet att det inte är möjligt att avstå från att klart och tydligt ange vilken inbördes relativ viktning som utvärderingskriterierna har i förhållande till varandra.

Av den utredning som Veolia hittills har presenterat följer att det är ett absolut krav att varje tilldelningskriterium ges en specifik vikt som gör det möjligt att omedelbart utläsa den inbördes viktning, dvs. vilken betydelse kriterierna har i förhållande till varandra. Veolia har därmed visat att SLs utvärderingsmodell strider mot LOU och gemenskapsrätten. Mot bakgrund av utredningen i målet, främst den svenska och danska rättspraxis som tillkommit efter länsrättens tidigare avgöranden i frågan, har länsrätten anledning att ompröva tidigare ställningstaganden avseende frågan hur tilldelningskriterier ska viktas.

Förfrågningsunderlaget innehåller inte samtliga uppgifter som beaktas vid utvärderingen

Som framgår ovan gör Veolia gällande att de poängkriterier som anges inom betygen bra respektive mycket bra utgör del av tilldelningskriteriet kvalitet eftersom de "beaktas vid bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" (se EG-domstolens dom i mål C-532/06 *Lianakis*, punkt 36). SL hävdar att kriterierna för 6 - 9 poäng endast utgör förtydliganden av redan fastställda poängnivåer. Veolia kan inte se hur man kan förtydliga något som aldrig nämnts.

Kriterierna för vad som krävdes för att erhålla poängen inom betygen bra respektive mycket bra skulle således ha ingått i förfrågningsunderlaget från början. Det förefaller vara ostridigt att förfrågningsunderlaget (bilaga utvärderingsmodell) ursprungligen inte innehöll vare sig (i) kriterierna/principerna/riktlinjerna (kalla det vad man vill) för vad som krävs för att erhålla poängen 6 - 9, eller (ii) informationen att SL fritt kunde välja om ett

anbud skulle ges sex eller sju poäng inom betyget bra respektive åtta eller nio poäng inom betyget mycket bra. Denna information delgavs anbudsgivarna först den 27 juni 2008. SL menar att detta utgör "i god tid före anbudsinslämningen" och att uppgifterna därför "tveklöst" utgör en del av förfrågningsunderlaget. Veolia delar inte denna uppfattning och menar att anbudsgivarna inte gavs någon reell chans att i god tid ta hänsyn till dessa poängkriterier. Skälen för denna uppfattning är följande. Kriterierna för att erhålla sex eller sju poäng, respektive åtta eller nio poäng delgavs anbudsgivarna först under högsommaren när det endast återstod sex veckor till anbudsinslämningen. Anbudet, i vart fall Veolias, var i det skedet i stort sett färdigt.

SL påstår även att "informationen" inte var "nödvändig" för att anbudsgivarna skulle kunna bedöma hur de skulle utforma anbudet. Huruvida uppgifterna är nödvändiga eller inte saknar betydelse. Det relevanta testet är nämligen om de sist tillhandahållna poängkriterierna kunde ha (se mål nr C-331/04 *ATI* punkterna 28 och 32) påverkat utformningen av anbudet om de hade varit kända i tid - inte att de skulle ha påverkat. Naturligtvis kunde poängkriterierna ha gjort det. Det noteras här särskilt att SL undviker att besvara om denna del av poängmatrisen var fastställd vid tidpunkten för förfrågningsunderlagets publicering den 17 mars 2008.

Sammanfattningsvis är kriterierna för vad som krävs för att erhålla poängen sex - nio av sådant slag att de kunde ha påverkat utformningen av anbudet varför de uttryckligen skulle ha angetts i förfrågningsunderlaget från början eller i vart fall i god tid före anbudstidens utgång. Det är inte tillräckligt att SL delgav anbudsgivarna dessa kriterier när det kvarstod endast sex veckor av anbudstiden. Detta gäller oavsett om kriterierna hade fastställts av SL på förhand eller inte. Även om kriterierna fastställts senare under upphandlingen har de delgivits anbudsgivarna så pass sent och under

sådana omständigheter att de inte kan anses ha meddelats anbudsgivarna på det sätt som krävs i EG-domstolens praxis.

Veolia Transport har gjort en genomgång av hur SL motiverat poängtilldelningen och har därvid funnit att SLs poängtilldelning, av motiveringen att döma, inte överensstämmer med poängsättningskriterierna. Exempelen, som är tagna från SLs dokument Sammanställning av resultatet av kvalitetsutvärderingen, visar bl.a. följande.

Exempel 1 – Delkriterium 1.2

Detta exempel visar:

- a) Att SL i bedömningen av T-banebolaget har frångått regeln att “för att ett anbud ska erhålla ett visst betyg måste kraven avseende både “Insikt” samt “Förmåga och Kapacitet” vara uppfyllda”. Enligt SLs poängsättningsmodell måste en elementär riskanalys presenteras för att uppnå betyg sex till sju i kriteriet “Insikt”. Trots att T-banebolaget enligt SL inte har presenterat en elementär riskanalys har de ändå uppnått det mycket höga betyget nio som enligt SLs modell kräver en god riskanalys.

- b) Att SL i bedömningen av S-bahn frångått poängsättningsmodellen i och med att S-bahn fått sex poäng för detta område. Enligt den får man endast fem poäng om man visar en rimlig möjlighet att utföra uppdraget. För att få sex poäng är man enligt poängsättningsmodellen tvungen att visa att man kan utföra uppdraget på ett bra sätt.

Exempel 2 – Delkriterium 1.4

Detta exempel visar:

a) Att en bättre riskanalys (god istället för elementär) inte betyder att man får ett högre betyg inom samma betygnivå “Bra”. I detta exempel får Veolia och ISS inom samma bedömning bra sätt, sju poäng för sin sämre riskanalys (elementär) medan Keolis och T-banebolaget endast får sex poäng för en bättre riskanalys (god).

b) Att precis samma motivering från SL ger olika poäng. För motiveringen “Utföra på ett bra sätt” och “elementär riskanalys” ger SL Veolia och ISS sju poäng, medan S-bahn bara får sex poäng.

Exempel 3 – Delkriterium 2.2

Detta exempel visar:

a) Att precis samma motivering från SL ger olika poäng. För motiveringen “Utföra på ett bra sätt” och “elementär riskanalys” ger SL Veolia och ISS sju poäng, medan Keolis bara får sex poäng.

b) Att SL i bedömningen av S-bahn återigen frångått poängsättningsmodellen i och med att S-bahn fått sex poäng för detta område. Enligt den får man endast fem poäng om man visar en rimlig möjlighet att utföra uppdraget. För att få sex poäng är man enligt poängsättningsmodellen tvungen att visa att man kan utföra uppdraget på ett bra sätt.

Exempel 4 – Delkriterium 2.3

Detta exempel visar att precis samma motivering från SL ger olika poäng. För motiveringen “Utföra på ett bra sätt” och “elementär riskanalys” ger

SL Keolis sju poäng, medan Veolia bara får sex poäng. För motiveringen “Utföra på ett mycket bra sätt” och “god riskanalys” ger SL MTR och T-banebolaget nio poäng, medan ISS bara får åtta poäng.

Exempel 5 - Delkriterium 3.1

Detta exempel visar att en bättre riskanalys (god istället för elementär) inte betyder att man får ett högre betyg inom samma betygnivå “Bra”. Keolis och T-banebolaget får båda sex poäng trots att T-banebolaget har en bättre riskanalys (god riskanalys).

Sammanställningen visar att det är enkelt för SL att välja om det ska vara den högre eller den lägre poängen inom betygen bra och mycket bra.

Enligt Veolias uppfattning är huvudregeln att kriterier som tar sikte på anbudsgivarens erfarenhet, personella resurser och förmåga i olika avseende att utföra projektet ifråga inte får utgöra ett utvärderingskriterium. Kammarrätten i Sundsvall har för bara några veckor sedan i en dom av den 13 februari 2009, mål nr 3474-08, bekräftat att arbetsledares förmåga att organisera, planera och driva projektet, att hålla beställaren informerad samt personalens höga kompetens och förmåga i en mängd avseenden inte fick beaktas vid utvärderingen.

Veolia vill med anledning av SLs påpekande förtydliga att det inte begärs att länsrätten ska göra om själva kvalitetsutvärderingen. Veolia vill emellertid belysa de många egendomliga bedömningar som SL har gjort av MTRs anbud i förhållande till övriga anbudsgivare.

I det följande ges några ytterligare exempel på sådan egendomlig poäng-tilldelning. Enligt Veolias uppfattning visar dessa exempel även hur SL successivt har hjälpt MTR att utveckla sitt anbud i väsentliga avseenden.

MTR har fått stort utrymme att komplettera sitt anbud i väsentliga avseenden och på ett mycket sent stadium. Förutan denna hjälp hade MTRs anbud aldrig kunnat tilldelas så höga poäng som skett. Det är dessutom högst tveksamt om poängtilldelningen ändå är korrekt. Såvitt Veolia kan bedöma har liknande hjälp inte getts andra anbudsgivare.

Delkriteriet 1.2 omfattar "Verksamhetens företagsledning och ledningens kompetens (CV + kravprofil) samt arbets- och ansvarsfördelning (inkl. delegationsordning)". När det gäller delkriteriet 1.2 har Veolia ifrågasatt hur MTR kunde erhålla högsta poäng på kriteriet när MTR inte hade tillhandahållit CV avseende t.ex. serviceutvecklingsdirektören som innehar en tung position i MTRs ledning. Detta delkriterium har vikten 14 % och är därmed det delkriterium som väger tyngst. Nu anför SL att avsaknaden av CVs inte påverkade helhetsbetyget eftersom MTR hade en utmärkt kravprofil för denna befattning och en konkret och trovärdig plan med förslag på namngivna personer för hur tjänsten skulle besättas. SL har således vid utvärderingen valt att bortse från avsaknaden av CV och tilldelat det vinnande anbudet högsta poäng enbart på basis av kravprofiler. Detta trots att det i kriteriet uttryckligen står att CV ska beaktas vid utvärderingen. SL har således lagt tyngre vikt vid kravprofiler än CV (som inte har tillmätts någon betydelse alls - i vart fall i förhållande till MTRs anbud).

Om SL i förfrågningsunderlaget varit tydlig med att det inte var nödvändigt att bilägga CV avseende personer i ledningen för att erhålla höga kvalitetspoäng avseende delkriterium 1.2 hade anbudsgivarna utformat sina anbud annorlunda. Det bör noteras att det är betydligt enklare att tillhandahålla utförliga kravprofiler med högt ställda kompetenskrav om kravprofilen sedan inte skall styrkas av ett CV. Detta avsteg från utvärderingsmodellen har således otillbörligt gagnat det vinnande anbudet. Mot bakgrund av detta strider SLs förfarande mot kravet på likabehandling och transparens.

När det gäller delkriterium 1.5 "Administrativ kapacitet och förmåga att ge administrativt stöd" fick MTR 9 poäng, dvs. betyget *Mycket bra*.

I SLs yttrande till länsrätten anger SL bl.a. ". . . att MTRs föreslagna lösning för IT-stöd på ett realistiskt sätt beaktade det faktum att MTR kanske inte skulle få tillgång till Veolia och Tågias befintliga system var till och med en bidragande orsak till MTRs höga poäng".

MTR får alltså den höga poängen för en förståelse av vilka behov som föreligger och en önskad bild av framtiden. I kapacitet lägger SL inte in vilket system man faktiskt kommer att ha tillgång till och som är nödvändiga, dvs. vilken lösning som finns. De IT-system som Veolia idag använder i tunnelbanan har tagit flera år att utveckla vilket är fallet för de flesta större IT-system. En förståelse för att det behövs ett IT-system är inte en lösning. Att premiera en förståelse för detta självklara faktum kan starkt ifrågasättas. Det stämmer alltså inte att MTR, vilket anges av SL i motiveringen, har beskrivit en mycket bra och tydlig lösning för administration och stöd till verksamheten, genom adekvata processer, verktyg och organisation.

Delkriterium 3.2 omfattar "Strategi, planering och optimering av bemanning, kundmiljöer och kundservice". För detta delkriterium fick MTR betyg 9, dvs. mycket bra.

I frågor och svar med MTR (fråga RG-25) ber SL MTR att "beskriv[a] hur skift och rastbyten kommer att ske med avseende på kassahantering, värdehantering och biljettleveranser, beskriv även resurser och metodik för öppning/stängning av stationer samt funktions- och statuskontroll". SLs begäran om dessa beskrivningar visar att MTR inte i sitt anbud alls berört om hur dessa uppgifter skulle utföras och skötas. Kort sagt, MTR har inte beskrivit någon lösning, vilket är vad som utvärderas av SL.

SL har i sitt yttrande till länsrätten angett att SL inom ramen för upphandlingen kan "...tillåta rättelser och smärre kompletteringar." Detta är i och för sig riktigt men den information som SL efterfrågat avseende delkriterium 3.2. avser i princip information om hela MTRs lösning. Åtgärden går således långt utöver "rättelser och smärre kompletteringar". MTRs svar, som sekretessbelagts, är flera sidor långt och det är tydligt att MTR inte har beskrivit avgörande områden i anbudet utan fått komplettera detta efteråt. Veolia Transport har fått en fråga (KL-44) inom samma område men åtgärden medför endast utveckling av en redan lämnad redogörelse och smärre komplettering av den lösning som redan presenterats.

Det är också tydligt att MTR inte utan SLs ingripande själv har haft den "insikt" som krävs för att få betyget mycket bra.

Delkriteriet 3.4 omfattar "Strategi, planering och optimering av städning". För detta delkriterium fick MTR betyg 8, dvs. mycket bra.

Även för detta delkriterium har SL ställt frågor till MTR.

SLs fråga avseende delkriterium 3.4 visar att MTRs lösning inte har svarat mot SLs förväntningar varvid diskussioner har förts om detta. Dialogen har resulterat i att MTR säger att metoden för att sanera klotter ska definieras efter konsultation med Team Tunnelbana. MTRs lösning saknar således helt egen ambition och MTRs höga poäng kan därför starkt ifrågasättas.

Det förtjänar även att påpekas att MTRs svar inkom till SL den 19 december 2008, dvs. två dagar efter det att styrgruppen fattat beslut om rekommendation till SLs styrelse. Det betyder att SL utvärderat MTRs anbud innan SL erhållit alla nödvändiga svar från MTR. Detta är, som tidigare påtalats, i sig anmärkningsvärt.

Av SLs fråga RG-26 framgår tydligt att MTR inte har haft en helhetsbild av hur fordonsstädning ska organiseras, utföras eller dimensioneras. De omfattande frågorna från SL visar att SL successivt hjälper MTR att utveckla ett från början i vissa avseenden klart bristfälligt anbud till ett anbud som kan ges höga poäng.

SLs utvärdering har skett enligt principer som utgår från SIQ-metoden, trots att detta inte har angetts i förfrågningsunderlaget eller i efterföljande handlingar. Om Veolia hade haft vetskap om att SL avsåg utvärdera anbudet utifrån SIQ-metoden skulle naturligtvis anbudet ha utformats därefter. SL har följaktligen vid utvärderingen tagit ovidkommande hänsyn eftersom SL utvärderat anbudet utifrån grunder som inte kommunicerats till anbudsgivarna vilket strider mot kravet på transparens och likabehandling.

Sammanfattning

Den samlade bilden av SLs frågeställningar kring de delkriterier som redogjorts för ovan är, enligt Veolias mening, att MTR inte har presterat en konkret, genomtänkt och förankrad lösning som motiverar de höga poäng som anbudet tilldelats. SL har på ett närmast systematiskt sätt hjälpt MTR att utveckla ett från början klart bristfälligt anbud till ett anbud som kunde ges oförtjänt höga poäng. Sammanfattningsvis anser Veolia Transport att SLs utvärdering och betygsättning av MTR i flera fall starkt kan ifrågasättas.

Det är tydligt att utvärderingsmodellen ger otillbörligt utrymme för godtycklighet. Det saknas möjlighet för andra anbudsgivare att bedöma betygsättningen och dess riktighet. Dessutom har det aldrig varit möjligt för anbudsgivare kunna bedöma vad som avses med "insikt", "god riskanalys" och "bra utförande av uppdraget". Veolia Transport anser det därför klart

att utvärderingsmodellen inte är förenligt med de krav som ställs i lag och praxis.

Härutöver har SL vid utvärdering av anbuden uppenbarligen använt sig av principer för utvärdering enligt SIQ-metoden trots att detta inte angetts i förfrågningsunderlaget och därmed tagit ovidkommande hänsyn.

Förhandsavgörande från EG-domstolen

I målet har uppkommit i vart fall tre olika gemenskapsrättsliga tolkningsfrågor som motiverar att länsrätten inhämtar ett förhandsavgörande från EG-domstolen i syfte att säkra en enhetlig tolkning och tillämpning av framför allt försörjningsdirektivet och de principer som EG-domstolen slagit fast i bl.a. *Lianakis*.

SL anför i huvudsak följande.

Den i målet aktuella upphandlingen är en funktionsupphandling. Detta innebär bl.a. att det är upp till anbudsgivarna att föreslå egna lösningar som uppfyller de av SL uppställda kraven och att det finns flera tänkbara lösningar på vart och ett av de krav som SL har ställt upp. Detta innebär också att två olika lösningar kan erhålla samma poäng och det inte finns ett på förhand angivet "facit" för hur lösningarna skall se ut. SL har däremot på ett mycket tydligt och transparent sätt förklarat i förfrågningsunderlaget vad SL kommer att tillmäta betydelse. Mot denna bakgrund tillbakavisar SL Veolias kritik mot att det har saknats en objektiv måttstock för utvärderingen av anbuden. Något krav på att det skall finnas ett på förhand bestämt "facit" för hur anbudens lösningar skall vara utformade för att erhålla t.ex. högsta poäng föreligger inte. Ett sådant krav skulle i praktiken omöjliggöra ett genomförande av en funktionsupphandling.

Utvärderingsmodellen uppfyller kravet på viktning

Veolias argumentation om hur artikel 55.2 i försörjningsdirektivet skall tolkas tillför enligt SLs uppfattning ingenting nytt. Det bör dock noteras att Kommissionen i sitt förslag till försörjningsdirektiv inte anger att viktning måste ske i procent eller i någon annan myckenhet. Tvärtom framgår det av förslaget att viktning kan anges i procent eller som andelar av ett annat kriterium, men att dessa sätt endast utgör ett exempel på hur viktning kan anges.

Veolia har utöver ovan angivna argumentation hänvisat till Kammarrättens i Sundsvall dom av den 18 april 2008, mål nr 237-08, ("Vägverksdomen") och ett avgörande från år 2006 från den danska Konkurrencestyrelsen ("Vidå-fallet") som stöd för sin uppfattning att SLs sätt att vikta pris- och kvalitetskriterier mot varandra inte uppfyller försörjningsdirektivets krav på viktning. SL bestrider att de nyss nämnda avgörandena kan tolkas på det sätt som Veolia har anfört.

SLs precisering av principerna för utvärdering är förenlig med principerna om likabehandling och transparens

De kvalificerade anbudsgivarna har redan den 17 mars 2008 haft fullständigt klart för sig vilka de olika del- och underkriterierna beträffande utvärderingskriteriet "Kvalitet" varit, att respektive anbud i denna del skulle utvärderas och poängsättas utifrån en 10-gradig poängskala samt vad som krävts för att erhålla betyget "Nöjaktigt" (5 poäng) respektive betyget "Utmärkt" (10 poäng). När SL, i och med informationen av den 27 juni 2008, konkretiserade innebörden av poängnivåerna 6 - 9 innebar inte detta några nya 'kriterier' för poängsättningen utan endast att dessa poängnivåer "k!äddes i ord" på en stigande skala från betyget "Nöjaktigt" (och vad som

krävts för detta betyg) till betyget "Utmärkt" (och vad som krävts för detta betyg).

SL vill i detta sammanhang åter understryka att informationen av den 27 juni 2008 kommunicerats med samtliga kvalificerade anbudsgivare i god tid före sista dag för ingivande av anbud och därför, tveklöst, utgjort en del av förfrågningsunderlaget. De kvalificerade anbudsgivarna hade således sex veckor på sig att ta informationen i beaktande vid utformningen av anbuden, vilket, mot bakgrund av informationens beskaffenhet, måste anses vara fullt tillräckligt. Det är således inte frågan om informationen den 27 juni 2008 *kunde ha* påverkat utformningen av anbuden utan att de kvalificerade anbudsgivarna *de facto haft möjlighet* att beakta denna information vid utformningen av anbuden.

SLs utvärdering av anbuden har skett enligt principerna i förfrågningsunderlaget

Veolias allmänna argumentation om att SLs principer för poängsättning ger fri prövningsrätt, eller i vart fall ett otillåtet stort utrymme för skönsmässig bedömning, tillför enligt SLs uppfattning inte något nytt. SL avser inte desto mindre att förklara att de exempel som Veolia har hänvisat till inte ger något stöd för Veolias påstående att SLs utvärderingsmodell leder till godtyckliga resultat.

Förklaringen till det som framgår av de exempel som tidigare illustrerats, vilka enligt Veolia skulle visa att likalydande motiveringar från SL kan leda till olika poäng, är att det p.g.a. den mänskliga faktorn har uppstått ett par fel när betygsmotiveringarna skulle överföras till dokumentet *Sammanställning av resultatet av kvalitetsutvärderingen*. Det har däremot inte skett några misstag när det gäller SLs poängsättning av anbuden eller de fiktiva prispåslagen.

De korrekta beslutsmotiveringarna, som för övrigt inte är ett krav enligt utvärderingsmodellen, satta i sina respektive sammanhang framgår av nedanstående tabeller [uteslutna här]. Det bör detta sammanhang nämnas att SL med anledning av Veolias påpekande i denna del snarast kommer att gå ut med en korrigerad av nyss nämnda dokument till samtliga intressenter som fått del av dokumentet.

Av det ovanstående följer att Veolias argumentation inte är relevant. Det har med andra ord inte förelegat några misstag när det gäller SLs poängsättning av ovan nämnda kriterier.

Veolias iakttagelse att en bättre riskanalys (god istället för elementär) inte i sig självt betyder att anbudsgivaren får ett högre betyg inom samma betygsnivå är korrekt. Som framgår på sidan tre i *Generella grunder för utvärdering av Kvalitet*, måste ett anbud för att erhålla ett visst betyg uppfylla både kravet på "Insikt", vilket inkluderar en riskanalys av en viss kvalitet (elementär, god och elementär) samt kravet på "Förmåga och Kapacitet". Detta innebär exempelvis att en god riskanalys inte leder till ett förhöjt betyg om lösningen i övrigt håller betygsnivån "bra", dvs. om anbudsgivaren har förmåga och kapacitet att utföra uppdraget på ett bra sätt.

Veolia har gjort gällande att samma betygsmotiveringar har givit olika poäng inom ett visst betygssteg. Vad Veolia däremot inte tar upp är att varje betygsmotivering består av tre stycken och att de två stycken som Veolia inte har redovisat i ovan nämnda exempel belyser skillnaderna mellan kvaliteten i de olika anbuden. De kvalitetsskillnader som finns mellan anbud som tilldelats 6-7 poäng respektive 8-9 poäng framgår av betygsmotiveringarnas mittstycke. Detta illustreras av nedanstående tabell [utesluten här], vilken avseende ett av Veolias exempel återger betygsmotiveringen i dess helhet.

Som framgår av det ovan anförda har SLs poängsättning av anbudet varit korrekt och skett i enlighet med förfrågningsunderlaget på ett sätt som undanröjer risken för ett godtyckligt resultat. Veolias kritik i denna del skall därför lämnas utan avseende.

SLs utvärderingskriterier är förenliga med EG-domstolens praxis

Som tidigare framhållits ligger distinktionen mellan kvalificerings- och utvärderingskriterier ytterst vid vad den upphandlande enheten avser att utvärdera med givna kriterier. Dessa skillnader kommer till uttryck om man jämför det avgörande från Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 3474-08 ("Sundsvallsmålet") som Veolia hänvisar till och ett färskt avgörande från Kammarrätten i Göteborg från den 3 februari 2009 i mål nr 7332-08 ("Göteborgsmålet"). Båda fallen rörde frågan om utnyttjandet av referenser vid utvärderingen och domstolarna fastslog härvid att det inte föreligger något hinder för detta så länge referenserna är ägnade att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I Sundsvallsmålet konstaterade kammarrätten att inhämtandet av referenser var att hänföra till anbudsgivarnas kvalifikationer. I Göteborgsmålet däremot, var de frågor som ställts till referenspersonerna inte hänförliga till anbudsgivarnas kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet utan till *föremålet för upphandlingen*, dvs. *den tjänst som anbudsgivaren erbjöd*. Kammarrätten konstaterade att referensupptagningen således syftat till att utröna hur anbudsgivaren tidigare hade utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten, och inte till att reda ut anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana.

I likhet med vad kammarrätten anger i Göteborgsmålet har de delkriterier som återfinns i utvärderingskriteriet *Kvalitet* i förevarande upphandling

varit hänförliga till själva föremålet för upphandlingen. Den avgörande frågan härvid har uteslutande varit de lösningar som anbudsgivarna erbjudit för just driften av Tunnelbaneverksamheten, ingenting annat. Samtliga delkriterier har således varit hänförliga till den *Kvalitet* som respektive anbudsgivare erbjudit SL och har i denna egenskap otvivelaktigt varit ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Veolia påstår att det i SLs utvärderingsmodell många gånger saknas en koppling mellan kriteriet i fråga och ett objektivi konstaterbart mervärde. Veolia gör även gällande, som det får förstås att SL skulle ha "duplicerat urvalskriterier för återanvändning som tilldelningskriterier" Veolia pekar härvid på ett antal specifika delkriterier.

Inledningsvis skall framhållas att vad Veolia gör gällande i detta mål rimmar illa med Veolias argumentation i Sekretessmålen. Veolia gör i överklagandeskriften daterad den 9 februar 2009 gällande bl.a. följande: "*SLs upphandling är driven av de unika förutsättningar som krävs för driften av tunnelbanan där SL har begärt anbudsgivarnas unika lösningar. De lösningar som anges i MTRs anbud vilka vidareutvecklas och förklarar i de för överklagandet aktuella Uppgifterna är således helt anpassade till att driva just tunnelbanan i Stockholm enligt SL speciella kravställning i Upphandlingen. Uppgifterna ger rimligtvis därför ingen eller lite vägledning om MTRs affärsmässiga och strategiska upplägg i allmänhet eller avseende kommande upphandlingar, vare sig de avser SLs eller andra upphandlingar avseende tunnelbanedrift eller annat*".

Mot denna bakgrund kan Veolia knappast med bibehållen trovärdighet i detta mål försöka påvisa motsatsen och hävda att vissa av SLs använda utvärderingskriterier är att bedöma som kvalificeringskriterier. Mot bakgrund av att föremålet för prövningen i samband med kvalificeringen varit ett annat än vid utvärderingen av anbudet faller det på sin egen orimlighet

att SL skulle ha “duplicerat urvalskriterier för återanvändning som tilldelningskriterier”. Någon sammanblandning mellan kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier har helt enkelt inte förekommit.

I anledning av vad Veolia anför beträffande delkriterium 1.2 måste framhållas att det torde vara en självklarhet att en företagslednings “*allmänna erfarenhet och kompetens*” är ett relevant kvalitetsmått, givet att aktuell företagsledning ingår som ett led i den lösning som anbudsgivaren ifråga erbjuder för aktuellt uppdrag. På motsvarande sätt förhåller det sig med övriga delkriterier, inklusive administrativ kapacitet etc. Mot denna bakgrund har SL mycket svårt att förstå hur Veolia kan påstå att delkriterierna i 1.5 och 1.7 huvudsakligen tagit sikte på anbudsgivarens “allmänna förmåga” att utföra uppdraget.

SL har behandlat samtliga anbudsgivare lika

Veolias argumentation styckena rörande SLs fråga beträffande blankett F och SLs utvärdering av delkriterium 1.2 – ”Verksamhetens företagsledning och ledningens kompetens” och delkriterium 1.5 – ”Administrativ kapacitet och förmåga att ge administrativt stöd” i MTRs anbud tillför enligt SLs mening inte något nytt. Däremot innehåller Veolias argumentation felaktiga återgivanden av det SL har anfört tidigare i denna del.

Utöver den ovanstående argumentationen har Veolia gjort gällande att SL har gynnat MTR genom en alltför förmånlig utvärdering av delkriterium 3.2 – ”Kundmiljöer och kundservice” och delkriterium 3.4 - “Städning” i MTRs anbud. Därutöver har Veolia gjort gällande SL har premierat MTRs anbud för att detta enligt Veolia är uppställt enligt den s k SIQ-modellen. Som kommer att redogöras för nedan är Veolias påståenden i denna del felaktiga.

Vad beträffar SLs utvärdering av delkriterium 3.2 - "Kundmiljöer och kundservice" i MTRs anbud har Veolia gjort gällande att det faktum att MTR fick frågan (RG-25) "*beskriv hur skift och rastbyten kommer att ske med avseende på kassahantering, värdehantering och biljettleveranser, beskriv även resurser och metodik för öppning/stängning av stationer samt funktions - och statuskontroll*" visar att MTR i sitt anbud har underlåtit att beröra hur dessa uppgifter skulle skötas. Detta stämmer inte. Tvärtom innehöll MTRs anbud i denna del en fullständig lösning som var av mycket hög kvalitet. Den nyss nämnda frågan syftade endast till att MTR skulle förtydliga och utveckla vissa av de detaljer som anbudet innehöll.

I sammanhanget är det intressant att påpeka att SL även har ställt flera frågor till Veolia rörande dess lösning för delkriterium 3.2 avseende kundmiljöer- och kundservice, vilka är mycket lika den fråga som MTR fått. En av dessa frågor (KL-44) löd "*Beskriv processen för när en mobil servicevärd öppnar en försäljningslucka inklusive hur det går till rent praktiskt med kassahanteringen?*". En annan fråga (KL-2) på samma tema löd "*Vänligen inkom med en förtydligad redovisning enligt "Krav på anbud" punkt 6: Redovisningen skall åtminstone innehålla följande delar: Översiktlig tjänsterekonstruktion, inklusive principer för rastavlösen*". Ytterligare en fråga (KL23) på samma tema löd "*KL skriver i sitt anbud att mindre stationer kommer att lämnas obemannade på kvällstid. Hur är det förenligt med SLs krav på bemanning av spärrar? Vilken är KLs definition på en "mindre station" samt vilka är dessa inom ramen för anbudet.*"

I sammanhanget bör också framhållas att det faktum att en upphandlande enhet, såsom SL, ställer förtydligande frågor till anbudsgivarna angående deras respektive anbud är ett naturligt inslag i en förhandlad upphandling, särskilt när det rör sig om en upphandling av den storlek, komplexitet och det värde som det nu är fråga om.

Vad beträffar SLs utvärdering av delkriterium 3.4 "Städning", har Veolia bl.a. gjort gällande att den dialog som förts mellan SL och MTR angående metoden för avlägsnande av klotter (fråga RG-58) visar på att MTRs lösning saknar egen ambition. Därutöver har Veolia gjort gällande att den fråga (RG-3) som ställdes till MTR angående förtydligande dokumentation beträffande frågan om åtgärdande efter vandalisering visade att MTR inte hade beskrivit sin process och ej heller redovisat förslag på åtgärder för att minska förekomsten av skadegörelse. Frågan om avlägsnande av klotter och återställande efter vandalisering har emellertid bedömts under delkriterium 3.5 "Skadegörelse", varför Veolias hänvisning till det betyg som MTR erhöll avseende delkriterium 3.4 - "Städning" inte är korrekt.

Vad beträffar delkriterium 3.5 - "Skadegörelse" har MTR erhållit betyget "Bra" och 7 poäng. MTRs lösning avseende klottersanering och återställande efter vandalisering var väl genomarbetad och noggrant utformad samt uppfyllde på ett bra sätt de krav som SL hade ställt upp i denna del. Oaktat detta fanns det ett antal detaljer som SL önskade att MTR utvecklade ytterligare vilket är anledningen till att SL ställde de frågor som det refereras till i stycket ovan.

Beträffande SLs utvärdering av delkriterium 3.4 - "Städning" har Veolia även påstått att den fråga (RG-26) som MTR fått rörande organisationen för fordonsstädning visar att MTR inte haft en helhetsbild av hur fordonsstädningen skulle organiseras, utföras eller dimensioneras. Detta påstående är felaktigt. MTRs lösning avseende städning av såväl stationer som fordon var mycket väl genomarbetad och noggrant utformad samt uppfyllde på ett mycket bra sätt de krav som SL hade ställt upp i denna del. Den ovan nämnda frågan ställdes till MTR endast som en kontroll av att SL hade uppfattat MTRs intentioner på ett korrekt sätt och i syfte att försäkra sig om att anbudet inte utgjorde någon skrivbordsprodukt som saknade förankring hos de personer som skall arbeta med verksamheten.

I sammanhanget är det intressant att även Veolia har fått en fråga (KL 6) om hur fordonsstädningen skall organiseras, vilken löd *“Vänligen inkom med förtydligande av hur Anbudsgivaren avser att organisera arbetet med att hålla de kropps nära ytorna rena enligt ”Krav på anbud”: redovisningen skall åtminstone innehålla följande delar: Planerad process för reguljär städning (inklusive redovisning av hur anbudsgivaren planerar att anpassa de periodiska städinsatserna för att klara kvalitetskraven och hur anbudsgivaren planerar att organisera arbetet för att hålla de kropps nära ytorna rena)”*.

SL har mot ovanstående bakgrund svårt att se hur Veolia kan göra gällande att SL otillbörligen har gynnat MTR genom att ställa de ovan nämnda frågorna. Tvärtom har SL ställt kompletterande frågor av samma dignitet även till Veolia och övriga anbudsgivare. Det står därför klart att SL genom att ställa kompletterande frågor till anbudsgivarna inte har gynnat någon av dem. Veolias kritik i detta avseende skall därför lämnas utan avseende.

Den utvärderingsmodell som SL har tillämpat i den nu aktuella upphandlingen bygger varken direkt eller indirekt på den s.k. SIQ-modellen. När SL redogjorde för att den typ av modell som har tillämpats i den nu aktuella upphandlingen är väl beprövad och har använts av SL i ett stort antal tidigare upphandlingar åsyftades endast att denna utvärderingsmodell, i likhet med de tidigare tillämpade utvärderingsmodellerna (varav några men inte alla byggde på den s.k. SIQ modellen) som SL hänvisat till, bygger på att långtgående skall-krav uppställs och att utvärdering sedan sker genom en sammanvägning av kvalitets- och priskriterier genom att brister i kvalitetshänseende leder till ett fiktivt prispåslag. Därutöver bygger den nu aktuella utvärderingsmodellen, liksom de tidigare tillämpade utvärderingsmodellerna, på att kvalitetskriteriet bryts ned i under- och delkriterier som

åsätts en relativ vikt. Citatet från Veolias yttrande kan med andra ord inte tas till intäkt för att den s.k. SIQ-modellen har tillämpats i den nu aktuella upphandlingen.

Veolia anför i huvudsak följande.

Veolia är väl medveten om att upphandlingen är en funktionsupphandling och att det inte finns ett facit för hur den vinnande lösningen ser ut. Däremot måste utvärderingen givetvis styras av objektivitet (en "objektiv måttstock"). I annat fall blir det fråga om rent subjektiva bedömningar vilket strider mot LOU. Veolia förstår därför inte hur SLs resonemang i denna fråga hänger ihop. Veolia Transport vidhåller att SLs bedömning av vilket poäng ett anbud ska erhålla skett godtyckligt. Den subjektivt styrda utvärderingen har möjliggjorts av de vaga poängkriterierna (vad avses t.ex. med elementär riskanalys jämfört med god riskanalys etc.?) samt SLs totala frihet att välja om ett anbud ska erhålla 6 eller 7 poäng respektive 8 eller 9 poäng inom betygen Bra och Mycket bra.

Förfrågningsunderlaget innehåller inte samtliga uppgifter som beaktas vid utvärderingen

SLs förklaringar till de felaktiga motiveringarna/poängtilldelningen är röriga och SLs slarv, om det är det som ligger bakom att SL frångått sin egen utvärderingsmodell, visar tydligt på behovet av ökad insyn i hur utvärderingen gått till. De vaga poängkriterierna och betygsmotiveringarna visar även vilken flexibilitet SL har vid poängtilldelningen. Det är också tydligt att SLs "misstag" noterats av SL först efter Veolias påpekande. Huruvida SL överhuvudtaget har fog för hur anbuden poängsatts går ju för övrigt inte att verifiera, vare sig av Veolia, länsrätten eller någon annan. För att kunna bilda sig en uppfattning i denna fråga måste man jämföra anbuden och stämma av dessa mot varje motivering, SLs slutsats att poängsättning av

anbudet har varit korrekt och har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget förutsätter att man tar SLs ord för gott i frågan. Någon sådan presumption eller bevislättning för den upphandlande enheten finns emellertid inte.

Avgörandet från Kammarrätten i Göteborg i "Göteborgsmålet" bidrar på inte sätt med stöd till SLs talan. Tvärtemot vad SL försöker påskina finns det ingen rationell förklaring till de olika bedömningarna i "Göteborgsmålet" och det senare "Sundsvallsmålet". Hittillsvarande svensk rättspraxis efter *Lianakis* har väl snävt och lite onyanserat fokuserat på frågan om och när referenser får utvärderas. En referens är för övrigt inte i sig ett utvärderingskriterium utan ett bevis för uppfyllande av ett visst utvärderingskriterium. Såvitt Veolia kan bedöma omnämner samtliga kammarrättsavgöranden som refererar till *Lianakis* att det är tillåtet att utvärdera referenser så länge dessa är ägnade att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Någon användbar princip eller regel för när så är fallet och var gränsen i övrigt ska dras mot det otillåtna området ges dock inte i något av dessa rättsfall.

Veolias kritik mot utvärderingskriterierna i överprövningsmålet tar huvudsakligen sikte på kriteriernas utformning - inte vad MTR har svarat på kriterierna. Detta har Veolia ingen närmare kunskap om eftersom SL sekretessbelagt i princip hela MTRs anbud. Veolia Transport misstänker emellertid att MTRs anbud i stora delar inte innehåller unika lösningar för Stockholms tunnelbana utan generella, affärs- och konkurrensmässigt okänsliga, beskrivningar av MTRs kapacitet, erfarenhet, resurser och metoder. I den utsträckning SL utvärderat sådant allmänt faktaunderlag med hjälp av delkriterierna, utgör detta i sig en överträdelse av LOU och gemenskapsrätten.

SL påstår att det torde vara en självklarhet att ett företags allmänna erfarenhet och kompetens är ett relevant kvalitetsmått. Varje transporttjänste-

företag har emellertid en företagsledning och anbudsgivarens personals erfarenhet och kompetens har så klart ett samband med den kvalitet som anbudsgivaren kan leverera i ett uppdrag. Kriterier som baseras på dylika förhållanden är emellertid huvudsakligen att hänföra till anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser och förmåga att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga. Redan av SLs resonemang är det därför klart att SL använt sig av otillåtna utvärderingskriterier. För att kriterier som tar sikte på dylika förhållanden överhuvudtaget ska kunna användas som utvärderingskriterier krävs det att tjänsterna är av en mer komplex karaktär och att kriteriet dessutom innehåller något element som är ägnat att skapa ett objektivt konstaterbart mervärde kopplat till graden av leveranssäkerhet.

Av de åberopade rättsutlåtandena följer att ytterligare delkriterier utöver de som Veolia fokuserat på, kan kritiseras. Sammanfattningsvis strider flertalet av SLs utvärderingskriterier mot transparensprincipen och artikel 55.1 i försörjningsdirektivet. Avslutningsvis, och mot bakgrund av SLs knapphändiga bemötande av det som Veolia anfört, kan återigen framhållas att det är SL som har att visa att dess utvärderingskriterier är tillåtna enligt artikel 55.1 i försörjningsdirektivet samt att frågan, *in dubio*, ska avgöras till SLs nackdel. SL kan inte anses ha visat detta.

SL har otillbörligen gynnat MTR

Till dess att SL styrker att en fullständig Blankett F faktiskt ingick i MTRs anbud när det ingavs, vidhåller Veolia att så inte var fallet och att MTRs anbud därmed inte uppfyller skalkravet avseende Blankett F och därmed inte borde ha beaktats av SL vid utvärderingen av anbudet. Någon laglig möjlighet att låta MTR komplettera sitt anbud och reparera skalkravsbristen har inte funnits.

Det noteras vidare att SL inte försöker vederlägga vad Veolia anfört om att MTR kompletterade med CV för sin serviceutvecklingsdirektör och bekräftade att återopade nyckelpersoner accepterat att jobba för MTR, efter det att SLs styrgrupp rekommenderat MTRs anbud till SLs styrelse. Kompletteringen skedde som tidigare anförts den 19 december 2008 och rekommendationen till SLs styrelse skedde redan den 17 december 2008. Dessutom beslöt Samordningsgruppen redan den 12 december 2008 att rekommendera MTRs anbud till Styrgruppen. Av SLs presentationsmaterial *E17 - Information till SLs styrelse*, daterat den 20 januari 2009, framgår det på sidan 39 att anbudskontrollen avslutades den 5 december 2008. I MTRs fall var dock inte anbudskontrollen avslutad när utvärderingen slutfördes. SL har därmed även fört förhandlingar med MTR innan anbudskontrollen slutförts. Förfarandet strider mot LOU och gemenskapsrätten eftersom utvärderingen inte får ske förrän anbudsprövningen är klar (se EG-domstolens avgörande i mål 31/87, *Beentjes*, punkt 15) och förhandlingar inte får ske med anbudsgivare som inte klarar alla skalkrav (se EG-domstolens avgörande i mål C-243/89, *Europeiska Kommissionen ./.* *Konungariket Danmark*, punkt 45). Principen att orena anbud alltid skall avvisas, även om bristerna enbart skulle vara av rent formell natur, framgår av den senare domen.

Veolia delar SLs uppfattning att förtydligande frågor till anbudsgivarna är ett naturligt inslag i en förhandlad upphandling. Flertalet av de frågor och begäran av kompletteringar som SL tillställt MTR går emellertid långt utöver vad som är tillåtet i detta avseende även med beaktande av upphandlingens storlek och komplexitet.

Veolia vidhåller att SL använt sig av principer som baseras på SIQ-metoden vid utvärderingen och i strid med transparensprincipen premierat anbud som varit strukturerade enligt SIQ-metoden.

Däremot noteras särskilt att SL anför att “... *kvalitetskriteriet bryts ned i under- och delkriterier som åsätts en relativ vikt.*” Eftersom SL för under- och delkriterierna har specificerat en relativ vikt i procent måste SL rimligen själv anse att “relativ vikt” måste anges på ett sätt som gör det möjligt att relatera dessa kriteriers vikt i förhållande till varandra.

Ytterligare skriftväxling har förevarit i målet.

Veolia har bl.a. gett in ett rättsutlåtande från advokaten och doktoranden Andrea Sundstrand avseende bestämmelserna i LOU om urvals- och tilldelningskriterier, möjligheten att komplettera förfrågningsunderlag och principerna om likabehandling och transparens samt ett utlåtande från professorn Steen Treumer angående otillåtna tilldelningskriterier och om viktning.

Länsrätten har den 29 januari 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten slutligt prövat begäran om överprövning eller förordnat på annat sätt.

Länsrätten har den 2 april 2009 beslutat att avslå Veolias yrkande om editionsföreläggande.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 1 april 2009 avslagit Veolias yrkande om utfående av MTRs anbud i dess helhet med endast prisuppgifter markerade.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 3 april 2009 avslagit Veolias yrkande om utfående av protokoll och korrespondens avseende möten och kommunikation mellan SL och MTR gällande nollställning av anbud eller förhandlingar i tunnelbaneupphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2008 trädde den nya LOU (2007:1091) i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna ska bestämmelserna i den äldre LOU (1992:1528) tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Av förfrågningsunderlaget framgår att den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2008 varför lagen (1992:1528) ska tillämpas.

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

Av 1 kap. 5 § LOU framgår att med förhandlad upphandling avses en upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem.

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.

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) anförs bl.a. följande i ingressen:

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 nämnda direktiv artikel 55 stadgas följande.

Tilldelningsgrunder

1. Utan att nationella lagar och andra författningar om ersättning för vissa tjänster påverkas skall den upphandlande enheten tillämpa följande kriterier vid tilldelning av kontrakt:

a. Om tilldelningen sker på grundval av det ur den upphandlande enhetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet i fråga, t.ex. leverans- eller genomförandetid, driftskostnad, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, tekniska fördelar, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, åtagande när det gäller reservdelar, fortlöpande leverans och pris.

b. I annat fall, enbart det lägsta priset.

2. Utan att bestämmelserna i tredje stycket åsidosätts skall, om tilldelningen sker enligt punkt 1 a, den upphandlande enheten ange hur de olika krite-

rierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt.

Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. När den upphandlande enheten anser att viktning inte är möjligt av påvisbara skäl, skall den ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

Denna relativa viktning eller prioritetsordning skall i förekommande fall anges i meddelandet om upphandling, i den inbjudan om att bekräfta intresse som avses i artikel 47.5, i inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar eller i förfrågningsunderlaget.

I förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 406) till den nya försörjningslagen och den klassiska lagen anförs 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 enbart 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. Om viktning inte är möjlig av påvisbara skäl skall kriterierna anges i fallande prioritetsordning.

Frågan i EG-domstolens dom i mål C-532/06 från den 24 januari 2008, Lianakis, 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 omnämns i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling.

Allmänt om upphandlingsförfarandet

Av inbjudan att inkomma med anbudsansökan framgår bl.a. att upphandlingen är en s.k. förhandlad upphandling.

I tilldelningsbeslutet den 20 januari 2009 och i underlag till tilldelningsbeslut angavs bl.a. följande. SLs styrelse fattade den 28 augusti 2007 beslut om upphandling av tunnelbaneverksamheten i Stockholms län, omfattande huvudtjänsteområdena trafikdrift, fordonsunderhåll och depådrift, kundmiljöer samt kundservice. Efter det att upphandlingen annonserats delgavs intressenter på marknaden en särskild inbjudan att inkomma med anbudsansökan under hösten 2007. I januari 2008 kvalificerades tio anbudssökanden för anbudslämning. I mars 2008 delgavs de kvalificerade sökandena förfrågningsunderlaget varefter en process med frågor och svar vidtog. Anbudstiden gick ut den 15 augusti 2008. Sex anbud inkom i tid, kontrollerades och utvärderades.

Av förfrågningsunderlaget punkt 8.4 framgår bl.a. att SL kommer att göra en slutlig utvärdering av anbuderna med tillämpning av den utvärderingsmodell som redovisas i bilagan "Utvärderingsmodell". Upphandlingskontrakt kommer att ingås med den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i enlighet med den tillämpliga utvärderingsmodellen.

Av bilaga till förfrågningsunderlaget "Utvärderingsmodell" framgår bl.a. följande under punkten två.

I denna Upphandling kommer det anbud som vid den slutliga utvärderingen av anbuderna finns vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med beaktande av nedanstående två utvärderingskriterier att antas.

1. Totalpris (se definition nedan under punkten 0)
2. Kvalitet (se definition nedan under punkten 0)

Förutsättningar för den slutliga utvärderingen - lägsta nivå, m.m.

För att ett anbud skall kunna utgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga inom ramen för denna Upphandling krävs, utöver vad som anges i dokumentet Administrativa föreskrifter och Bilaga Krav på anbud, att det vid utvärderingen av Kvalitet och med avseende på vart och ett av de totalt sjutton (17) tillämpliga Delkriterier får minst betyget "nöjaktigt" vilket motsvaras av ett visst i tabellen nedan under punkten 0 (kolumnen näst längst till höger) angivet poäng. Om SL bedömer att ett anbud vad gäller ett (eller fler) Delkriterium inte uppvisar en nöjaktig nivå kommer alltså det anbudet inte att ingå i den slutliga anbudsutvärderingen där det vinnande anbudet utses.

Viktningen av Totalpris och Kvalitet - fiktivt prispåslag, m.m.

Ett anbud kan vid anbudsutvärderingen av Kvalitet tilldelas sammanlagt maximalt tio (10) poäng.

Om ett enskilt anbud inte får högsta betyg vad gäller Kvalitet utan t.ex. 90 % av maximum, kommer ett fiktivt prispåslag om tjugo (20) miljoner kronor att göras på Totalpriset för varje procentenhet som understiger 100 % (i detta exempel ett fiktivt prispåslag om sammanlagt 200 miljoner kronor (dvs. 20 MSEK x 10).

Det anbud som efter viktning av de i Kvalitet ingående Delkriterier (se tillämpliga vikt faktorer i kolumnen längst till höger i tabellen nedan) och efter det att relevanta fiktiva prispåslag gjorts, vid en jämförelse anbuderna emellan, uppvisar det lägsta jämförelsetalet (Totalpris + eventuellt tillämpligt prispåslag) är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i denna Upphandling.

TOTALPRIS

I denna Upphandling avses med ”**Totalpris**”, inom ramen för utvärderingen av anbudet, anbudsgivarens grundpris (se Bilaga 5A) inklusive prisutfallet för angivna hypotetiska förändringar innefattande:

1. Ökning av grundpris med:
 - Genomsnittliga avropspriset för yttre och inre trafikledning, verkstadstjänster, teknik- och konsulttjänster, städning, plockstädning, klottersanering, tågförare, tågvarnare, samt servicevärdar multiplicerat med 10 000 beställda timmar.
2. Ökning av kostnader per tidtabellskifte i augusti varje år 2009 – 2016 som orsakas av:
 - Utökning av trafik varje år med 150 000 utbudskilometer fordon (C20 Ekvivalens). Utökningen antas ske med fullängdståg. 1/3 (50 000 km) avser kostnader för tillkommande tåg (med ett fordon) och multipliceras med förändringspris SEK per kilometer för utbudskilometer fordon (C20 Ekvivalens) för ett fordon i tåg (inklusive samtliga kostnader utom fordonshyra). 2/3 (100 000 km) avser kostnader för tillkommande fordon i tåg och multipliceras med förändringspris SEK per kilometer för utbudskilometer fordon (C20 Ekvivalens) för tillkommande fordon i tåg (exklusive kostnader för tågförare och fordonshyra).
 - Utökning av fordon (C20 Ekvivalens) varje år med fem (5), inklusive reservfordon, multiplicerat med fordonshyra per fordon och år.
 - Utökad öppethållande av station varje år med 3 000 timmar multiplicerat med SEK per timme för ökat öppethållande av station.
 - Ökat öppethållande av enskild uppgång/spärrlinje varje år med 7 000 timmar multiplicerat med SEK per timme för tillkommande tid stationstjänst.

Totalpriset skall anges som ett annuitetsbelopp under åtta (8) år beräknat med en realränta om 2,5 %.

KVALITET

Vad som menas med "Kvalitet" i samband med anbudsutvärderingen i denna Upphandling framgår av nedanstående tabell och text.

Observera att en enskild lösning, etc. som anbudsgivaren beskriver i sitt anbud endast är relevant om den avses användas vid utförande av Uppdraget."

Tabell utvisande kriteriet kvalitet**Underkriterium 1 – Anbudsgivarens lösning för verksamhetens ledning och organisation**

Delkriterier (maxpoäng per Delkriterium = 10 p)	Nöjaktigt anbud (antal p)	Viktfaktor i procent
Egna värderingar och förmåga att implementera, följa upp och vid behov förändra värderingar (egna och andras).	5 p	5 %
Verksamhetens företagsledning och ledningens kompetens (CV + kravprofil) samt arbets- och ansvarsfördelning (inklusive delegationsordning)	5 p	14 %
Formaliserade processer och stödjande ledningssystem	5 p	7 %
Personalutveckling, rekryterings- samt utbildningskapacitet. Dimensionering och kravprofiler för personal (exklusive företagsledningen) samt arbetsledning av den.	5 p	6 %
Administrativ kapacitet och förmåga att ge administrativt stöd	5 p	3 %
Strategi för upphandling, styrning och hantering av underleverantörer som Entreprenören ansvarar för	5 p	10 %
Förhållningssätt till, och förmåga att samverka med, fackliga organisationer.	5 p	5 %

Underkriterium 2 - Anbudsgivarens lösning för att leverera punktlig trafik

Delkriterier (max 10 poäng per Delkriterium)	Nöjaktigt anbud (antal p)	Viktfaktor i procent
Trafiklösningens störningskänslighet	5 p	10 %
Förmåga och kapacitet (inklusive resurser för ledning och styrning) vad gäller fordonsunderhållsorganisationen	5 p	8 %
Strategier, planering och optimering av underhållsresurser (bemanning, hyrd underhållsreserv, verkstadsutrustning, utbytesenheter samt reservdelsförsörjning)	5 p	5 %
Metodik och förmåga att genomföra förbättringar/rationaliseringar avseende fordonsunderhållet	5 p	4 %
Strategi och konkret utvecklingsplan för fordonsunderhåll under avtalstiden	5 p	3 %

Underkriterium 3 - Anbudsgivarens lösning avseende kundmiljöer och kundservice

	Delkriterium (max 10 poäng per Delkriterium)	Nöjaktigt anbud (antal p)	Viktfaktor i procent
3.1	Strategi, planering, förmåga och kompetens (inklusive resurser för ledning och styrning) vad gäller Entreprenörens åtagande i fråga om kundmiljöerna (inkluderar delegerade befogenheter)	5 p	5 %
3.2	Strategier, planering och optimering av bemanningsresurser i kundmiljöer med beaktande av Uppdragsavtalets krav i fråga om spärrar, försäljning och visering av biljetter, assistans till resenärer, hantering av gratistidningar och felanmälan av teknisk utrustning i kundmiljöerna, mm (Störningskänslighet)	5 p	5 %
3.3	Strategi och lösning för att personal med kundkontakt lever upp till Uppdragsavtalets krav på kundservice och kundbemötande, inkluderar att personalen skall representera SL & SLs kärnvärden	5 p	4 %
3.4	Strategi, planering och optimering av bemanningsresurser för städning av stationer och fordon inklusive reguljär-, akut- och plockstädning	5 p	4 %
3.5	Strategi, styrning och bemanningslösning för att Uppdragsavtalets krav relaterade till skadegörelse (klottersa-nering och återställande efter vandalisering) skall kunna uppfyllas	5 p	2 %

Utvärderingen av kriteriet Kvalitet kommer att bygga på en bedömning av den information som anbudsgivaren lämnat i anbudet. Krav på hur visst material skall utformas/ges in framgår av bilagan Krav på anbud.

Poängsättningen av Kvalitet kommer att gå till på följande sätt.

Anbudet kommer för vart och ett av i tabellen ovan angivna Delkriterium tilldelas 1-10 poäng utifrån en värdering av den del av anbudet som är relevant för respektive Delkriterium.

Betyget ”**utmärkt**” (motsvarar 10 poäng) för ett visst Delkriterium förutsätter att anbudsgivaren kan visa på ett för SL trovärdigt, tydligt och överskådligt sätt

1. att man har full insikt i vad som krävs av Entreprenören för att Uppdraget skall kunna utföras i enlighet med Uppdragsavtalet (inkluderar erforderlig riskanalys),

och
2. att man för SL gjort sannolikt att man kommer att ha tillräcklig förmåga och kapacitet för att ha möjlighet att utföra Uppdraget på ett utmärkt sätt.

Betyget ”**nöjaktigt**” (motsvarar 5 poäng) för ett visst Delkriterium förutsätter att anbudsgivaren för SL gjort sannolikt att man kommer att ha sådan förmåga och kapacitet att man har rimlig möjlighet att utföra Uppdraget, dock med risker för utfallande viten och/eller andra avtalsmässiga konsekvenser.

Om en anbudsgivare i sitt anbud inte gör sannolikt för SL att man med avseende på ett visst Delkriterium kommer att ha tillräcklig förmåga och kapacitet att utföra Uppdraget enligt villkoren i Uppdragsavtalet så kommer anbudet för det Delkriteriet att få mellan 1-4 poäng.

Efter poängsättning av samtliga Delkriterier kommer betyget för varje enskilt Delkriterium att räknas upp med den viktfaktor som framgår av kolumnen längst till höger i tabellen ovan.

Viktade poängvärden för samtliga Delkriterier hänförliga till ett visst Underkriterium summeras därefter ihop till ett poängvärde för det aktuella Underkriteriet.

Poängvärdena för de tre Underkriterierna summeras därefter ihop till ett totalt poängvärde för kriteriet Kvalitet för vart och ett av de anbud som ingår i anbudsutvärderingen.

Det högsta möjliga poängvärde som ett enskilt anbud kan få för kriteriet Kvalitet enligt ovanstående utvärderingsmodell är tio (10) poäng.

SAMMANVÄGNING AV TOTALPRIS OCH KVALITET

Det totala poängvärdet för kriteriet Kvalitet som ett enskilt anbud får, viktas mot anbudets Totalpris genom omräkning till ett jämförelsetal. Jämförelsetalet är en uppräkningsmodell av Totalpriset enligt följande.

Totalpriset räknas upp med tjugo (20) miljoner kronor (fiktivt påslag) för varje procentenhet som det totala poängvärdet understiger det högsta möjliga poängvärdet för Kvalitet (10 poäng). På ett enskilt anbud som får t.ex. nio (9) poäng för Kvalitet, dvs. 10 % från högsta betyget utmärkt, kommer alltså ett fiktivt prispåslag om 200 miljoner kronor att göras (20 miljoner x 10). Det *uppräknade* Totalpriset (dvs. det fiktiva pris som prispåslaget resulterar i) utgör det aktuella anbudets jämförelsetal i den slutliga utvärderingen.

I denna Upphandling är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet det anbud som i den slutliga anbudsutvärderingen får det lägsta jämförelsetalet, beräknat enligt ovan.

Länsrättens bedömning

Förhandsavgörande från EG-domstolen

Vad angår frågan om inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen finner länsrätten inte att det föreligger skäl att inhämta ett sådant. Länsrätten avgör därför målet slutligt.

Inledning

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlande enheten åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbu-

det mot ovidkommande hänsynstaganden i 1 kap. 4 § LOU. Prövningen kan också avse att andra gemenskapsrättsliga principer som ska beaktas vid all offentlig upphandling inte träts 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.

SL har vid sin upphandling avseende tunnelbaneverksamheten i Stockholms län valt 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 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.

SL har vidare anfört att den nu aktuella upphandlingen är en *funktionsupphandling*. En funktionsupphandling är inte ett särskilt upphandlingsförfarande utan i huvudsak en särskild avtalsform. Vid funktionsupphandling specificerar inte den upphandlande myndigheten den tekniska lösningen

eller utförandet utan den önskade funktionen (t.ex. ett IT-system eller någon form av infrastruktur). Leverantören bidrar med sin tekniska expertis och tillhandahåller en lösning åt den upphandlande myndigheten vilken tillgodoser de funktionella kraven och leverantören tar på sig risken för att den tekniska lösningen kan leverera den efterfrågade funktionen, ofta genom att ersättningen kopplas till att funktion eller tillgänglighet upprätthålls. Funktionsupphandling kan också innebära att leverantören tar ansvar för såväl projektering som drift och underhåll (se Upphandlingens grunder, 2008, av Kristian Pedersen).

Frågorna i målet

Veolia har i målet ansökt om överprövning enligt LOU och i sak yrkat att länsrätten i första hand ska förordna att upphandlingen ska göras om. I andra hand har Veolia yrkat, i det fall att länsrätten skulle finna att utvärderingsmodellen är förenlig med LOU och gemenskapsrätten, att länsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att SL ska förkasta MTRs anbud och därefter genomföra en ny anbudsutvärdering av kvarvarande anbud. Grunderna för Veolias yrkanden är i huvudsak följande:

- Utvärderingsmodellen strider mot LOU och gemenskapsrätten eftersom den inte anger den inbördes vikten av de två tilldelningskriterierna kvalitet och pris i procent eller liknande.
- Samtliga relevanta uppgifter om poängsättningen angavs inte förrän den 27 juni 2008, vilket utgör ett formfel.
- Utvärderingsmodellen leder till ett godtyckligt resultat.
- SL har använt sig av otillåtna tilldelningskriterier.
- SL har otillbörligen gynnat MTR.

Viktningen av tilldelningskriterierna

De inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet, vilka i LOU uppträcks med begreppet affärsmässighet i 1 kap. 4 § har i praxis ansetts kräva 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 och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas. I de nya upphandlingsdirektivens bestämmelser om kontraktstilldelning föreskrivs viktning av kriterierna vid tillämpning av grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Med viktning förstås att det inbördes förhållandet mellan utvärderingskriterierna anges. Kriteriernas vikt får anges som intervall men spridningen i intervallen får inte vara så stor att det i realiteten innebär att informationen förlorar sin betydelse (jfr prop. 2006/07:128 s. 249).

Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU liksom principen om transparens enligt gemenskapsrätten. Anbudsgivarna bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur utvärderingen kommer att gå till. Detta är en förutsättning för att anbudsgivarna ska förstå konsekvenserna av att välja den ena eller den andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt.

I förfrågningsunderlaget i den nu aktuella upphandlingen redogörs för en utvärderingsmodell enligt vilken de offererade priserna beläggs med ett fiktivt prispåslag, beroende på de poäng som anbudsgivarna erhåller vid utvärderingen av tilldelningskriteriet kvalitet. I underlaget anges kvalitetsparametrarnas betydelse i förhållande till varandra och hur poängsättning sker (se vidare redovisningen i denna dom s. 76-80).

Veolia har, bl.a. med hänvisning till den s.k. Lianakisdomen, gjort gällande att utvärderingsmodellen strider mot LOU och gemensamhetsrätten då den inte anger viktningen av de två tilldelningskriterierna kvalitet och pris. Veolia har bl.a. anfört följande. När tilldelning sker utifrån principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande enheten ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes. Kraven på viktning, till följd av försörjningsdirektivets direkta effekt, innebär ett krav på att ange procentuell viktning vilket framgår av såväl förarbetena till försörjningslagen som av EG-domstolens praxis. Till stöd för sin talan åberopar Veolia vidare bl.a. förarbetsuttalandena till prop. 2006/07:128, ingivna rättsutlåtanden och avgöranden från svenska kammarrätter, främst Kammarrättens i Sundsvall dom den 18 april 2008 ("Vägverksdomen"), mål nr 237-08. Kammarrätten konstaterade att artikel 53.2 i det klassiska direktivet (2004/18/EG) innebär att den upphandlande enheten ska ange hur olika kriterier kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och fann med hänvisning till att de upphandlande enheterna inte efterkommit kravet på viktning att det i det målet aktuella förfrågningsunderlaget stod i strid med LOU. Veolia åberopar också det s.k. "Vidå-fallet" där den danska Konkurrencestyrelsen år 2006 fann att tilldelningskriteriers relativa vikt alltid ska anges och att vikten av tilldelningskriteriet "anbudspris" i förhållande till de kvalitativa tilldelningskriterierna måste framgå. SL har anfört följande. Förfrågningsunderlaget innehåller en fullständig beskrivning av principerna för poängsättningen av anbudet. Förfrågningsunderlaget innehåller därutöver en tydlig och fullständig information om hur sammanvägningen mellan totalpris och kvalitet ska göras, dvs. att totalpriset ska räknas upp med ett fiktivt påslag om 20 miljoner för varje procentenhet som det totala poängvärdet understiger det högsta möjliga poängvärdet för kvalitet. Den utvärderingsmodell som tillämpades i den s.k. Vägverksdomen skiljer sig avsevärt från SLs utvärderingsmodell då förfrågningsunderlaget i Vägverksdomen saknade

fullständig information om hur viktningen/sammanvägningen mellan pris- och kvalitetskriterierna skulle gå till. Det rättsfall som är direkt applicerbart på den utvärderingsmodell som SL har tillämpat i den nu aktuella upphandlingen är Länsrättens i Stockholm dom den 25 februari 2008, mål nr 2305-08 ("Swebusdomen"). Domen överklagades till högsta instans, men varken kammarrätten eller Regeringsrätten meddelade prövningstillstånd.

I det ovan nämnda Swebusmålet hade SL valt en utvärderingsmodell som, i likhet med den nu aktuella, viktat pris och kvalitetskriterier genom att kvalitetsbrister lett till prispåslag. I den s.k. Swebusdomen uttalade länsrätten bl.a. följande vad gäller den av SL tillämpade utvärderingsmodellen.

Av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG, förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 406) och EG-domstolens praxis i C-532-06 [Lianakis] och 331/04 [ATI] 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 procentuell viktning medan 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 som 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.

Länsrättens dom överklagades till Kammarrätten i Stockholm och till Regeringsrätten som inte meddelade prövningstillstånd (se kammarrättens

beslut den 19 mars 2008, mål nr 1826-08 resp. Regeringsrättens beslut den 2 april 2008, mål nr 2092-08).

Den av SL i det nu aktuella målet använda utvärderingsmodellen, innefattande sättet att vikta kriterierna totalpris och kvalitet, har alltså av förvaltningsdomstolarna befunnits förenlig med såväl Försörjningsdirektivet som upphandlingslagstiftningen och Lianakisdomen. Länsrätten finner inte skäl att göra en annan bedömning än den som således gjorts tidigare. Med hänsyn härtill och då förfrågningsunderlaget innehåller en tydlig information om hur sammanvägningen mellan totalpris och kvalitet skall göras föreligger ingen grund för ingripande mot upphandlingen på grund av att utvärderingsmodellens sätt att vikta totalpris och kvalitet skulle strida mot LOU och Gemenskapsrätten.

Formfel i upphandlingen

Veolia har i målet anfört att upphandlingen är behäftad med ett formfel då SL inte tillkännagav en fullständig poängsättningsmatris i förfrågningsunderlaget. Poängsättningsmatrisen tillkännagavs först den 27 juni 2008 trots att den var bestämd på förhand. Det är ett tvingande krav att alla uppgifter hänförliga till en på förhand bestämd utvärderingsmodell ska anges i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandlingen. Att komplettera förfrågningsunderlaget så kort tid före anbudstidens utgång måste ses som en otillåten ändring och ett allvarligt brott mot transparensprincipen. SL har anfört följande. Den information som SL lämnade den 27 juni 2008 kommunicerades med samtliga kvalificerade anbudsgivare i god tid före sista dag för ingivande av anbud och utgör därför en del av förfrågningsunderlaget. De kvalificerade anbudsgivarna hade således sex veckor på sig att ta informationen i beaktande vid utformningen av anbuden. SLs syfte med den information som lämnades den 27 juni 2008 var endast att förtydliga innebörden av redan fastställda poängnivåer.

Länsrätten finner att det av förfrågningsunderlaget framgår att varje delkriterium avseende utvärderingskriteriet "Kvalitet" betygsätts på en skala om 1 – 10 poäng, där 5 poäng motsvarar betyget "nöjaktigt" och 10 poäng motsvarar betyget "utmärkt". Eftersom SL i förfrågningsunderlaget konkretiserat betygen "nöjaktigt" och "utmärkt" anser länsrätten, i likhet med SL, att informationen som lämnades den 27 juni 2008 utgör ett förtydligande av redan givna poängnivåer men inte någon förändring eller komplettering av principerna för poängsättningen. Detta förtydligande delgavs samtliga kvalificerade anbudsgivare när det återstod sex veckor till sista datum för anbudsinlämning. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU på den grunden att formfel förelegat på det sätt Veolia gjort gällande.

Godtycklig anbudsutvärdering

Veolia har anfört att SL inte klargjort vilka omständigheter som SL lagt till grund för att en anbudsgivare ska tilldelas en viss poäng. SL har enligt Veolia haft ett obegränsat utrymme att välja vilken poäng ett anbud skulle få och har således därmed förbehållit sig ett obegränsat utrymme för fri prövningsrätt av bedömningen av tilldelningskriteriet *Kvalitet*. Detta menar Veolia vara ett otvetydigt brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. SL har anfört följande. Det faktum att vart och ett av stegen i poängskalan inte har beskrivits i ord i förfrågningsunderlaget påverkar inte förståelsen av poängsättningsprinciperna. SL har inte gjort några misstag vad gäller poängsättningen av anbuderna eller de fiktiva prispåslagen. Det har däremot uppstått ett fel p.g.a. den mänskliga faktorn när betygsmotiveringarna skulle sammanställas, vilket kommer att korrigeras.

Länsrätten vill inledningsvis framhålla att det inte är länsrättens uppgift att göra en ny utvärdering utan att bedöma om det förekommit fel i samband med SLs utvärdering.

Utvärderingskriterier måste vara utformade så att en leverantör inför 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 anbuderna 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 vill vidare 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. Det finns heller inget krav i LOU eller gemenskapsrätten på att varje steg i en poängskala ska beskrivas i ord i förfrågningsunderlaget.

Den i målet aktuella upphandlingen är en funktionsupphandling. Av förfrågningsunderlagets bilaga "Utvärderingsmodell" framgår att SL kommer att via uppdragsavtalet lägga ett helhetsåtagande på entreprenören. Hur entreprenören ska organisera sig m.m. för att uppfylla de funktionskrav som entreprenören kommer att ansvara för lämnas i många fall över till entreprenören. Det finns därmed inte en enskild lösning för hur uppdraget kan utföras utan olika lösningar kan i stället användas för att uppfylla de aktuella funktionskraven. Det innebär också att två helt olika lösningar kan

bedömas vara lika bra och därför få samma betyg. Vidare innebär det att det inte funnits något i förväg bestämt facit för vilken lösning som är ekonomiskt mest fördelaktig eller som ska ges ett visst betyg.

Länsrätten finner att de poängsättningskriterier som fastställts i upphandlingen är tillräckligt tydliga och klara för att anbudsgivarna ska kunna avge sina anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen kommer att ske – jämför tabellerna på s. 78-80 i denna dom. SL har vidgått att det uppstått ett fel vid sammanställningen av betygsmotiveringarna och har gett in nya tabeller för dessa. Några fel vid själva poängsättningen av anbuden eller de fiktiva prispåslagen har dock inte påvisats. Länsrätten anser att SLs förklaring till felen avseende betygsmotiveringarna får godtas och att poängsättningen får anses ha skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner således inte att SL i denna del tillämpad en godtycklig poängsättning eller i övrigt åsidosatt bestämmelserna i LOU på sådant sätt att Veolia lidit skada. Det finns alltså inget skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att anbudsutvärderingen skulle ha genomförts på ett godtyckligt sätt.

Otillåtna tilldelningskriterier

Veolia har i målet anfört att SL tillämpat otillåtna tilldelningskriterier då SL tillämpat sådana kriterier som huvudsakligen avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och som beaktar anbudsgivarnas erfarenheter. Veolia har hänvisat till bl.a. EG-domstolens mål C-532/06, Lianakis, och Kammarrättens i Stockholm dom den 19 december 2008, mål nr 5512-08. SL anför följande. SL har gjort en klar distinktion mellan kvalificering av lämpliga anbudsgivare och utvärderingen av den kvalitet som de kvalificerade anbudsgivarna erbjuder SL. Under kvalificeringsfasen utvärderade SL anbudssökande som hade inkommit med intresseanmälningar utifrån krav avseende bl.a. ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk förmåga

och kvalitet. Vid anbudsutvärderingen, som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har SLs utvärderingsföremål varit ett helt annat, nämligen lösningarna för tunnelbaneverksamheten. Det föreligger inget upphandlingsrättsligt hinder mot att använda bevis på erfarenhet som medel vid utvärderingen, så länge sådana bevis kan kopplas till föremålet för upphandlingen och därmed komma den upphandlande enheten till godo.

I EG-domstolens avgörande den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis, anförs, såvitt nu är i fråga, (punkterna 30-31) följande:

De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra "kriterier för tilldelning".

I målet vid den nationella domstolen avser de kriterier som den nationella domstolen valt såsom "kriterier för tilldelning" emellertid huvudsakligen vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerhetsställa ett gott utförande av projektet i fråga. Det rör sig därvid om kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och som således inte utgör "kriterier för tilldelning" i artikel 36.1 i direktiv 92/50.

I Lianakisdomen hänvisas i sin tur till bl.a. EG-domstolens dom den 19 juni 2003 i mål C 315/01, GAT av vilken framgår bl.a. följande.

En enkel förteckning över referenser som endast innehåller uppgifter om identitet och antal beträffande anbudsgivarnas tidigare kunder, men som inte innehåller andra uppgifter om leveranser som gjorts till dessa kunder, ger ingen information som gör det möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga budet och kan därför inte utgöra ett tilldelningskriterium.

Länsrätten konstaterar att Lianakisdomen inte innebär något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Frågor om vilken företagsledning m.m. som en leverantör kan erbjuda för det uppdrag som upphand-

lingen avser och som syftar till att fastställa vilken kvalitet som kan erbjudas den upphandlande enheten beträffande kontraktsföremålet måste anses tillåtna i utvärderingsfasen. Av utredningen i det nu aktuella målet (se denna dom s. 78-80) framgår att SL uppställt sju s.k. delkriterier till underkriterium 1 under Kvalitet, däribland punkt 1.2 Verksamhetens företagsledning och ledningens kompetens (CV + kravprofil) samt arbets- och ansvarsfördelning (inklusive delegationsordning) och punkt 1.4 Personalutveckling, rekryterings- samt utbildningskapacitet. Dimensionering och kravprofiler för personal (exklusive företagsledningen) samt arbetsledning- en av den. Kriterierna tar enligt länsrätten sikte på lösningar avseende det specifika uppdraget att bedriva tunnelbaneverksamheten, dvs. föremålet för kontraktet och inte på anbudsgivarens förmåga och kapacitet. Kriterierna har således haft relevans vid bedömningen och identifieringen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Någon sammanblandning av urvals- och tilldelningskriterier har därmed inte skett och anbudsutvärderingen av de nu aktuella delkriterierna kan inte anses ha skett i strid med gällande bestämmelser eller grundläggande upphandlingsprinciper.

Otillbörligt gynnande av MTR

Veolia har gjort gällande att SL otillbörligen gynnat MTR genom att låta MTR läka brister i skallkrav och genom att utvärdera MTRs anbud på ett godtyckligt sätt. Blanketten F, som utgjorde ett skallkrav saknades och MTR kompletterade med CV för sin serviceutvecklingsdirektör efter det att SLs styrgrupp rekommenderat MTRs anbud. SL har också efterfrågat information från MTR som går långt utöver ”rättelser och smärre kompletteringar”. SL anför följande. SL har inte låtit MTR läka några skallkravsbrister och de frågor som ställts utgör kompletterande frågor som syftar till att förtydliga delar av MTRs anbud. Kompletterande frågor av denna typ har ställts till samtliga anbudsgivare, däribland Veolia.

Länsrätten, som har tagit del av MTRs anbud och gått igenom de exempel på brister som Veolia pekat på, vill anföra följande.

Att en upphandlande enhet ställer förtydligande frågor till anbudsgivarna angående deras anbud får anses utgöra ett naturligt inslag i en förhandlad upphandling. Av utredningen framgår att SL ställt förtydligande frågor till samtliga anbudsgivare, däribland Veolia. Länsrätten har inte funnit stöd för att SL behandlat anbudsgivarna olika såvitt nu är i fråga. Veolia kan därför inte anses ha lidit skada på grund av att SL förtydligande frågor till MTR. Länsrätten har inte heller funnit stöd för att betygssättningen av MTRs anbud skett på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen eller övriga grundläggande EG-rättsliga principer.

Veolia har anfört att MTR underlåtit att inge blankett F som var ett skallkrav. SL har invänt att MTRs anbud från början innehållit samtliga efterfrågade uppgifter, däribland blankett F, men att en av de fyra utvärderingsgrupperna inte kunnat återfinna den. Såvitt länsrätten kan konstatera utifrån MTRs anbudshandlingar har blankett F ingivits digitalt den 14 augusti 2008 och således före sista anbudsdag som var den 15 augusti 2008. Länsrätten finner att det inte har framkommit i målet att SL låtit MTR läka skallkravsbrister i sitt anbud eller att SL på något annat sätt otillbörligen gynnat MTR.

SL medger att MTR vid inlämnandet av sitt anbud saknade en serviceutvecklingsdirektör men ansåg inte att detta påverkade helhetsbetyget då MTR lämnat förslag på namngivna personer för tjänsten. Det aktuella CV var heller inget skallkrav.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att det Veolia anfört inte ger stöd för att den aktuella upphandlingen skett i strid med reglerna i LOU eller de för all upphandling grundläggande EG-rättsliga principerna på sådant sätt att

Veolia lidit eller kan komma att lida skada. Det saknas således förutsättningar för att med stöd 7 kap. 2 § LOU förordna att upphandlingen ska rättas eller göras om. Veolias ansökan ska därför avslås.

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



Annika Sandström

chefsrådman

Föredragande har varit Magnus Johansson.



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 var till 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 nå 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.