



SÖKANDE

Eltel Networks Infranet AB, 556555-1073

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och biträdande juristerna Robin
Heimdahl och Miranda Hermansson
Cirio Advokatbyrå
Box 3294
103 65 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2019-09-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Region Stockholm, trafiknämnden

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck och biträdande jurist Siri Alsmark
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Stockholm (regionen) genomför en upphandling av drift och underhåll av tekniska system avseende tele, transmission och IT-styrd utrustning i fält och i SL:s anläggningar (Tele UH2019) (TN 2015-1344). Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Genom tilldelningsbeslut den 26 april 2019 tilldelades Infranord AB (Infranord) kontrakt i upphandlingen.

Eltel Networks Infranet AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om varvid anbudet från bolaget tilldelas betyget väl godkänt eller att anbudet från Infranord tilldelas betyget godkänt. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om eftersom utvärderingsmodellen strider mot transparensprincipen.

Regionen bestrider bifall till ansökan om överprövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Den 1 januari 2017 trädde en ny lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) i kraft vilken ersatte den äldre lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (ÄLUF). Av övergångsbestämmelserna till LUF framgår att ÄLUF ska tillämpas på sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 är det bestämmelserna i ÄLUF som är tillämplig i målet.

I 1 kap. 24 § ÄLUF anges att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § ÄLUF framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § ÄLUF eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är därför om det föreligger skäl för ingripande enligt ÄLUF på de grunder som bolaget har anfört.

Inhämtande av handlingar

Bolaget har begärt att förvaltningsrätten, inom ramen för sin utrednings-skyldighet, ska hämta in Infranords anbud från regionen. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte nödvändigt att hämta in de handlingar som omfattas av Infranords anbud för att kunna utsätta det aktuella förfarande för en effektiv granskning (jfr HFD 2015 ref. 55). Målet är således på redan befintligt underlag så utrett som dess beskaffenhet kräver och det saknas därmed skäl att begära in handlingarna från regionen.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har framfört flera invändningar mot hur upphandlingen har

genomförts. Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt ÄLUF att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten avser därför att inledningsvis ta ställning till de brister som bolaget anser har förekommit under det konkurrensuppsökande skedet.

Bolaget gör gällande att den i upphandlingen använda utvärderingsmodellen strider mot transparensprincipen och anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget och tilldelningsbeslutet framgår inte på vilken grund mervärdesbedömningen vilar eller på vilka grunder betygssättningen av anbudsgivarna har skett. Det som bedöms (insikt och förståelse) är subjektiva element som regionen är ensam om att känna till innebörden av. Det framgår inte någonstans vad regionen avser med ”insikt” och ”förståelse” och vad regionen egentligen efterfrågar. Det framgår inte heller vad skillnaderna är mellan omdömena ”mycket trovärdigt” och ”trovärdigt” och mellan ”mycket sannolikt” och ”sannolikt”. Det saknas alltså ledning för vad en anbudsgivare har att uppfylla för att bli tilldelad ett visst betyg vilket innebär att modellen öppnar upp för en godtycklig bedömning. Regionen har således förbehållit sig en fri prövningsrätt.

Regionen anför i denna del bl.a. följande. Utvärderingsmodellen brister inte i transparens. I Bilaga A2, Upphandlingsföreskrifter, beskriver regionen hur utvärderingssumman beräknas och vilka pris- och kvalitetskriterier som kommer att tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen. Där anges vad anbudsgivarna ska redogöra för i respektive kvalitetsbeskrivning och hur dessa redogörelser betygssätts samt vilket prisavdrag på anbudssumman som respektive betyg resulterar i. Blankett A4, Kvalitetskriterier, innehåller mer detaljerade beskrivningar av efterfrågade områden och kvalitets-

kriterierna anger klart och tydligt vad anbudet ska innehålla och vad regionen kommer att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen. Det förhållandet att begreppen och omdömena inte har definierats särskilt i förfrågningsunderlaget påverkar inte förståelsen för hur betygssättningen kommer att gå till. När en upphandlande enhet fastställer andra utvärderingskriterier än priset är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Betygssättningen är dock varken godtycklig eller oförutsägbar.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör emellertid att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Den omständigheten att anbudsgivare genom att endast ta del av förfrågningsunderlaget inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen av sitt anbud medför inte att utvärderingsmodellen brister i transparens (jfr RÅ 2002 ref. 50 och Kammarrätten i Stockholms dom den 3 juli 2009 i mål nr 3014-09).

Kammarrätterna har i flera avgöranden bedömt att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som saknar en tydlig beskrivning av vad som krävs för att få ett visst betyg har öppnat upp för en alltför godtycklig bedömning som inte kan förutses (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 27 januari 2017 i mål nr 5053-16, Kammarrätten i Jönköpings dom den 7 oktober 2016 i mål nr 751-16 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 april 2016 i mål nr 6125-15). Det finns dock även kammarrättsavgöranden

i vilka utvärderingsmodeller av liknande slag har ansetts tillräckligt tydliga och förutsebara (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms avgöranden den 15 oktober 2015 i mål nr 8289-15 m.fl. och den 3 juli 2009 i mål nr 3014-09).

EU-domstolen har i avgörande den 14 juli 2016 i mål C-6/15 TNS Dimarso slagit fast att en upphandlande myndighet inte är skyldig att i förfrågningsunderlaget upplysa potentiella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den tillämpar för att konkret värdera och klassificera anbud till omständigheterna i det enskilda fallet. Den upphandlande myndigheten får använda sig av en skala vid bedömningen av utvärderingskriterierna utan att denna skala offentliggjorts i förfrågningsunderlaget, förutsatt att skalan inte leder till att den relativa viktningen av tilldelningskriterierna ändras.

I förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen anges att regionen kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris och kvalitet. Utvärderingssumman består av summan för pris och mervärden. Mervärdena omvandlas till avdrag från den totala anbudssumman utifrån kvalitetskriterier. Av punkt UF 3.52 i upphandlingsföreskrifterna framgår att anbudsgivarna ska ge in kvalitetsbeskrivningar i vilka anbudsgivarna har gett en tydlig och trovärdig redogörelse gällande "Avsnitt 1. Förberedelseperiod", "Avsnitt 2. Genomförande av Uppdraget under hela avtalsperioden" och "Avsnitt 3. Dokumentation och rapportering". I blankett A4 Kvalitetskriterier anges vad beskrivningarna ska innehålla för respektive avsnitt. Vid anbudsutvärderingen bedöms beskrivningarna som ej godkänd, godkänd eller väl godkänd. Det är endast betyget väl godkänd som medger avdrag. För avsnitt 1 medges avdrag med fyra procent, för avsnitt 2 tio procent och för avsnitt 3 sex procent.

Betygsskalan är motiverad enligt följande.

Väl godkänd

Anbudsgivaren visar på ett för Beställaren **mycket trovärdigt** sätt att denne har **insikt** i vad

som krävs för att uppfylla kraven enligt Underhållsavtalet. Anbudsgivaren påvisar även på ett **mycket trovärdigt** sätt att Anbudsgivaren **förstår** vad som krävs för att fullgöra kraven. Anbudsgivaren har för Beställaren gjort det troligt att Anbudsgivaren **mycket sannolikt** kommer att kunna **utföra** Uppdraget enligt ställda krav.

Godkänd

Anbudsgivaren visar på ett för Beställaren **trovärdigt** sätt att denne har **insikt** i vad som krävs för att uppfylla kraven enligt Underhållsavtalet. Anbudsgivaren påvisar även på ett **trovärdigt** sätt att Anbudsgivaren **förstår** vad som krävs för att fullgöra kraven. Anbudsgivaren har för Beställaren beskrivit det **sannolikt** att Anbudsgivaren kommer att kunna utföra Uppdraget enligt ställda krav.

Ej godkänd

Anbudsgivaren visar på ett för Beställaren **icke trovärdigt** sätt att denne har **insikt** i vad som krävs för att uppfylla kraven enligt Underhållsavtalet. Anbudsgivaren påvisar **inte** på ett **trovärdigt** sätt att Anbudsgivaren **förstår** vad som krävs för att fullgöra kraven. Anbudsgivaren har för Beställaren **inte gjort det troligt** att Anbudsgivaren kommer att kunna utföra Uppdraget enligt ställda krav.

Såsom utvärderingsmodellen och betygsmotiveringarna är utformade måste bedömningen av hur väl en kvalitetsbeskrivning motsvarar det som efterfrågas till viss del bli subjektiv. Även om en definition av de omdömen och begrepp som används i betygsmotiveringarna kunde ha varit av värde, anser förvaltningsrätten att det på ett tillräckligt tydligt sätt framgår vad regionen tillmäter betydelse vid utvärderingen. Det är dessutom omdömen och begrepp som används i normalt språkbruk. Förvaltningsrätten noterar vidare att bolaget inte har begärt något förtydligande från regionen innan anbudet lämnades trots att anbudsgivarna enligt upphandlingsskrifterna har haft möjlighet att göra detta om de anser att förfrågningsunderlaget är oklart.

Av Blankett A4 Kvalitetskriterier framgår uttryckligt vad anbudsgivarna ska redogöra för i respektive avsnitt i kvalitetsbeskrivningarna. Det borde mot bakgrund av de uppgifter som anbudsgivarna har haft tillgång till vara möjligt för anbudsgivarna att bilda sig en uppfattning om vad regionen fäster vikt vid och vad som bör framgå av beskrivningarna för att få ett högt betyg. Förvaltningsrätten bedömer således att det av utvärderingsmodellen går att utläsa hur utvärderingen och betygssättningen ska gå till, även om bedömningen blir förenad med ett visst mått av subjektivitet. Den valda utvärderingsmodellen får, med beaktande av EU-domstolens avgörande i

mål C-6/15, anses godtagbar i en upphandling av detta slag. Förvaltningsrätten finner därför att utvärderingsmodellen inte strider mot transparensprincipen. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund.

Bolaget gör vidare gällande att regionen har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inte tilldela bolaget samma betyg som Infranord och att regionen har använt en relativ betygsskala. Bolaget anför bl.a. följande. Regionen har gjort felaktiga bedömningar, dels vad gäller kravuppfyllelse avseende vissa delområden, dels vad gäller regionens egna omdömen avseende vissa delområden som rätteligen borde ha renderat betyget väl godkänt. Bolaget uppfyller kraven för väl godkänt såsom de framkommer i förfrågningsunderlaget. Att regionen eventuellt fått in bättre kvalitetsbeskrivningar från Infranord innebär inte att bolaget av den orsaken ska tilldelas ett lägre betyg. Det framstår som uppenbart att regionen använt sig av en relativ betygsskala, där regionen jämfört anbuden med varandra i syfte att tilldela dem olika betyg. Regionen har bedömt att anbuden ska tilldelas helt olika omdömen avseende fem av tolv delområden. Att tre så pass stora och seriösa aktörer skulle lämna in anbud som skiljer sig åt så markant från varandra är orimligt. Regionens betygssättning är därför en stark indikation på att regionen faktiskt vägt anbuden mot varandra vid betygssättningen. En sådan metod har inte stöd i upphandlingsunderlaget och utvärderingen måste därför göras om.

Regionen anför bl.a. följande. Utvärderingen av bolagets anbud är korrekt. Det finns, enligt regionens mening, inga uppenbara skäl till en annan bedömning av bolagets anbud än den regionen har gjort. Utvärderingen har varit saklig och utgått från uppställda krav. Mot den bakgrunden och det förhållandet att en upphandlande enhet bör kunna anses ha visst tolkningsföreträde vid anbudsutvärderingen, står det klart att regionen i sin utvärdering av bolagets anbud inte på något sätt överträtt ÄLUF. Regionen

har utvärderat anbuderna var för sig, helt oberoende av varandra. Det finns således ingen grund för påståendet att bolagets anbud skulle ha bedömts genom en jämförelse med Infranords eller något annat anbud i upphandlingen. Kvalitetsutvärderingsgruppen, som bestod av fem personer, har värderat respektive anbud utifrån utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget. Svaren som anbudsgivarna lämnat i Kvalitetsbilaga A4 har vidare utvärderats utan att utvärderingsgruppen tagit del av några priser, prisbilagor eller annan information som kan ge någon indikation om priser i anbuderna. Mot den bakgrunden står det klart att regionen varken använt en relativ betygsskala eller utnyttjat fri prövningsrätt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte ankommer på domstolen att vid överprövning av offentlig upphandling göra en egen utvärdering i upphandlingen utan domstolens prövning inskränker sig till frågan om principerna i 1 kap. 24 § ÄLUF samt övriga bestämmelser i ÄLUF har överträtts. Först när det står klart att en upphandlande enhets bedömning har gjorts i strid med ÄLUF finns det skäl till ingripande (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 3 mars 2015 i mål nr 3051-14 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2009 i mål nr 5-09).

Förvaltningsrätten har granskat bolagets kvalitetsbeskrivningar, regionens motivering av kvalitetsutvärderingen samt bolagets invändningar vad gäller de felaktiga bedömningarna som bolaget anser att regionen gjort. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit att regionen varit osaklig, tagit ovidkommande hänsyn eller avvikit från de kriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. Så som förvaltningsrätten funnit medför utvärderingsmodellens utformning att regionen ges ett visst bedömningsutrymme vid utvärderingen. Förvaltningsrätten anser vidare att det åligger en anbudsgivare att utforma sitt anbud så detaljerat som möjligt, särskilt i de fall en anbudsgivare anser att förfrågningsunderlaget är otydligt. De bedömningar som regionen gjort av de olika delområdena i bolagets

beskrivningar kan inte anses uppenbart felaktiga. Av motiveringen går att utläsa att regionen, för ett flertal punkter, ansett att efterfrågad information om hur uppdraget ska genomföras saknas vilket har föranlett ett lägre betyg. Det har inte framkommit skäl att ifrågasätta regionens bedömning att ytterligare information varit nödvändig för att ett högre betyg ska kunna ges.

Vad gäller bolagets invändning att regionen använt sig av en relativ betygsskala och jämfört anbuden med varandra anser förvaltningsrätten att bolaget inte gjort detta sannolikt. Enbart det faktum att anbuden tilldelats olika omdömen är inte tillräckligt för att konstatera att regionen, som metod, vägt anbuden mot varandra. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte är visat att regionen brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon av de andra grundläggande principerna och bestämmelserna i ÄLUF vid sin utvärdering.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grunder som bolaget har anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Anna Önell
Chefsrådman

Louise Ljöstad har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

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

Vilken dag går tiden ut?

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

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

Gör så här

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

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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