



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-04-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
20009-10
Enhet 12

SÖKANDE

Riksfärdtjänsten Sverige AB
Kyrkogatan 19
222 22 Lund

Ombud: Advokat Tomas Eliasson
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

MOTPART

AB Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683
105 73 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

2010-04-13	
Avd	
Dnr	
Doss	AKB

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår AB Storstockholms Lokaltrafik:s yrkanden om att Riksfärdtjänsten Sverige AB:s talan ska avvisas.

Förvaltningsrätten avslår Riksfärdtjänsten Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 8 januari 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 5936

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) har genomfört en kompletteringsupphandling av telefonmottagning och bokning av beställningar av färdtjänst-sjuk- och landstingsanställdas tjänsteresor samt resegarantifunktion, dnr SL-2009-109731 ("Upphandlingen"). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut avsänt den 30 december 2009 beslöt SL att anta ett anbud från ett bolag som deltagit Upphandlingen.

Länsrätten (from den 15 februari 2010 förvaltningsrätten) har den 12 januari 2010 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Riksfärdtjänsten Sverige AB ("Bolaget") ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i att förvaltningsrätten ska besluta att Upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anger Bolaget i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget innehåller ett flertal klara bristfälligheter och strider mot grundläggande principer inom upphandlingsrätten. Det går inte att förutse på vilka grunder och, i förekommande fall, i vilken omfattning anbudspriset skulle ha justerats vid eventuella brister i trovärdigheten eller vilken ersättning som skulle komma att utgå för uppdraget. Bolaget har på grund härav avstått ifrån att lämna anbud. Av anbudsförfrågan framgår att det ekonomiskt mest lönsamma alternativet kommer att väljas utifrån pris och kvalitet. Med pris avses i huvudsak pris per beställning och med kvalitet avses kundnöjdhet. Med kundnöjdhet avses hur många procent av resenärerna som lämnar betyg 4 och 5 på en femgradigskala. SL har i förfrågningsunderlagets bilaga d uttryckt att det krävs en kundnöjdhet på 84-86% med betyg 4 eller 5 för att uppfylla lägsta godtagbara standard. Anbudsgivaren

får själv i sitt anbud dels lämna bud på en utlovad kundnöjdhet, dels genom en beskrivning visa att bjuden kundnöjdhet är trovärdig. Den som erbjuder en kundnöjdhet om 87-91% som enligt SL bedöms trovärdig erhåller ett 1-5 kr lägre anbudspris vid utvärderingen. Om SL inte bedömer den bjudna kundnöjdheten trovärdig justeras enligt förfrågningsunderlaget kundlöftet ned av SL vilket medför ett högre jämförelsepris. Hur SL ska bedöma anbudsgivarnas trovärdighet såvitt avser erbjuden kundnöjdhet framgår inte närmare. Visserligen ska anbudsgivaren besvara 13 frågor i bilaga d men hur svaren närmare kommer att bedömas ur trovärdighetssynpunkt framgår inte. Detta är höljt i dunkel och för anbudsgivaren är det därför inte förutsebart hur SL kommer att bedöma det ena eller andra svaret. Det framgår inte heller på vilka grunder eller i vilken omfattning SL kommer att nedjustera det erbjudna anbudspriset om det enligt SL brister i trovärdighet. Härigenom ger utvärderingen utrymme för fri prövningsrätt och till att ta ovidkommande hänsyn. Förfrågningsunderlaget strider därför mot upphandlingsrättens princip om transparens. Detta torde vara särskilt viktigt vid bedömningar som ger direkt utslag på det helt avgörande jämförelsepriset. Upphandlingen omfattar en volym som sannolikt överstiger 1,2 miljoner beställningar per år eller i storleksordningen 3 000 beställningar per dag. Kundnöjdhet ska mätas genom en kundundersökning (Anbarö) där 10 resenärer per dag intervjuas. Detta underlag är emellertid så litet att det inte ger ett korrekt svar på frågan om resenärernas kundnöjdhet. Det är tvärtom så att det statistiskt blir fel i 80 % av fallen jämfört med resenärernas faktiska uppfattning. På grund härav och då avvikelser från anbudsgivarens erbjudna kundnöjdhet blir direkt avgörande för anbudsgivarens ersättning — exempelvis sänks ersättningen med 3 kr per beställning om Anbaröundersökningen anger 2 % lägre kundnöjdhet än utlovad — är förfrågningsunderlaget i denna del helt missvisande. Därutöver utförs Anbaröundersökningen för närvarande av ett fristående företag som erhåller detaljerade uppgifter om färdtjänstresenärerna och aktuella resor. Dessa färdtjänstuppgifter är skyddade av sekretess enligt offentlighets- och sekre-

tesslagen (2009:400). Sekretesskyddet innehåller ett s.k. omvänt skaderevisit som innebär att sekretess föreligger om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde lider men. Att utlämna uppgifter om färdtjänstresenärers namn, resa och klockslag till främmande personer i privata företag som dessutom ska besvara färdtjänstresenärerna med frågor torde för flera innebära ett påtagligt obehag. I vart fall kan det inte anses stå klart att den enskilde inte lider men härav. Därmed torde uppgifterna omfattas av sekretesskydd och ett utlämnande av uppgifterna utgöra brott mot tystnadsplikten enligt brottsbalken. Ersättningsmodellen i förfrågningsunderlaget (bilaga d) blir därmed inte möjlig att tillämpa eftersom ersättningen bygger på resultatet av Anbarö-undersökningen. Det finns dessutom inget alternativ till beräkning av ersättning till anbudsgivaren. Även om SL helt skulle bortse från frågan om kundnöjdhet blir förfrågningsunderlaget ändå missvisande med hänsyn till att erbjuden kundnöjdhet har fällt avgörandet när SL har valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det har framkommit att Svensk kollektivtrafik, vilket även innefattar SL, den 29 januari 2010 med omedelbar verkan stoppat alla intervjuer i Anbarö-undersökningen. SL har därför inte längre någon möjlighet att göra sådana undersökningar som beskrivs i förfrågningsunderlaget. Härmed faller förutsättningarna för hela upphandlingen. Förfrågningsunderlaget är således felaktigt, anbudspriserna och ersättningarna är felaktiga och anbudsutvärderingen är felaktig. Bolaget har ingett en promemoria, *Osäkerhet avseende mätning av kundnöjdhet i ANBARO*.

SL bestrider Bolagets yrkande att Förvaltningsrätten ska besluta att Upphandlingen ska göras om och yrkar att Bolagets talan ska avvisas. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Bolaget saknar talerätt. Bolaget har inte kunnat visa att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada av tilldelningsbeslutet. Bolaget har inte ens gjort gällande att bolaget inte kan lämna anbud i Upphandlingen, utan istället endast att bolaget har avstått från att göra det. I EG-domstolens mål C-230/02, Crossman Air Service anges att den som inte har avgivit ett anbud svårligen kan visa att han har intresse av

att motsätta sig ett visst tilldelningsbeslut eller att han har skadats eller riskerar att skadas pga. tilldelningen. Mot denna bakgrund ska domstolen avvisa Bolagets begäran om överprövning. De faktiska omständigheter som Bolaget redovisar i sin ansökan om överprövning under rubriken "Omständigheter" vitsordas. Upphandlingen ska dock inte göras om eftersom förfrågningsunderlaget inte strider mot LOU. Bolagets möjlighet att lämna anbud beror inte på SL:s modell eller utvärdering utan istället främst på bolagets egen möjlighet att bedöma sin verksamhet och hur skickligt bolaget är på att kalkylera med olika utfall vid olika offererade priser och kundnöjdhetsnivåer. Kravet på transparens syftar till att det av underlaget ska framgå dels vad den upphandlande enheten efterfrågar, dels hur den upphandlande enheten avser att företa utvärderingen av anbudet och tilldelningen av kontrakt. Utvärderingskriteriet kundnöjdhet innebär inte på något sätt att dessa syften träds för när. Kravet på transparens tar sikte på gemenskapsrättens princip om öppenhet vilken syftar till att tillförsäkra potentiella anbudsgivare möjlighet att kontrollera att en upphandlande enhet eller myndighet följer de grundläggande principerna som gäller för all offentlig upphandling. Principen är alltså fundamental för att principerna om icke-diskriminering och likabehandling ska kunna upprätthållas. Utvärderingskriteriet förtar inte potentiella leverantörer möjligheten att kontrollera att principerna om icke-diskriminering och likabehandling har efterlevts i Upphandlingen. Tvärtom garanterar ett utvärderingskriterium som kundnöjdhet att samtliga anbudsgivare behandlas lika, utan möjlighet för den upphandlande enheten att ta ovidkommande hänsyn, samtidigt som anbudsgivarna genom utvärderingsmodellen får en möjlighet till nödvändig grad av insyn. Det bestrids att det inte framgår hur SL ska bedöma trovärdigheten i kundnöjdheten. Det framgår tydligt av beskrivningen i förfrågningsunderlaget, bilaga d) sidan 2 hur bedömningen av trovärdigheten ska gå till och att anbudsgivaren genom att svara på 13 frågor ska göra troligt att erbjuden kundnöjdhet kommer att uppnås. Frågorna ger en god indikation på vilket sätt SL kommer att bedöma trovärdigheten i offererad

kundnöjdhet. I förfrågningsunderlaget anges även att det av svaren på frågorna ska framgå att det finns ett genomtänkt sätt att arbeta och en medvetenhet om vad som är en god leverans. Vidare anges att SL kommer att göra en helhetsbedömning av svaren och att det därför är viktigt att samtliga frågor besvaras (se sidan 3 bilaga d) till förfrågningsunderlaget. Bolaget synes mena att en anbudsgivare på förhand genom att ta del av förfrågningsunderlaget ska kunna förutse det exakta utfallet av utvärderingen av sitt anbud. Det är inte möjligt och inte heller ett krav som ställs på den upphandlande enheten (se bl.a. Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 3014-09). Samtliga anbudsgivare har lyckats att göra sin erbjudna kundnöjdhet trolig. Härtill ska framhållas att det torde vara en naturlig förutsättning att en anbudsgivare har en generell uppfattning och insikt om sin förmåga att leverera efterfrågad kvalitet för att en anbudsgivare ska komma i fråga som leverantör, oavsett vilken upphandling det gäller. Det framgår inte heller enligt Bolaget på vilka grunder eller i vilken omfattning SL kommer att nedjustera det bjudna anbudspriset om det enligt SL brister i trovärdighet. Härvidlag måste råda en missuppfattning från Bolagets sida. Det framgår klart av förfrågningsunderlaget att SL inte kommer att nedjustera anbudspriset om SL bedömer att trovärdigheten om kundnöjdhetslöftet brister. Vad SL kommer att justera ned om trovärdigheten brister, är kundnöjdhetslöftet. Som framgår av Bolagets promemoria är det fullt möjligt att räkna ut den statistiska felmarginalen utifrån de uppgifter som lämnats i Upphandlingen. Promemorian visar alltså att potentiella leverantörer har haft goda förutsättningar att simulera, beräkna och därmed förutse olika utfall i Upphandlingen och följaktligen lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det förhållandet att den statistiska felmarginalen kan innebära vissa kalkylerbara, affärsmässiga risker för såväl SL som anbudsgivaren, som på sin höjd innebär en dålig affär för endera, kan inte medföra bedömningen att Upphandlingen strider mot upphandlingsrätten på sätt som Bolaget gör gällande. Bolaget anger att ersättningen sänks väldigt mycket per beställning om kundnöjdheten endast är 2 % sämre än vad som utlovats. Det är

riktigt att en avvikelse från utlovad kundnöjdhet får stor effekt på utvärdering respektive ersättning. Det är SL:s avsikt att kvaliteten ska väga tungt i Upphandlingen. Bolaget har vidare anfört att SL agerar i strid mot offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), när SL lämnar ut uppgifter om färdtjänstresenärer till ett fristående företag. Det är branschföreningen Svensk Kollektivtrafik som är huvudman för denna kundundersökning vilken genomförs på uppdrag av ett stort antal trafikhuvudmän i hela Sverige. SL lämnar de nu diskuterade uppgifterna till det fristående företag som Svensk Kollektivtrafik anlitar för att genomföra själva kundundersökningen. Det förhållandet att utlämnandet av uppgifter i det avsedda fallet skulle kunna strida mot föreskrifter om sekretess, vilket det i och för sig inte gör enligt SL:s mening, innebär inte att SL i Upphandlingen agerat i strid mot upphandlingsrätten. Anbarο-undersökningen är tillfälligt stoppad för att utreda eventuella sekretessrättsliga brister. Det förhållandet att undersökningen efter att SL har meddelat tilldelningsbeslut i Upphandlingen har kommit att ifrågasättas i sekretessrättsligt hänseende har inte någon betydelse för bedömningen av frågan huruvida SL:s utvärderingsmodell, tilldelningsbeslut eller Upphandlingen i övrigt strider mot LOU. De kundundersökningar som skulle ha genomförts i Anbarο under kommande avtals löptid har endast betydelse för vilken ersättning som kommer att utgå till den vinnande leverantören. Om Anbarο-undersökningen inte kommer att kunna användas i sin nuvarande form kommer SL att se till att en ersättningsmodell som inte ändrar förutsättningarna för Upphandlingen, dvs. baseras på en kundundersökning motsvarande Anbarο, finns på plats vid avtalsstart. Det är SL:s sak att bedöma hur detta ska genomföras på bästa sätt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Med beaktande av vad Bolaget anfört finner förvaltningsrätten att bolaget som potentiell leverantör har talerätt. SL:s yrkande om att Bolagets ansökan ska avvisa ska därför avslås.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid en offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU.

Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget innehåller flera brister genom att det inte framgår hur SL kommer att bedöma trovärdigheten av erbjuden kundnöjdhet. Bolaget anser också att det inte framgår hur anbudspriset kommer att justeras om den erbjudna kundnöjdheten brister i trovärdighet. Vidare anser bolaget att den använda kundundersökningen har stor statistisk felmarginal vilket gör att det är oklart vilken ersättning som kan komma att utgå för uppdraget. Vidare anføres att ersättningsmodellen inte går att tillämpa då den

bygger på ett utelämnade av uppgifter i strid med offentlighets- och sekretesslagen.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ange en kundnöjdhet uttryckt i procent. Endast en kundnöjdhet över 84 procent kommer att utvärderas. Anbudsgivaren ska därutöver genom att svara på 13 frågor göra troligt att erbjuden kundnöjdhet kommer att uppnås under avtalsperioden. Upphandlande enhet kommer att utvärdera svaren och bedöma om löftet om kundnöjdhet är trovärdigt. Vidare anges att av svaren på frågorna ska det med andra ord framgå att det finns ett genomtänkt sätt att arbeta och en medvetenhet om vad som är viktigt för en god leverans. Om upphandlande enhet gör bedömningen att ett för högt kundlöfte är utlovat i relation till svaren justeras kundlöftet ned till en lägre nivå vilket påverkar jämförelsepriset vid den vidare utvärderingen av anbudspriset. Vidare anges i förfrågningsunderlaget vilket lägre jämförelsepris som kommer att tillämpas vid bedömd kundnöjdhet.

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten har bl.a. uttalat följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som anges i förfrågningsunderlaget att det tillräckligt tydligt framgår vad SL kommer lägga till grund för sin bedömning av trovärdigheten av kundnöjdhetslöftet. Det ligger i saken natur att den upphandlande enheten/myndigheten i en upphandling gör en värdering av anbuden. Att uppställa krav på att en anbudsgivare på förhand genom att ta del av förfrågningsunderlaget ska kunna förutse utfallet av värderingen av sitt anbud är inte rimligt. Vidare finner förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget tydligt framgår hur anbudspriset kommer att justeras om den erbjudna kundnöjdheten brister i trovärdighet. Vidare är ersättningsmodellen, som bygger på förväntat betyg i Anbarö-undersökningen, tillräckligt tydlig. Vad Bolaget anfört om eventuellt brott mot offentlighet- och sekretesslagen utgör inte skäl för ingripande mot upphandlingen. Sammanfattningsvis har SL genom utformningen av förfrågningsunderlaget inte frångått kravet på transparens. På grund härav finns inte skäl att med anledning av vad Bolaget anfört besluta att upphandlingen ska göras om. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Ann-Jeanette Eriksson

Rådman

Föredragande har varit Peter Collert.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.