



KLAGANDE

Mälardalstrafik MÄLAB AB, 556425-0610

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck och
biträdande jurist Mikael Löwnertz

MOTPART

SJ AB, 556196-1599

Ombud: Advokat Daniel Wendelsson, biträdande jurist Victoria Fredén
och ekonomiexpert Jakob Jeanrond

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 april 2021
i mål nr 28139-20, se bilaga A

SAKEN

Upphandling av koncessioner

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avvisar SJ AB:s yrkanden.
 2. Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver
förvaltningsrättens dom.
-

YRKANDEN M.M.

Mälardalstrafik MÄLAB AB yrkar att SJ:s ansökan om överprövning ska avslås och för fram bl.a. följande. Det finns skäl för kammarrätten att upphäva förvaltningsrättens dom eftersom upphandlingsdokumenten i upphandlingen uppfyller de krav som följer av lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) och då SJ i vart fall inte har lidit eller riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § första stycket LUK.

SJ AB anser att överklagandet ska avslås. SJ yrkar för egen del att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett. Rättelsen ska bestå i att anbudet från MTR och Arriva förkastas samt att SJ:s anbud inte förkastas utan i stället tas upp till prövning. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. SJ för fram bl.a. följande. Upphandlingen innehåller ett obligatoriskt krav på att vart och ett av samtliga flera hundra offererade delpriser ska vara rimliga och bärkraftiga. Kravet strider mot transparensprincipen och utgör dessutom ett otillåtet golvpris. MÄLAB har vidare i sin utvärderingsmodell viktat priser för lågfrekvent underhåll på ett sätt som strider mot LUK. MÄLAB har också utformat avtalsvillkoren och utvärderingsmodellen i fråga om så kallade förändringspriser på ett sätt som öppnar för manipulation. Bristerna gör var för sig – och i vart fall tillsammans – att upphandlingen strider mot LUK. SJ har konkretiserat och bevisat att SJ har lidit eller kan komma att lida skada av bristerna.

Anbudet från MTR och Arriva ska förkastas eftersom de brister i uppfyllnad av det obligatoriska kravet i upphandlingen att samtliga delpriser ska vara rimliga och bärkraftiga. SJ:s anbud har felaktigt förkastats av MÄLAB eftersom anbudet inte brister i uppfyllnad av kraven 2.10 b) och 2.10 d). SJ har uppenbart lidit skada eller riskerar att lida skada av ovanstående upphandlingsfel eftersom anbudet från SJ rätteligen är det enda godkända anbudet i upphandlingen. Kammarrätten ska därför besluta om rättelse på denna grund.

Om kammarrätten skulle finna att det var fel av MÄLAB att inte förkasta anbudet från MTR och Arriva men rätt att förkasta SJ:s anbud, finns det inga anbud att anta i upphandlingen eftersom samtliga anbud brister i kravuppfyllnad och upphandlingen ska göras om. SJ har lidit skada eller riskerar att lida skada av MÄLAB:s felaktiga beslut att inte förkasta anbudet från MTR och Arriva.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

SJ:s yrkanden

SJ har framställt flera yrkanden i kammarrätten. I första hand yrkas att upphandlingen inte ska få avslutas förrän rättelse på visst sätt har skett. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till grund för yrkandena åberopas rättsfallen RÅ 2005 ref. 47, HFD 2012 ref. 2 och HFD 2013 ref. 5. SJ för bl.a. fram att rätten är oförhindrad att besluta om den mindre ingripande åtgärden att upphandlingen ska rättas, även om det endast är MÄLAB som överklagat förvaltningsrättens dom.

Kammarrättens bedömning

Nya omständigheter får föras fram i kammarrätten och dessa kan läggas till grund för prövningen om det inte leder till att saken blir en annan än den som har prövats av förvaltningsrätten. Domstolen är vidare inte beroende av yrkande när den ska avgöra om en upphandling ska göras om eller rättas. Den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (se HFD 2013 ref. 5). SJ har inte överklagat förvaltningsrättens dom och har därför inte rätt att få sina yrkanden prövade. SJ:s yrkanden ska därför avvisas.

Utgångspunkter för prövningen

Som även förvaltningsrätten anger i sin dom ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (se 4 kap. 1 och 2 §§ LUK). Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUK och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (se 16 kap. 6 § LUK).

Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och bevisa att en upphandlande enhet har agerat i strid med LUK (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Det ankommer vidare på sökanden att konkretisera på vilket sätt de påstådda bristerna har medfört att sökanden har lidit eller kunnat komma att lida skada (se HFD 2013 ref. 53). En upphandlande enhet har enligt LUK stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78).

Vid bedömningen av om en brist i upphandlingen har medfört skada eller risk för skada för en viss leverantör ska dessutom beaktas om leverantören har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. En leverantör som anser att de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga bör t.ex. redan under anbudstiden vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl

underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet i 16 kap. 6 § LUK på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 10 januari 2022 i mål nr 6151-20 m.fl. punkt 24).

Rimliga och bärkraftiga delpriser

MÄLAB för i denna del fram bl.a. följande. Syftet med kravet på rimliga och bärkraftiga delpriser är att anbudsgivarna ska ta utvärderingsmodellen på allvar och att det ska leda till en seriös prissättning utan försök till taktisering. Kravet har aldrig varit avsett att tillämpas som grund för diskvalificering och har inte heller använts på det sättet i förhållande till någon anbudsgivare i upphandlingen. Kravet har inte heller inneburit att golvpriser uppställts. Det är alltså ogrundat att kravet skulle ha avhållit anbudsgivarna från att avge sina mest konkurrenskraftiga anbud. SJ har påstått att kravet skulle ha begränsat dess möjlighet att konkurrera med pris och lämna bästa tänkbara anbud. Detta påstående talar inte på något konkret sätt för att det aktuella kravet försämrat SJ:s möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. SJ har inte heller gjort gällande några invändningar mot det aktuella kravet under anbudstiden, vilket en omsorgsfull anbudsgivare skulle ha gjort om det var nödvändigt för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt bud. SJ:s påstående att det skulle ha ställts frågor avseende innebörden av kravet på rimliga och bärkraftiga priser stämmer inte. SJ har inte heller förklarat varför anbudet skulle ha sett annorlunda ut om kravets syfte – att utvärderingsmodellen ska tas på allvar och leda till en seriös prissättning utan försök att taktisera modellen – hade framgått tydligare. Vad gäller möjligheten att enligt LUK beakta om ett anbud är onormalt lågt, finns vägledande förarbetsuttalanden till stöd för att det är möjligt. Avsaknaden av en uttrycklig regel i LUK om kontradiktoriskt förfarande vid onormalt låga anbud utgör alltså inte något hinder för att kunna tillämpa ett sådant förfarande. Det ifrågasätts således att SJ skulle ha

upplevt sig förhindrat att ange de priser det önskat. Kammarrätten i Stockholm har i mål nr 8491-20 bedömt ett motsvarande krav på rimliga och bärkraftiga priser. Bedömningen bör bli densamma i nu aktuellt mål.

SJ för i denna del fram bl.a. följande. Upphandlingen innehåller ett obligatoriskt krav att samtliga delpriser som offereras av anbudsgivarna måste vara rimliga och bärkraftiga. Detta prissättningskrav är oförenligt med LUK eftersom det är omöjligt för anbudsgivarna att förstå när vart och ett av respektive delpriser passerar den nedre gränsen för att vara orimliga och icke bärkraftiga, trots att detta avgör huruvida ett anbud måste förkastas. Prissättningskravets ordalydelse ger otvetydigt vid handen att det räcker att ett enda av flera hundra offererade delpriser inte anses rimligt eller bärkraftigt för att anbudet måste förkastas. Enligt prissättningskravet kommer MÄLAB att bedöma rimligheten och bärkraftigheten med MÄLAB:s egen så kallade kalkylmodell. Enligt A6 under fliken ”Pris Mälartåg” (Bilaga 9) framgår att MÄLAB kommer att bedöma anbudsgivarnas antaganden och motiveringar för angivna priser. MÄLAB har inte lämnat ut kalkylmodellen till SJ eller förklarat dess uppbyggnad och innehåll. MÄLAB fastställer de nedre gränserna för rimliga och bärkraftiga delpriser först när anbudet kommit in. Leverantörerna har genom frågor och svar i upphandlingen försökt få klarhet i innebörden av det icke-transparenta prissättningskravet. MÄLAB har då avstått från att förtydliga innebörden av kravet. MÄLAB har förklarat att prissättningskravet aldrig skulle tillämpas som ett obligatoriskt krav. Med andra ord var det som uttrycktes som ett obligatoriskt krav i upphandlingsdokumenten enligt MÄLAB inte ett obligatoriskt krav. MÄLAB har försökt dra paralleller till reglerna om onormalt låga anbud. MÄLAB har hävdade att något förkastande aldrig skulle ha skett med automatik utan att anbudsgivaren dessförinnan fått tillfälle att förklara sin prissättning. Denna invändning saknar stöd i upphandlingsdokumenten. Det anges inte i upphandlingsdokumenten att ett kontradiktoriskt förfarande kommer att tillämpas innan anbud förkastas. Anbudsgivare har enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och

lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) en ovillkorlig rätt att få tillfälle att försvara sina anbudspriser innan anbudet får förkastas på grund av onormalt lågt pris. Någon sådan rätt för anbudsgivare föreskrivs inte i LUK. Anbudsgivarna kan inte förlita sig på att MÄLAB skulle handla på ett sätt som saknar stöd i såväl upphandlingsdokumenten som LUK. MÄLAB har aldrig haft för avsikt att tillämpa kravet, trots att det utformats som ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Det har anbudsgivarna naturligtvis inte kunnat eller bort förstå. Prissättningskravet strider uppenbart mot transparensprincipen i 4 kap. 1 § LUK.

Kravet utgör även golvpriser som på ett otillåtet sätt begränsar anbudsgivarnas rätt att använda pris som konkurrensmedel. Gränsen går vid det lägsta pris som MÄLAB bedömer som ”rimligt och bärkraftigt” för respektive delpris. Understiger ett enda av delpriserna i ett anbud denna nedre gräns ska anbudet förkastas. Till skillnad från vad som gäller för onormalt låga anbud i LOU och LUF, men i likhet med ett golvpris, medger prissättningskravet och bestämmelserna i LUK inte att MÄLAB sammanväger den totala prisbilden i ett anbud för att bedöma rimligheten och bärkraftigheten i anbudet i dess helhet. Den nedre gränsen i prissättningskravet är alltså absolut.

Kammarrättens bedömning

Enligt upphandlingsdokumentet ska en anbudsgivare ge in anbudspriser i enlighet med blankett A6. Av blanketten framgår att samtliga anbudspriser ska vara rimliga och bärkraftiga. Kravet på rimliga och bärkraftiga priser är varken ett krav på leverantörens kvalifikationer eller på upphandlingsföremålet. Kravet har i stället koppling till prissättningen, vilket är ett utvärderingskriterium. Trots detta har det formulerats som ett obligatoriskt krav och ska därför som en konsekvens bedömas så.

SJ anser att kravet på rimliga och bärkraftiga priser står i strid med transparensprincipen. Kravet på rimliga och bärkraftiga priser har inte definierats i upphandlingsdokumenten. MÄLAB har dock påtalat att SJ inte har invänt mot kravet under anbudsfasen. Kammarrätten konstaterar att Sverige har valt att i upphandlingsbestämmelserna inte införa någon preklusionsfrist, dvs. en tidsfrist för ansökan om överprövning för de inledande momenten i en upphandling. Däremot finns en möjlighet för potentiella anbudsgivare att inom ramen för frågor och svar begära förtydliganden av upphandlingsdokumenten innan anbudstidens utgång. Det har under upphandlingen ställts en fråga om beställaren kan bekräfta att det inte är tillåtet att ange negativa priser för de lågfrekventa underhålls-åtgärderna. MÄLAB har svarat att det av blankett A6 framgår att samtliga priser ska vara rimliga och bärkraftiga. Varken SJ eller någon annan potentiell anbudsgivare har därefter utnyttjat möjligheten att med anledning av svaret ställa någon följdfråga.

Av blankett A6 framgår att MÄLAB ska bedöma om kravet är uppfyllt med tillämpning av en kalkylmodell där anbudsgivarens antaganden och motiveringar för angivna priser också kommer att bedömas och beaktas. I upphandlingsdokumenten framgår att syftet med uppgifterna är att göra en bedömning av om anbudsgivaren har förstått uppdragets omfattning och innebörd samt om denne har erforderliga resurser för att klara uppdraget. Uppgifterna kommer även att användas i beställarens arbete med kalkylmodellen.

Det obligatoriska kravet rimliga och bärkraftiga priser kan enligt kammarrätten inte anses optimalt formulerat utan har brister i tydligheten. Enligt kammarrättens mening har dock den samlade informationen om vilka uppgifter som kommer att tillmätas betydelse som underlag för MÄLAB:s kalkylmodell och vid bedömningen av om kravet på rimliga och bärkraftiga priser är uppfyllt varit tillräcklig för att SJ som en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare ska kunna förstå och tolka kravet (se bl.a.

EU-domstolens dom SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553). Kravet kan därför, trots det inte är optimalt formulerat, inte anses vara så otydligt att det strider mot transparensprincipen.

Dessutom anser kammarrätten att de omständigheter som SJ har åberopat inte på ett tillräckligt konkret sätt talar för att kravet har försämrat SJ:s möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det är således inte visat att SJ:s anbud skulle ha sett annorlunda ut om kravets syfte att utvärderingsmodellen ska tas på allvar eller leda till en seriös prissättning utan försök att taktisera modellen framgått tydligare. SJ har dessutom inte heller under anbudstiden begärt något förtydligande från MÄLAB avseende den fråga som har ställts i upphandlingen av annan anbudsgivare beträffande det aktuella kravet. SJ har alltså inte visat att SJ lidit eller kan komma att lida skada till följd av kravet.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att kravet inte kan anses innebära att det uppställs sådana otillåtna golvpriser som avses i HFD 2018 ref. 50. Vad SJ har fört fram angående onormalt låga anbud föranleder ingen annan bedömning.

Sammanfattningsvis saknas därför grund för att ingripa mot upphandlingen på dessa grunder.

Viktningen av priser för lågfrekvent underhåll avseende ER1-tågen

MÄLAB för i denna del fram bl.a. följande. De hypotetiska volymerna avseende lågfrekventa underhållsåtgärder har bestämts av MÄLAB baserat på behovet av logistiskt fungerande löpande skötsel. Hänsyn har således tagits till inte bara underhållsplaner utan även till hur utförare av underhåll i realiteten arbetar med underhåll, s.k. förskottering, dvs. att en leverantör påbörjar underhållsåtgärder i förtid för att med säkerhet hinna med dem. Det är också vanligt förekommande att underhållsåtgärder utförs när tillfälle

ges, snarare än att utföraren väntar till dess att de måste utföras och först då tar fordonet ur trafik. Härutöver har hänsyn tagits till att en stor andel av fordonen som det handlar om är nyproducerade och det faktiska skötselbehovet i viss utsträckning är okänt. Åtgärder som därför klassas som lågfrekventa vid upphandlingstillfället kan därför komma att visa sig vara vanligare än förväntat. Detta har medfört att en högre frekvens av vissa typer av underhållsåtgärder inkluderats i de hypotetiska volymerna än vad som helt säkert kan komma att aktualiseras under avtalstiden.

Vidare fungerar den aktuella ersättningsmodellen utifrån utgångspunkten att ersättning kommer att utgå för de lågfrekventa underhållsåtgärder som faktiskt utförs under avtalstiden. Detta ger ytterligare incitament för leverantören att utföra underhållsåtgärderna i god tid, i stället för att skjuta på åtgärder som senare inte hinner vidtas inom löptiden och som riskerar att skapa problem i tiden därefter. Volymerna har alltså tagits fram utifrån MÄLAB:s bästa uppskattningar av behovet, samt med en viss säkerhetsmarginal, för att fullt ut kunna säkerställa att allt nödvändigt underhåll under avtalstiden kommer att utföras och inte riskera att bli eftersatt. Det ligger i de hypotetiska volymernas natur att dessa inte med fullständig säkerhet i nuläget kan sägas motsvara det framtida faktiska utfallet under avtalstiden. Samtliga lågfrekventa underhållsåtgärder som är föremål för utvärdering kan emellertid komma att behöva utföras under avtalstiden. Även om vissa åtgärder kan antas bli mycket sällsynta, finns en tydlig koppling till upphandlingsföremålet. Om MÄLAB hade avstått från att utvärdera lågfrekventa underhållsåtgärder eller gett underhållet en ännu lägre viktning än vad som skett, hade risken för ett felvisande resultat varit större.

SJ för i denna del fram bl.a. följande. Det är mycket osannolikt att ett flertal av de uppräknade underhållsåtgärderna behöver vidtas under kontraktstiden. Den mycket låga sannolikheten för att behöva vidta åtgärder, som SJ redovisat och bevisat, avser den samlade flottan av

nyproducerade ER1-tåg. MÄLAB:s estimerade underhållsfrekvens för de nio äldre Reginatågen har inte denna brist. Det förväntade behovet av när lågfrekvent underhåll kommer att inträffa överskrider med flera års marginal den maximalt nioåriga kontraktsperioden. Underhållsåtgärderna på de nyproducerade tågen kommer inte att behöva genomföras förrän efter 15–22 år. Det rör sig alltså om en mycket betydande felviktnings av de lågfrekventa underhållsåtgärderna. Det kan inte uteslutas att någon åtgärd skulle kunna bli aktuell för ett enskilt tåg under kontraktstiden. I den mån detta skulle inträffa kommer åtgärden normalt att täckas av tillverkarens garanti. Alltför tidiga underhållsåtgärder för lågfrekvent underhåll kommer således ytterst sällan att utföras av trafikutövaren inom ramen för uppdraget. Även om behovet av tidiga åtgärder av lågfrekvent underhåll alltså uppstår ytterst sällan hade MÄLAB, i syfte att ändå konkurrensutsätta prissättningen för det lågfrekventa underhållet, kunnat vikta ner betydelsen av det i utvärderingen. En nedviktnings av poster som sannolikt inte kommer att infalla är vanligt förekommande i utvärderingsmodeller. Nedviktningsen syftar då till att bättre spegla de faktiska förväntade förutsättningarna och motverka manipulation och osund taktisk budgivning. De felaktiga viktningarna leder till att MÄLAB:s utvärderingsmodell inte är ägnad att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och strider således mot LUK.

Kammarrättens bedömning

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att endast den omständighet att volymerna avviker från de volymer som anges i underhållsplanen inte i sig strider mot LUK.

Samtliga delpriser för de lågfrekventa underhållsåtgärderna ska vara rimliga och bärkraftiga. Förvaltningsrätten har bedömt att den hypotetiska viktningen i kombination med prissättningskravet innebär att utvärderingsmodellen strider mot LUK.

Kammarrätten anser som anges tidigare i denna dom att kravet på att samtliga priser ska vara rimliga och bärkraftiga inte strider mot transparensprincipen. Det faktum att samtliga delpriser för de lågfrekventa underhållsåtgärderna ska vara rimliga och bärkraftiga medför inte heller i övrigt att utvärderingsmodellen strider mot LUK. Det finns således inte skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Utvärderingen av förändringspriser

MÄLAB för i denna del fram bl.a. följande. Vad gäller utvärderingen av förändringspriser har det förklarats att de trafikvolymen som uppgetts i upphandlingen är satta utifrån hur MÄLAB planerar att tågtrafiken ska se ut under avtalstiden, att det inte finns planer på att beställa lägre trafikvolymen än dessa men att det bedömts finnas utrymme och ett troligt behov av att öka trafikvolymerna under avtalstiden. En ökning kommer också att vara möjlig genom exempelvis ökad effektivitet i nyttjandet av faktiskt tillgängliga fordon och genom att koppla ihop fler fordon för större kapacitet, allt beroende på hur utförande leverantör väljer att utforma verksamheten. Därutöver kan utrymme för en faktiskt ökad maxkapacitet skapas, bl.a. genom utökning av MÄLAB:s fordonsflotta under avtalstiden och pågående utbyggnad av relevant infrastruktur. Den utvärdering som gjorts av förändringspriserna i förhållande till såväl bonus som malus har tjänat till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, i motsats till SJ:s teoretiska resonemang att anbudsgivare skulle utnyttja modellen för att få betalt av MÄLAB för ej genomförd trafik. Både högre och lägre förändringspriser än SJ:s har erbjudits i upphandlingen. Det av SJ beskrivna scenariot med taktiserande, manipulerande anbud är alltså hypotetiskt och det går inte att bedöma en utvärderingsmodell utifrån detta.

SJ för i denna del fram bl.a. följande. MÄLAB:s principitidtabell i upphandlingen innebär redan vid grundproduktionen en trafikökning med

cirka 30 procent jämförd med den trafik som körs idag på Mälardals-trafiken. Detta är i sig en väsentlig ökning. Att MÄLAB utöver en sådan kraftig ökning skulle kunna beställa ytterligare trafikproduktion måste av flera skäl ses som mycket osannolikt. Tågflottan som finns till förfogande för uppdraget är mycket begränsad och utnyttjas nästintill maximalt redan vid grundproduktionen enligt uppdraget. Dessutom brister MÄLAB:s principtidtabell i robusthet, vilket ställer högre krav på en fordonsreserv och därmed en större tågflotta. MÄLAB:s principtidtabell i upphandlingen förutsätter också att Trafikverket beviljar MÄLAB en ”perfekt” tidtabell på järnvägssträckor i en region (Stockholm, Uppsala och Mälardalen) där det är hög konkurrens om utrymmet och mycket trångt för persontrafiktåg, banarbeten och godståg.

Sammantaget ger utvärderingsmodellens tillkortakommanden omfattande incitament till taktisk budgivning avseende förändringspriser. De angivna förändringspriserna höjer totalpriset i anbudet trots att förändringspriserna vid tillämpningen av avtalet i uppdraget med stor sannolikhet i stället kommer att leda till en sänkning av det pris leverantören kommer att erhålla från MÄLAB. Sådan manipulation riskerar att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte antas i upphandlingen. Därmed strider metoden för utvärdering av förändringspriser mot LUK.

Kammarrättens bedömning

Kammarrätten instämmer i denna del i förvaltningsrättens bedömning.

Sammanfattning

SJ har inte på någon punkt åberopat omständigheter av sådan styrka eller karaktär att de kan anses innebära att reglerna i LUK har överträtts. Inte heller har SJ på ett konkret sätt visat sig ha lidit skada eller riskerat att lida

skada. Förutsättningarna för att ingripa mot upphandlingen saknas därför.
Överklagandet ska således bifallas och förvaltningsrättens dom upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Magnus Schultzberg
kammarrättsråd
ordförande

Maria Ringvall
kammarrättsråd

Gunilla Berendt
kammarrättsråd
referent

Susan Becker
föredragande jurist

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2021-04-26

Meddelad i Stockholm

Mål nr

28139-20

SÖKANDE

SJ AB, 556196-1599

Ombud: Advokaten Daniel Wendelsson, biträdande juristen Victoria Fredén
och ekonomiexperten Jakob Jeanrond

MOTPART

Mälardalstrafik MÄLAB AB, 556425-0610

Ombud: Advokaten Sven Vaxenbäck och biträdande juristen Freija Haas

SAKEN

Upphandling av koncessioner

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att
upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 1338694

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd32.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/	-	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Mälardalstrafik MÄLAB AB (MÄLAB) genomför upphandlingen ”Mälartåg Etapp 2”, dnr. 20191220-02. Upphandlingen genomförs som en konkurrensutsättning enligt artikel 5.3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (EU:s kollektivtrafikförordning), tillämpliga bestämmelser i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Uppdraget innebär att utföra järnvägstrafik, svara för underhåll av fordon och depå samt tillhandahålla vissa andra trafikrelaterade tjänster. I tilldelningsbeslut den 9 december 2020 beslutade MÄLAB att tilldela annan anbudsgivare än SJ AB (SJ) kontrakt i upphandlingen.

SJ ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kravet på att samtliga delpriser ska vara rimliga och bärkraftiga strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1–2 §§ LUK. Det är omöjligt att förstå vilka prisnivåer som ska leda till förkastande av anbud. Mälab har vidare aldrig haft för avsikt att tillämpa det obligatoriska prissättningskravet. Prissättningskravet är vidare att jämföras med golvpriser. Upphandlingen och utvärderingsmodellen öppnar vidare för manipulation och osund taktisk prissättning i strid med LUK. Även viktningen av hypotetiska volymer för lågfrekvent underhåll av ER 1 tågen avviker från verkliga förhållanden och metoden för utvärdering av förändringspriser strider mot LUK och syftar inte till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas i upphandlingen. Prisbilden i de olika anbuden hade sett eller hade kunnat se väsentligt annorlunda ut om upphandlingen inte hade varit behäftad med dessa upphandlingsfel. SJ har därmed lidit eller riskerat att lida skada av upphandlingsfelen.

MÄLAB bestrider bifall till SJ:s ansökan och anför bl.a. följande. Kravet på rimliga och bärkraftiga priser har aldrig tillämpats som grund för diskvalificering och skulle aldrig användas på ett sådant sätt i upphandlingen. Kravet har inte föranlett några ingripanden till nackdel för anbudsgivaren och har inte haft någon konkret påverkan på anbuds-givningen. Kravet utgör inte heller golvpriser i upphandlingen. Även utvärderingsmodellen är ändamålsenlig och inte i strid med LUK. Det är felaktigt att viktningen av lågfrekvent underhåll av ER1-fordonen skulle avvika från verkliga förhållanden och inte möjliggöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller att utvärderingsmetoden för förändringspriser skulle strida mot LUK. SJ har inte heller visat att de har lidit eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I 5.3 artikeln i EU:s kollektivtrafikförordning framgår följande. När behöriga myndigheter anlitar en annan tredje part än ett internt företag, ska avtal om allmän trafik tilldelas på grundval av ett konkurrensutsatt anbuds-förfarande, utom i de fall som anges i punkterna 4, 5 och 6. Det konkurrens-utsatta anbudsförfarandet ska vara öppet för alla företag, det ska vara rättvist och följa principerna om insyn och icke diskriminering. Efter anbuds-inlämningen och ett eventuellt förurval kan förhandlingar föras i enlighet med nämnda principer för att avgöra hur specifika eller komplicerade krav kan uppfyllas på bästa sätt.

Enligt 4 a kap. 5 § första stycket lagen om kollektivtrafik tillämpas bestämmelserna i 6–11 §§ vid upphandling som avser tjänstekontrakt för kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten, och tjänstekoncessioner för kollektivtrafik.

Av 4 a kap. 6 § lagen om kollektivtrafik framgår att vid konkurrensutsättning enligt artikel 5.3 i EU:s kollektivtrafikförordning tillämpas bl.a. 4 kap. 1–9, 6 kap., 13 kap. och 16 kap. i LUK.

Av 4 kap. 1 § LUK framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 4 kap. 2 § LUK framgår att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av 16 kap. 6 § LUK följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LUK och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om den upphandlande enheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsrättsliga principer och förfaranderegler som anges i LUK (jfr HFD 2013 ref. 5).

Förvaltningsrättens bedömning

SJ har framfört flera brister avseende underlaget för upphandlingen, dvs. i det konkurrensuppsökande skedet. Förvaltningsrätten kommer nedan att redogöra för hur upphandlingen är utformad i de aktuella delarna, vad parterna har anfört i varje del och förvaltningsrättens bedömning.

Rimliga och bärkraftiga delpriser

I punkt 2.4.3.1 i dokumentet Inbjudan att inkomma med anbudsansökan avseende Upphandling Mälartåg, dnr 20191220-02 anges en förteckning över upphandlingsdokumentationen. Det anges att upphandlingsdokumentationen består av tre delar där bl.a. A. Anbudsinbjudan jämte bilagor beskriver upphandlingsprocessen inklusive anbudsgivning, anbudsutvärdering och krav på anbud.

Av punkt 1 i bilaga A2. Utvärderingsmodell anges bl.a. att det anbud som är mest fördelaktigt med hänsyn till kriterierna totalt anbudspris och kvalitet kommer att antas. I punkt 2 anges att det vid utvärderingen av kriteriet totalt anbudspris, kommer ingå pris för grundersättning, förändringspris avseende ökad/minskad produktion av Tåg- och Multipelutbudskilometer och pris för lågfrekvent underhåll. Vidare anges att beräkning av totalt anbudspris för utvärdering framgår av Blankett A6.

I Blankett A6 Totalt anbudspris anges att samtliga delpriser ska vara rimliga och bärkraftiga. Rimligheten och bärkraftigheten av anbudspriser kommer av beställaren att bedömas med tillämpning av beställarens kalkylmodell där anbudsgivarens antaganden och motiveringar för angivna priser också kommer att bedömas och beaktas.

I punkt 2 i bilaga A7 Blankett-Anbudsinbjudan anges materiella minimikrav. I punkt 2.1 Totalt Anbudspris anges bl.a. att anbudsgivaren ska inge anbudspriser i enlighet med Blankett A6 och att lämnade uppgifter ska uppfylla de krav som framgår av blanketten. Det anges vidare att det ska observeras att det i blanketten återfinns sex (6) flikar: Pris Mälartåg, Anbudspris Lågfrekvent (Underhåll) ER1, Anbudspris Lågfrekvent (Underhåll) Regina, Trafikdrift, Fordonsunderhåll och Personal. På fråga om blankett A6 enligt ovan har bilagts anbudet ska anbudsgivaren kryssa i ”ja/nej”.

SJ har avseende kravet på rimliga och bärkraftiga delpriser framfört bl.a. följande. Formuleringen i Blankett A6 om att ”samtliga delpriser ska vara rimliga och bärkraftiga” innebär att en sådan prissättning är ett obligatoriskt krav i upphandlingen och detta bekräftas också av punkt 2.1 i A7 Blankett-Anbudsinbjudan. Även andra relevanta skrivningar i upphandlingsdokumenten bekräftar att prissättningskravet är obligatoriskt. Mälab har vidare som svar på fråga om att beställaren ska bekräfta att det inte är tillåtet att ange negativa priser för de lågfrekventa underhållsaktiviteterna svarat att samtliga priser ska vara rimliga och bärkraftiga. Kravet tvingar anbudsgivare att prissätta sina anbud på ett sätt så att vart och ett av samtliga hundratals delpriser ska vara individuellt rimligt och bärkraftigt. Prissättningskravet tillåter inte att ett eller flera delpriser är orimliga och icke bärkraftiga, i motsats till reglerna om onormalt låga anbud, där en helhetsbedömning av anbudets sammantagna prisbild måste göras innan anbudet får förkastas. Innebörden av kravet är därför mycket långtgående eftersom det, för att hela anbudet ska förkastas, är tillräckligt att MÄLAB anser att ett enda av flera hundra delpriser i ett anbud är orimligt eller icke bärkraftigt. Mälab har nu emellertid angett att kravet aldrig skulle användas som grund för diskvalificering. Det är emellertid inte tillåtet enligt LUK att ställa obligatoriska krav som den upphandlande myndigheten bortser ifrån. Mälab försöker försvara prissättningskravet genom att ge uttryck för

inställningen att det skulle ha varit fullt möjligt för anbudsgivare att offerera enskilda delpriser som i sig inte var rimliga och bärkraftiga, men där anbudet som helhet kunde bedömas som rimligt och bärkraftigt. Detta är oförenligt med det obligatoriska kravet i upphandlingen.

Det saknas vidare en definition eller annan tydlig beskrivning i upphandlingsdokumenten som klargör vad som menas med rimliga och bärkraftiga delpriser. I blankett A6 hänvisas till en kalkylmodell som inte återfinns bland upphandlingsdokumenten i upphandlingen. Vad som är rimligt och bärkraftigt kan omöjligen uppfattas på samma sätt av samtliga trafikutövare avseende vart och ett av de flera hundra delpriserna i upphandlingen och ett rimligt och bärkraftigt delpris för en trafikutövare kan för en annan vara orimligt och icke bärkraftigt. Att kravet uppfattas olika illustreras väl av MTR:s aggressiva prissättning i upphandlingen då de hade väsentligt lägre priser än andra anbudspriser. Det har alltså inför inlämnandet av anbudet varit okänt för trafikutövarna vad som är ”rimliga och bärkraftiga” delpriser och hur Mälabs kalkylmodell ser ut, trots att dessa faktorer och underlag avgör om ett anbud ska förkastas eller godtas. Dessutom har det varit omöjligt för leverantörerna att veta när ett visst delpris passerat gränsen till att vara orimligt och icke bärkraftigt enligt Mälab. Mälabs krav strider därigenom mot både likabehandling- och transparensprincipen. Det saknar vidare betydelse huruvida något anbud förkastats i upphandlingen på den grunden då priskonkurrensen är satt ur spel redan i och med kravets existens. På grund av den uppenbara risken att få anbudet förkastat har anbudsgivarnas utrymme att använda priset som konkurrensmedel avsevärt begränsats i upphandlingen. Kravet kan ha avhållit anbudsgivarna från att fullt ut erbjuda de priser som skulle ha erbjudits om kravet inte hade funnits. Därigenom saknar Mälab också möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra.

Mälabs obligatoriska krav är vidare att betrakta som ett golvpris för alla delpriser. Mälabs golvpriser är emellertid okända för anbudsgivarna, vilket gör att kravet även är oförenligt med transparensprincipen. Upphandlingen uppställer en absolut nedre gräns på hur låga delpriser som får anges av anbudsgivarna vid vad som enligt Mälab och den okända kalkylmodellen är ”rimliga och bärkraftiga” delpriser. Precis som golvpriser förhindrar prissättningskravet leverantörerna från att konkurrera med priset eftersom anbud med delpriser som inte anses rimliga och bärkraftiga automatiskt förkastas. Vidare har den omständigheten att SJ inte invänt mot kravet under anbudstiden inte betydelse för prövningen av om kravet strider mot LUK eller om skaderekvisitet är uppfyllt. Det finns ingen praxis som ger uttryck för att ett obligatoriskt krav, som ger otillräcklig information till anbudsgivarna om hur kravet uppfylls, är förenligt med de grundläggande principerna så länge ingen anbudsgivare har rest invändningar mot kravet under anbudstiden. Det kan finnas fullt legitima skäl till varför en anbudsgivare avstår från att ifrågasätta krav i frågor och svar. Ett ifrågasättande kan bl.a. medföra att anbudsgivarens prissättning granskas extra hårt och kan även röja anbudsgivarens prissättningsstrategier till konkurrenterna. Avsaknaden av ifrågasättanden från SJ eller annan leverantör ska därför inte tillmätas någon betydelse vid prövningen.

Mälab har avseende kravet på rimliga och bärkraftiga delpriser framfört bl.a. följande. Kravet har aldrig tillämpats som grund för diskvalificering och skulle aldrig användas på ett sådant sätt i upphandlingen. Det budskap som skrivningen förmedlar är att utvärderingsmodellen ska tas på allvar och leda till en seriös prissättning utan försök till att taktisera modellen. Mälab kan emellertid inte förbjuda exempelvis negativa delpriser på grund av reglerna och den praxis som har utvecklats kring onormalt låga anbud. Skrivningen om att priser ska vara rimliga och bärkraftiga kan således inte automatiskt leda till ett förkastande av ett anbud. Att det inte har föranlett någon åtgärd från Mälabs sida innebär inte att Mälab har bortsett från

kravet, utan är ett resultat av att det inte inkommit några anbud med en prissättning som framstår som oseriös. Det finns således ingen grund för SJ:s påståenden om att en tillämpning av kravet, om en sådan hade aktualiserats, hade skett i strid med LUK. Kravet har därmed inte haft någon konkret påverkan och ingen anbudsgivare har uteslutits på grund av detta. Kravet har enbart uppfyllt sin funktion att styra bort taktisering. För det fall att en anbudsgivare skulle ha försökt och lyckats med att taktisera utvärderingsmodellen skulle Mälab ha övervägt att avbryta upphandlingen. Vidare använder Mälab sig av kalkylmodeller i större och/eller komplexa upphandlingar som ett internt hjälpmedel för att bedöma om anbudsgivares erbjudna lösningar och prissättning, utifrån Mälabs perspektiv och erfarenhet, verkar rimliga. Kalkylmodellen hjälper Mälab att bl.a. identifiera delar av anbud som Mälab kan komma att vilja förhandla och kan också hjälpa i bedömningen av om ett anbud framstår som onormalt lågt. Kalkylmodellen i dess egenskap av internt hjälpmedel behöver inte beskrivas eller förklaras för anbudsgivare eftersom den inte har någon självständig betydelse. Det är de faktiska besluten som påverkar anbudsgivare och dessa beslut kan alltid överprövas. Kravet utgör inte heller något golvpris. Det fastställs ingen lägsta prisnivå som anbudsgivare måste förhålla sig till. Enligt praxis kan det inte röra sig om ett golvpris om ingen absolut nedre gräns anges. Det finns inte heller någon automatisk uteslutning i frånvaron av en absolut nedre gräns för vilken anbudspris accepteras.

SJ eller någon annan anbudsgivare har inte heller rest några invändningar mot kravet under anbudstiden. SJ:s påstående om att anbudsgivare skulle dra sig för att ställa frågor under anbudstiden av rädsla är inte trovärdigt. Det kan vidare noteras att SJ har ställt mer än hundra frågor i upphandlingen. Att en anbudsgivares handlingssätt under anbudsfasen har ett bevisvärde följer av EU-praxis. Frånvaron av invändningar ska således beaktas och talar följaktligen för att SJ bedömde att kravet inte påverkade

deras möjligheter att förstå upphandlingsdokumenten. Då det kan förutsättas att SJ som en omsorgsfull anbudsgivare tagit del av upphandlingsdokumenten, får det antas att bolaget i detta skede inte uppfattade att kravet skulle påverka SJ:s möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det finns därför inget stöd för att kravet har inneburit någon större prisstyrning än den självstyrning som en seriös anbudsgivare redan kan förväntas praktisera. Vidare kan det konstateras att MTR:s anbud varit cirka 14 procent lägre än annan anbudsgivare och detta är därför ingen märkvärdig skillnad som SJ försöker påstå.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att närmare bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla för en upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande principerna för offentlig upphandling och med upphandlingslagstiftningen i övrigt. De skiftande förhållandena 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 lagen om offentlig upphandling inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten anser att det aktuella kravets ordalydelse ger uttryck för att kravet ska vara uppfyllt för att ett anbud ska kunna kvalificeras i upphandlingen. Detta bekräftas även av A7 Blankett-Anbudsinbjudan där det anges att lämnade uppgifter *ska* uppfylla de krav som framgår av blanketten. Att syftet med kravet har angetts vara att förmedla att utvärderingsmodellen ska tas på allvar och leda till en seriös prissättning, frångår inte det faktum att det uppställts ett obligatoriskt ska-krav på att ange rimliga och bärkraftiga delpriser i upphandlingen. Det aktuella kravet kan enligt förvaltningsrättens mening dock inte anses innebära att det uppställts sådana golvpriser som kommit till uttryck i Högsta förvaltningsdomstolens

avgörande i HFD 2018 ref. 50. Även om kravet innebär att varje delpris ska vara rimligt och bärkraftigt anges inte någon absolut nedre gräns för hur låga priser som får offereras. Kravet hindrar därför inte anbudsgivarna från att konkurrera med sina priser på det sätt som kommit till uttryck i HFD:s avgörande.

SJ har vidare gjort gällande att kravet står i strid med likabehandlings- och transparensprincipen. I Blankett A6 anges att Mälab med stöd av en kalkylmodell, kommer att bedöma rimligheten och bärkraftigheten av offererade anbudspriser. Kalkylmodellen har inte varit tillgänglig för anbudsgivarna då denna enligt Mälab endast har varit ett internt hjälpmedel för bedömning av anbudspriser. Förvaltningsrätten konstaterar därmed att det i upphandlingsdokumentationen saknats en definition eller annan tydlig beskrivning av vad som avses med rimliga och bärkraftiga delpriser.

Förvaltningsrätten anser, i likhet med SJ, att kravet brister i transparens på så sätt att det saknas tillräcklig information för anbudsgivarna om vad som krävs för att kravet ska anses uppfyllt. Mälab har bl.a. angett att SJ inte har invänt mot kravets otydlighet under anbudstiden och att detta skulle anses innebära att SJ i det skedet inte uppfattat att kravet skulle påverka bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det har emellertid under förvaltningsrättens handläggning av målet framkommit att det aktuella kravet, i samband med utvärderingen, getts en annan innebörd än vad SJ har antagit. Mälab har hos förvaltningsrätten gjort gällande att exempelvis negativa delpriser på grund av reglerna och praxis kring onormalt lågt anbud inte kan förbjudas och att kravet på rimligt och bärkraftigt därför inte innebär att ett anbud kan diskvalificeras på grund av att vissa delpriser inte är rimliga och bärkraftiga. Detta har enligt förvaltningsrättens mening inte kommit till uttryck i upphandlingsdokumenten. Enligt förvaltningsrättens mening är kravet utformat på det sätt att icke rimliga och bärkraftiga priser innebär att ska-kravet inte uppfylls. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav ska förkastas. Kravet har därmed, mot bakgrund av vad Mälab har

anfört, getts en annan innebörd än vad som framgår av upphandlingsdokumentet. Även med beaktande av detta strider kravet mot transparensprincipen. Mälab har vidare handlat i strid med upphandlingsdokumentet genom att utvärdera anbudena på ett annat sätt än vad som framgår av upphandlingsdokumenten.

Viktningen av priser för lågfrekvent underhåll avseende ER1-tågen

Som tidigare framkommit ska det vid utvärdering av totalt anbudspris ingå priser för bl.a. lågfrekvent underhåll. Av punkt 2.3 i Anbudsinbjudan framgår bl.a. att tågtrafiken ska utföras med fordon av typ ER1 och Regina som Mälab tillhandahåller. I Blankett A6 Totalt anbudspris anges att anbudsgivarna ska ange rimliga och bärkraftiga priser för bl.a. lågfrekvent underhåll för tågen ER1 och Regina. Vidare anges att prisutvärderingen av anbudsgivarens priser görs genom att koppla priserna till en hypotetisk volym för ett hypotetiskt avtalsår. Det anges även att denna hypotetiska volym enbart är till för prisutvärderingen och att den inte på något sätt ska ses som en beskrivning av vilken volym som gäller för uppdraget.

Av punkt 5 i bilaga 8. Ersättning och Incitament framgår bl.a. att ersättning erläggs varje gång respektive underhållsaktivitet ”lågfrekvent underhåll utförts per fordon enligt tillämplig underhållsplan”.

SJ har avseende viktningen av lågfrekvent underhåll bl.a. anfört följande. En utvärderingsmodell måste vara förutsebar, likabehandlande och säkerställa att anbudena bedöms i konkurrens med varandra och leder till att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. I uppdraget ingår att utföra så kallat lågfrekvent underhåll av tågen. Anbudsgivare ska i sitt anbudspris ange priser för ett hundratal olika lågfrekventa underhållsåtgärder på ER1-tågen. Mälab har under respektive flik angett en hypotetisk volym per år för respektive underhållsåtgärd. SJ invänder mot den felaktiga

viktningen av priserna för lågfrekvent underhåll. Tågen som används i uppdraget består bl.a. av Stadler, modell ER1, som är nyproducerade och har tagits i trafik eller förväntas att tas i trafik under åren 2019–2021. Det är cirka 85 procent av fordonsflottan som därmed är nyproducerade eller maximalt två år gamla.

De hypotetiska volymerna för vissa delpriser avseende lågfrekventa underhållsåtgärder på ER1-tågen är oförenliga med den frekvens som anges i underhållsplanen. Exempelvis sker utbyte av traktionsströmriktare-kondensatorbankar enligt underhållsplanen efter nästan 20 år, men enligt Mälabs beräkning i upphandlingen kommer samma strömriktare enligt Blankett A6 Anbudspris att bytas tre gånger per år. Vidare sker utbyte av batterisystem enligt underhållsplanen efter nästan 15 år, men enligt Mälabs beräkning fyra gånger per år. Utbyte av vestibulvärmeblåstans komponenter sker enligt underhållsplanen efter nästan 16 år, men enligt Mälabs beräkning tre gånger per år. Kontroll av invändigt skick hos tryckluftsbehållare sker enligt underhållsplanen efter mer än 23 år, men enligt Mälabs beräkning två gånger per år. Renovering av boggiramen för motorboggi sker enligt underhållsplanen efter nästan 16 år, men enligt Mälabs beräkning tre gånger per år. ER1-tågen är nyproducerade och detta innebär att underhållsåtgärder som enligt planen ska ske vart 15:e eller mer sällan, inte kommer att behöva utföras på tågen under uppdragets maximala avtalstid om nio år. Den hypotetiska viktningen saknar därför helt verklighetsanknytning. Mälab har inte bestritt SJ:s faktapåståenden eller ingett någon bevisning som omkullkastar vad SJ fört fram. Anbudsgivarna ska alltså prissätta flera underhållsåtgärder som enligt underhållsplanen aldrig kommer att utföras under uppdraget. Eftersom dessa priser ingår i utvärderingen öppnar utvärderingsmodellen upp för att anbudsgivare offererar mycket låga priser eller till och med betalar Mälab för utförande av dessa underhållsåtgärder i syfte att få ett lågt totalt anbudspris och tilldelas kontrakt i upphandlingen, trots att det verkliga priset Mälab får betala för uppdraget kan vara avsevärt

högre än vad andra anbudsgivare har offererat. Att vissa av de angivna underhållsåtgärderna som ska inkluderas av anbudsgivarens prissättning, inte faller ut under avtalstiden och att detta bjuder in till taktisk prissättning och felaktig utvärdering har uppmärksamats av en frågeställare i fråga 443 i ”frågor och svar”. Mälab har som svar på detta bl.a. angett att samtliga priser ska vara rimliga och bärkraftiga.

Inte heller Mälabs påstående om förskottering, påverkar den felaktiga viktningen, eftersom även förskotteringen sker efter utgången av avtalstiden. Då en trafikutövare inte vet huruvida denne kommer att tilldelas uppdraget i nästa upphandling saknas vidare incitament att genomföra underhåll som kan komma en annan framtida leverantör till godo. Att Mälabs hypotetiska volymer är baserade på en ”bästa uppskattning” enligt Mälab överensstämmer inte heller med verkliga förhållanden. Mälab hade kunnat vikta ner betydelsen av de delpriser som kunde förväntas infalla först efter kontraktstidens utgång, tex genom att ange en väsentligt lägre hypotetisk volym för dessa åtgärder. Därmed hade konkurrensutsättningen av dessa priser säkrats samtidigt som riskerna för påverkan genom taktisk prissättning begränsats kraftigt eller till och med helt eliminerats. Viktningen avseende lågfrekvent underhåll av ER1-tågen i utvärderingsmodellen syftar inte till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas i upphandlingen. Utvärderingsmodellen öppnar för manipulation och osund taktisk prissättning och strider därför mot LUK i detta avseende. Eftersom prisposterna är felviktade har anbudsgivarna incitament att lämna taktiska anbud som saknar kostnadstäckning i dessa delar. Därmed försvinner anbudsgivarnas incitament att, såsom Mälab påstått, utföra något lågfrekvent underhåll i förtid.

Mälab har avseende kravet på viktningen av lågfrekvent underhåll bl.a. anfört följande. Det är inte korrekt att de hypotetiska volymerna för lågfrekvent underhåll avviker från verkliga förhållanden, endast för att de

hypotetiska volymerna i utvärderingsmodellen avviker från den frekvens för underhållsåtgärder som anges i avtalet. Avtalet ger leverantören en stor flexibilitet när det kommer till planering och utförande av underhållsåtgärder. I avtalet regleras en borte gräns för när underhållsåtgärder senast måste ha vidtagits, men det verkliga utfallet kommer att bero mycket på leverantörens egen planering. Såvitt avser planering av utförande av fordonsunderhåll som ska göras med vissa regelbundna intervaller förekommer ofta så kallad förskottering. Detta innebär att leverantören, för att lyckas möta de olika deadlines som finns för underhåll av hela fordonsflottan, påbörjar underhållsåtgärder i förtid dvs. tidigare än vad den enskilda åtgärden hade behövt utföras enligt intervallet för åtgärden. Det kan röra sig om flera år i förtid när fordonsflottan är så stor som i det nu aktuella uppdraget och leveransen av fordon har skett under en kort period. En leverantör kan inte avvakta med underhåll till sista stunden eftersom underhållsåtgärder för hela fordonsflottan då inte skulle hinnas med. En leverantör kan inte heller ta alla fordon ur trafik samtidigt. Oaktat detta skulle det inte finnas verkstadsresurser till att faktiskt göra underhållet på hela flottan samtidigt. Förskottering är av dessa anledningar nödvändigt och Mälab har därför tagit fram hypotetiska volymer i utvärderingsmodellen baserat på bästa uppskattning av vad det verkliga utfallet kan komma att bli under avtalstiden. Vidare bygger ersättningsmodellen i avtalet på utgångspunkten att leverantören får ersättning för det lågfrekventa underhåll som faktiskt utförs. Detta ger ytterligare incitament för leverantören (utöver förskottering) att utföra lågfrekvent underhåll i förtid istället för att skjuta upp det på framtiden.

Det är vidare viktigt att allt lågfrekvent underhåll prissätts och blir konkurrensutsatt i upphandlingen, även om vissa underhållsåtgärder i nuläget inte bedöms falla ut under avtalstiden. Skälet härför är att en stor andel av fordonen är nyproducerade och det inte finns tillräcklig erfarenhet av dessa fordon i drift för att med säkerhet konstatera att underhållsplanen

kommer att stå sig under avtalstiden. Det kan därför inte uteslutas att lågfrekventa underhållsåtgärder blir nödvändiga under avtalstiden. I ett sådant fall har Mälab, genom upphandlingen, säkerställt att underhållet kan avropas till ett pris som har konkurrensutsatt. Vidare anger SJ i alla sina exempel att samma komponenter kommer att bytas/kontrolleras/renoveras ett visst antal gånger per år. De hypotetiska volymerna avser emellertid hela fordonsflottan, totalt cirka 60 stycken fordon och det rör sig alltså inte om att samma komponent uppskattas behöva bytas på ett fordon tre gånger per år. Även om utvärderingsmodellen på grund av beaktandet av visst lågfrekvent underhåll skulle anses mindre optimal, är det inte fråga om en brist som har påverkat utvärderingsresultatet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

SJ har angett att tågen som används i uppdraget till cirka 85 procent består av modell ER1 som är nyproducerade och har tagits i trafik eller förväntas att tas i trafik under åren 2019–2021. Detta har inte ifrågasatts av Mälab. Förvaltningsrätten har därför att utgå ifrån att 85 procent av de tåg som ska prissättas avser nya tåg. Av blankett A6 Totalt anbudspris framgår att den hypotetiska volymen enbart är till för prisutvärderingen och att den inte på något sätt ska ses som en beskrivning av vilken volym som gäller för uppdraget. Mälab har emellertid angett att de hypotetiska volymerna är baserade på Mälabs bästa uppskattning av mängden underhåll som kommer att behövas under avtalstiden och vad som utgör rimliga förhållanden mellan olika underhållsåtgärder bl.a. med hänsyn till förskottering. Förvaltningsrätten konstaterar att vissa underhållsåtgärder som anges i upphandlingen såsom exempelvis byte av traktionsströmriktare och batterisystem, även med beaktande av vad Mälab angett om förskottering, med stor sannolikhet inte kommer att falla ut under avtalstiden. Det framgår emellertid tydligt av blanketten att volymerna på något sätt inte är en beskrivning av vilken volym som gäller för uppdraget varför, endast den

omständighet att volymerna avviker från de volymer som anges i avtalet, inte i sig är i strid med LUK. Denna hypotetiska viktning, i kombination med det ställda kravet på att lämna rimliga och bärkraftiga priser för bl.a. samtliga underhållsåtgärder, får emellertid en annan effekt. Trots att exempelvis byte av strömriktare enligt underhållsplanen i avtalet ska ske efter cirka 20 år, ska anbudsgivarna i enlighet med blanketten prissätta rimliga och bärkraftiga priser för byte av strömriktare tre gånger per år. Dessa priser ska därefter, i kombination med andra lämnade priser, utgöra det totala anbudspriset. Eftersom flera underhållsåtgärder inte kommer att falla ut under avtalstiden, finns enligt förvaltningsrättens mening, en risk för att en sådan viktning av underhållsåtgärderna i kombination med ska-kravet på rimliga och bärkraftiga delpriser inte ger ett rättvisande resultat och därmed inte heller det ekonomiskt mest fördelaktiga priset. En sådan utvärderingsmodell strider mot LUK.

Utvärderingen av förändringspriser

Av punkt 3.1 i bilaga 8. Ersättning och Incitament framgår bl.a. följande. För fullgörande av samtliga tjänster och åtaganden enligt uppdragsavtalet, förutom uppstartersättningen och sådan tillkommande ersättning för lågfrekvent underhåll som följer av avsnitt 5 i denna bilaga, erlägger beställaren till trafikutövaren en grundersättning per år som uppgår till (summa i siffror baserat på anbud). Den ersättningen som erläggs benämns ”grundersättningen”. Grundersättningen inkluderar ersättning för alla kostnader, avgifter och pålagor som trafikutövaren må ha med anledning av utförande av uppdraget inklusive erläggande av kostnader och avgifter för upplåtelse/tillhandahållande av egendom. Grundersättningen är baserad på grundproduktionen som anges i avsnitt 4. Om beställaren gör tilläggsbeställningar/avbeställningar ska grundersättningen, om sådana förändringar ligger inom ramen för frivolymer enligt avsnitt 4.2 justeras med tillämpning av förändringspriser som anges i avsnitt 4.3. Sådan förändring

av grundersättningen ska ske efter beslut av beställaren och med verkan från den tidpunkt för förändringen som beställaren anvisar.

Av punkt 4 i samma dokument framgår bl.a. följande. Beräkningen av ersättningen för uppdraget (dvs. den grundersättning som framgår av avsnitt (3.1)) utgår från följande produktionsvolym per år: 13 836 792 a) tåg-utbudskilometer för utförande av trafikproduktion och därmed förknippade uppgifter, b) 731 861 multipelutbudskilometer för utförande av trafikproduktion med multipelkopplade fordon och därmed förknippade uppgifter. Den produktion som följer av antingen a-b ovan benämns grundproduktionen. Grundproduktionen (dvs. de volymer som ingår däri och fördelningen mellan dem) utgör basen vid beräkning av frivolymer enligt avsnitt 4.1.1–4.1.3. Beställaren har rätt att ensidigt besluta om förändringar av trafiken, ökning eller minskning. Om sådan förändring beslutas inom ramen för de frivolymer som anges i avsnitt 4.1 ska grundersättningen justeras, ökas eller reduceras med tillämpning av de förändringspriser som anges i avsnitt 4.2. Förändringspriserna enligt 4.2 omfattar samtliga konsekvenser för uppdraget som blir följden av volymförändringen och omfattar samtliga ökade kostnader för utförande av uppdraget som trafikutövaren kan ådra sig som en konsekvens av volymförändringen. Trafikutövaren har rätt att påkalla förhandling om förändring av grundersättningen såvitt avser tåg- och multipelutbudskilometer, dvs. annat än genom tillämpning av de förändringspriser som anges i avsnitt 4.3, förutsatt att trafikutövarens faktiskt utförda produktion av dessa, planerad och utförd enligt beställarens samlade beställningar.

Beställaren har enligt 4.1.1 och 4.1.2 bl.a. rätt att under avtalstiden förändra beställningen av tåg- och multipelutbudskilometer med en viss angiven procent eller volym utan att rätt till förhandling föreligger. I 4.2 anges bl.a. att förändringspriser för justering av grundersättningen, till följd av ökad produktion inom frivolymer (som medför höjning av grundersättningen)

respektive minskad produktion inom frivolymlerna (som medför sänkning av grundersättningen): Förändring: Ökad minskad produktion tåg- och multipelutbudskilometer, Regina och/eller ER1, Pris: summa från anbudet, Enhet: kronor/km.

Av 7.1.1 framgår bl.a. följande. Incitament används i uppdragsavtalet som ett samlingsbegrepp och inbegriper bonus (rätt till tillkommande ersättning) och/eller malus (reducering av ersättning). Med "Basnivå" avses, i förekommande fall, de kvalitetsnivåer då varken malus eller bonus utfaller. Om detta utgörs av ett procentuellt spann av kvalitetsnivåer avses med begreppet hela det spann inom vilket varken malus eller bonus utfaller. Bonus och malus beräknas i förhållande till basnivån för respektive kvalitetsfaktor och kan resultera i ökad ersättning (bonus), minskad ersättning (prisavdrag) eller avdragen ersättning (malus). Av 7.4.2 framgår bl.a. att för kvalitetsfaktorn ej utförd produktion (tåg- och multipelutbudskilometer) utgår malus om [förändringspriset per tågutbudskilometer i avsnitt 4.2 multiplicerat med två] kronor per ej utförd tågutbudskilometer samt malus om [förändringspriset per multipelutbudskilometer i avsnitt 4.2 multipliceras med två] kronor per ej utförd multipelutbudskilometer.

SJ har avseende utvärderingen av förändringspriser bl.a. anfört följande. Eftersom de förändringspriser som anges i anbudet avser både ökning och minskningar i produktionen, skapas ett starkt incitament för anbudsgivarna att sätta mycket låga eller till och med negativa förändringspriser. Utvärderingsmodellen beaktar endast förändringspriserna avseende prisökningar som betalas av Mälardalen till trafikutövarna, trots att förändringspriserna också utgör grunden för sänkningar av ersättningen vid minskad produktion. Därutöver utgör storleken på de offererade förändringspriserna grund för storleken på de vite som trafikutövaren åläggs att betala till Mälardalen om beställd produktion inte utförs. Om trafikutövaren har offererat noll kronor i förändringspriser utgår inget vite vid trafikutövarens avtalsbrott vid icke

utförd produktion. Om trafikutövaren offererat negativa förändringspriser ska Mälabs betala vite till trafikutövaren för trafikutövarens avtalsbrott vid icke utförd produktion. Anbudsgivares affärsmässiga risk att offerera en hög grundersättning tillsammans med mycket låga förändringspriser minskar också på grund av att det är mycket osannolikt i praktiken att Mälabs beställer en väsentligt ökad produktion. Detta eftersom den tillgängliga tågflottan för uppdraget samt spårkapaciteten redan utnyttjas nästintill maximalt enligt trafikplanen och produktionsvolymen. Dessutom kan Mälabs inte väsentligen öka produktionen utan att trafikutövaren enligt kontraktet har rätt att påkalla omförhandling av grundersättning m.m. Innebörden av utvärderingsmodellen är därmed att en anbudsgivare kan premieras i utvärderingen trots att anbudet i realiteten inte är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

De hypotetiska volymer som Mälabs anger för sin utvärdering av förändringspriser är vidare orealistiskt höga. SJ instämmer i Mälabs bedömning om att det inte är sannolikt att behovet av trafik kommer att minskas i Mälardalen. Det är dock realistiskt att utgå ifrån att trafikproduktionen kommer att bli lägre än den i upphandlingen angivna grundvolymen. Enligt Mälabs principtidtabell på vilken grundersättningen i upphandlingen har baserats, krävs att 47 ER1 tåg och 6 Reginatåg är i trafik samtidigt under såväl morgon och eftermiddagsrusningen. Utöver dessa behövs även fordon för bl.a. trafikreserv. Trafikreserven motsvarar normalt mellan 15–25 procent av fordonsflottan i trafiksystemen runt om i Sverige. Reserven på 15 procent är snävt tilltagen men skulle kunna vara tillräckligt såvida Mälabs inte bestämmer sig för att anpassa eller bygga om tågen med någon ny konfiguration. Sammantaget avser dessa volymer grundproduktionen enligt uppdraget, dvs. innan någon eventuell ökning av tåg- eller multipelutbudskilometer har beställts. Det är vidare osannolikt att alla Mälabs tåg får plats på järnvägsspåren ens vid den i upphandlingen angivna grundproduktionen. För att tågen ska få köra på de järnvägssträckor som

ingår i uppdraget behöver Trafikverket besluta om tilldelning av så kallade tåglägen. Någon sådan tilldelning har inte ännu skett. Mälabs principtabell förutsätter att Trafikverket undantagslöst kommer att bevilja Mälab en perfekt tidtabell. Det är mycket osannolikt att detta kommer att ske, eftersom det är en förhållandevis stor konkurrens om de tåglägen som Mälab förutsätter sig bli beviljad av Trafikverket. Mälabs tidtabell bygger vidare på snabba vändningar av tågen på flera platser. Om tidtabellen får ett påslag med endast några minuter kommer det inte att gå att köra trafiken med snabba vändningar, utan det kommer att gå åt ytterligare fordon för att köra. Även Trafikverkets rapport ”Robusthetsanalys Svealandsbanan T22” pekar på att Mälabs principtabell för uppdraget är mycket ansträngd. En tidtabell som brister i robusthet ställer förhöjda krav på en fordonsreserv för att kunna hantera högst förutsebara och sannolika störningar i trafiken. Tidtabellen kan bli mer robust genom tidstillägg, vilket kräver fler tåg för att den önskade trafikvolymen ska kunna upprätthållas. Den tillgängliga tågflottan för uppdraget utnyttjas redan nästintill maximalt vid grundproduktionen i uppdraget. Möjligheten för Mälab att beställa ökad trafikproduktion av trafikutövaren under uppdraget är således ytterst begränsad. Det betyder att Mälabs föreslagna tidtabell kommer att behöva justeras vilket leder till antingen förändrad trafik eller att fler fordon krävs för att köra den önskade trafiken. Om principtabellens hela trafikprogram genomförs kommer trafiken att öka med cirka 30 procent jämfört med den trafik som körs idag. Enligt SJ är det osannolikt att Mälab kommer kunna beställa så mycket trafik som föreslås i principtabellen, vilket avser grundproduktionen i uppdraget. Därmed framstår det som nästintill uteslutet att Mälab därutöver skulle beställa ytterligare ökad produktion av tågutbuds- eller multipelutbudskilometer under tiden uppdraget pågår. Trots detta har Mälab i utvärderingsmodellen tillmätt oproportionerligt stor vikt vid förändringspriserna. Därmed kan en anbudsgivare utan någon reell affärsmässig risk offerera mycket låga eller till och med negativa förändringspriser. Låga förändringspriser medför även minskade avdrag om

Mälab efterfrågar en minskad produktion. Vidare behöver anbudsgivaren, ju lägre förändringspriserna är, betala desto lägre viten vid icke utförd produktion. Utvärderingsmodellen kan därmed manipuleras genom att sänka förändringspriserna och samtidigt höja grundersättningen. Därmed får trafikutövaren en garanterat högre ersättning och samtidigt lägre avdrag och Mälab får därför i realiteten betala ett högre pris för vad som enligt utvärderingsmodellen framstår som ett lägre anbud. Även om Mälab har påstått att det inte lämnats anbud som har manipulerat utvärderingsmodellen, har detta inte styrkts. Utformningen av avtalsvillkoren för förändringspriserna i kombination med att ett lågt förändringspris premieras vid utvärderingen av anbudet, syftar inte till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas i upphandlingen. En utvärderingsmodell som riskerar att leda till att den upphandlande myndigheten är förhindrad att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är oförenlig med LUK.

Mälab anför bl.a. följande. Det erbjudna förändringspriset utvärderas inom utvärderingsmodellens kriterium ”totalt anbudspris” på så sätt att det erbjudna förändringspriset multipliceras med hypotetiska volymer som Mälab angivit. De hypotetiska volymerna anger viktningen av de olika delpriserna. Detta är ett vanligt förekommande sätt att utvärdera totalt anbudspris när en upphandling omfattar flera delpriser. Det har i upphandlingen erbjudits både högre och lägre förändringspriser än vad SJ erbjudit i sitt anbud. SJ:s påstående om att metoden för utvärdering av förändringspriser strider mot LUK för att dessa ligger till grund för beräkningen av både bonus och malus och att detta skulle skapa ett starkt incitament för anbudsgivarna att erbjuda låga eller till och med negativa förändringspriser är därmed felaktigt. Även om utvärderingsmodellen i något hypotetiskt scenario kan manipuleras, så som SJ angett, är detta inte ett verkligt scenario. Leverantörer som deltar i trafikupphandlingar är

seriösa aktörer som lämnar seriösa anbud och det är därför inte relevant att bedöma modellen baserat på ett hypotetiskt extremscenario.

Vidare är de trafikvolymen som uppgetts i upphandlingen satta utifrån hur Mälabs planerar att tågtrafiken ska se ut. Det finns inga planer på att beställa trafik som är lägre än grundvolymen. Mälabs bedömer att den trafikvolym som angivits som referenspunkt är den som kommer att aktualiseras under avtalsperioden. Vad avser SJ:s påstående om att det skulle vara osannolikt att Mälabs under avtalstiden skulle beställa en väsentligt ökad produktion, får Mälabs framhålla att detta påstående bygger på ett extremscenario med väsentliga ökningar. Extremscenario är inte en relevant utgångspunkt. En ökad produktion kommer att bli aktuell under avtalstiden och kan uppnås inte bara genom fler avgångar utan även genom att koppla ihop fler fordon för större kapacitet. Då är det nödvändigt att utvärdera förändringspriser i upphandlingen så att leverantörens ersättning under avtalstiden blir utsatt för konkurrens. Det kan också framhållas att frivolymer (reglerat intervall inom vilket grundvolymen kan ändras och förändringspriserna tillämpas) historiskt sett inte räckt till för den trafik som faktiskt har utförts. Det är inte heller sannolikt att behovet av trafik skulle komma att minska i Mälardalen som är en av Sveriges mest expansiva regioner. Vad gäller de faktorer som SJ beskriver som yttre begränsningar kan Mälabs konstatera att det är fullt möjligt att navigera dessa. Anbudsgivare kan planera sin verksamhet med hänsyn till fordonsreserver, lokförarbyten och regelbundet utförda underhållsåtgärder så att det går att leverera den av Mälabs beställda trafiken. Trafiken kan utformas på olika sätt och anbudsgivarna har utformat egna lösningar som gör det möjligt att realisera uppdraget. Vidare går det även att öka trafikproduktionen i högtrafik genom att köra längre tåg. En sådan ökning av trafikvolymen utöver grundproduktionen är både genomförbart och sannolikt. Den robusthetsanalys som SJ hänvisar till initierades av Mälabs för att möjliggöra den trafik som nu upphandlas. Stora delar av de förbättringsåtgärder som hänvisas till har redan genomförts i syfte att

förbättra linjens robusthet och punktlighet. Trafikverket har inte heller indikerat att Svealandsbanan riskerar att bli överbelastad. Upphandlingen har således baserats på den trafik som Mälab bedömer behövs och är möjlig att genomföra.

Inte heller det förhållande att det som i avtalet kallas malus är bestämt till två gånger det förändringspris som anbudsgivare erbjudit i sitt anbud, påverkar utvärderingsmodellens förmåga att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen. Malus utvärderas inte eftersom malus i avtalet endast syftar till att säkerställa att leverantören utför uppdraget. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i en upphandling är det anbud som medför att ett uppdrag faktiskt utförs med god kvalitet mot en konkurrenskraftig ersättning och inte det anbud som ger högst malus vid brister i utförande av uppdraget. Värdet av malus är också försumbart lågt i sammanhanget. Under ett år är det cirka 1 procent av trafiken som behöver ställas in pga. leverantörens fel, vilket då kan aktualisera malus. Även om det ur ett ekonomiskt teoretiskt perspektiv skulle vara relevant att beakta alla ekonomiska variabler så har en upphandlande enhet enligt LUK stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Eftersom värdet av malus är försumbart lågt, saknas anledning att utvärdera det särskilt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av upphandlingsdokumenten framkommer att förändringspriser tillämpas vid flera olika tillfällen. Dessa tillämpas för att bestämma ersättningen vid både ökningar och minskningar i produktionen och bl.a. för att bestämma vite till beställaren om trafikutövaren inte utför avtalad produktion. Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om detta, i kombination med att ett lågt förändringspris premieras vid utvärderingen, medför att utvärderingsmodellen kan

manipuleras och om detta har medfört att det finns risk för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte antas i upphandlingen.

Mälab har angett att de trafikvolymen som uppgetts i upphandlingen är satta utifrån hur Mälab planerar att tågtrafiken ska se ut. SJ har lämnat en noggrann redogörelse till varför det är osannolikt att Mälab beställer en ökad produktion, utöver grundproduktionen och att det är än mer realistiskt att utgå ifrån att trafikproduktionen kommer att bli lägre än den angivna grundvolymen. Även med beaktande av detta anser förvaltningsrätten att det, mot bakgrund av vad Mälab har anfört och med beaktande av att denna typ av ramavtal inte tidigare har upphandlats, inte är visat att den grundproduktion som angetts i kombination med utvärderingsmodellen för förändringspriser, ger incitament till att sätta mycket låga eller till och med negativa förändringspriser och på så sätt manipulera utvärderingen. Förvaltningsrätten finner därmed att de omständigheter som SJ har åberopat i denna del, inte visar att utvärderingen har medfört att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte har kunnat identifieras. Det finns därför inte skäl för ingripande av upphandlingen på grund av SJ:s invändning i denna del.

Skada

Även om förvaltningsrätten har kunnat konstatera att upphandlingen innehåller vissa brister i det konkurrensuppsökande skedet krävs att SJ ska kunna visa att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada av de brister som påtalats.

SJ har till stöd för att bolaget har lidit skada bl.a. anfört följande. Det kan inte uteslutas att priserna och utfallet i upphandlingen hade blivit annorlunda om upphandlingsfelen inte förelegat. SJ har begränsats att konkurrera med priset och att lämna sitt bästa tänkbara anbud. Kravet på rimliga och bärkraftiga priser och risken för att anbudet förkastats, har haft

en avhållande verkan på SJ:s prissättning i upphandlingen. Utvärderingsmodellen är vidare inte ägnad att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. SJ har fråntagits eller riskerat att fråntas möjligheten att tilldelas kontraktet i upphandlingen i verklig konkurrens med övriga anbudsgivare och har därför lidit eller riskerat att lida skada av MÄLAB:s överträdelse av LUK. Mälabs påstående om att SJ inte har lidit skada för att skillnaden mellan SJ:s anbud och det vinnande anbudet översteg SJ:s totala prissättning för lågfrekvent underhåll bygger på felaktiga premisser. På grund av att kravet på rimliga och bärkraftiga delpriser har en oklar innebörd, har alla anbudsgivare haft olika utgångspunkter vid utformningen av sina anbud. För den anbudsgivare som tolkat prissättningskravet enligt dess ordalydelse, som SJ, har det helt saknats utrymme för taktisk prissättning på grund av risken att få anbudet förkastat. För den anbudsgivare som istället har tolkat prissättningskravet som Mälab, blir utrymmet för taktisk prissättning mycket omfattande. De senare anbudsgivarna har otillbörligt gynnats på bekostnad av de förstnämnda. Prisskillnaderna mellan anbuderna från bl.a. MTR kan uppenbart i avgörande utsträckning bero på dessa bristande och olikbehandlande förutsättningarna för prissättning av anbuderna. Därutöver har delpriserna viktats felaktigt vilket har ökat sårbarheten för osund taktisk anbudsgivning, vilket ytterligare har spätt på problematiken med skilda utgångspunkter hos olika anbudsgivare om förutsättningarna för prissättning av anbud. Om upphandlingen hade genomförts på ett korrekt sätt hade förutsättningarna för att lämna anbud överlag varit annorlunda, vilket hade påverkat utformningen av samtliga anbud och därmed potentiellt vilken anbudsgivare som offererat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Det kan i sammanhanget inte heller bortses från att anbudsvärderingen även omfattade den erbjudna kvaliteten. MTR:s anbud innehöll ett samlat påslag på 80 miljoner kronor på grund av kvalitetsbrister. Den stora betydelsen som kvalitetsutvärderingen tillmättes i upphandlingen innebär att en anbudsgivare som offererat en högkvalitativ lösning hade kunnat vinna

upphandlingen även med ett betydligt högre pris än MTR. Denna omständighet ökar ytterligare sannolikheten för att utfallet i upphandlingen hade blivit annorlunda om upphandlingsfelen inte förelegat. Mälabs upphandlingsfel ger därför var för sig och i vart fall sammantaget en konkurrensbegränsande effekt och en utvärderingsmodell som inte är ägnad att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen.

Mälabs har bl.a. anfört följande till stöd för att SJ inte har lidit eller riskerat att lida skada. Prisskillnaderna mellan de olika anbuderna kan förklaras av att upphandlingen är konkurrensutsatt, vilket har resulterat i att anbudsgivarna har inkommit med fyra olika anbud som skiljer sig åt både vad gäller pris och kvalitet. Det finns därmed inget fel i upphandlingsdokumenten som orsakar skillnader i prissättningen. Det kan även noteras att MTR och en annan anbudsgivare har fått ett prispåslag om 12 respektive 8 procent på sina utvärderingspriser. Det är en rimlig andel och motsvarar hur stora dessa påslag brukar vara i dylika upphandlingar. Oavsett kvalitetspoäng i utvärderingen hade MTR:s totala utvärderingspris efter prispåslag varit lägst. SJ har endast generellt påstått att kravet på rimliga och bärkraftiga priser begränsat SJ att konkurrera med priset och lämna sitt bästa tänkbara anbud. Detta talar emellertid inte på ett konkret sätt för att det aktuella kravet försämrat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det har inte heller angetts på vilket sätt bolagets anbud skulle ha sett annorlunda ut om kravets syfte om att utvärderingsmodellen ska tas på allvar och leda till en seriös prissättning utan försök att taktisera modellen skulle ha framgått tydligare. SJ kan därför inte anses ha lidit eller kunna komma att lida skada. Inte heller prissättningen av lågfrekvent underhåll har påverkat utvärderingsresultatet då det rör sig om en relativt liten del av det totala utvärderingspriset. SJ:s pris för allt lågfrekvent fordonsunderhåll är cirka 60 miljoner medan skillnaden totalt mellan SJ:s anbud och vinnande anbud är cirka 200 miljoner. Även om SJ:s pris för lågfrekvent underhåll skulle sättas till noll kronor skulle detta inte påverka utvärderingsresultatet.

Det kan därmed konstateras att även om utvärderingsmodellen på grund av beaktande av visst lågfrekvent underhåll skulle anses mindre optimal, kan det uteslutas att vare sig SJ eller någon annan anbudsgivare lidit eller riskerat att lida skada på grund av utvärderingsmodellens utformning i detta avseende.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

När ett påstått fel i en upphandling är av sådant slag att det har påverkat det konkurrensuppsökande skedet är skaderekvisitet förhållandevis lågt ställt (jfr kammarrätten i Stockholms dom den 12 juni 2020 i mål 7398-19).

Vad avser kravet på rimliga och bärkraftiga priser har SJ gjort gällande att kravet har begränsat SJ:s möjlighet att konkurrera med priset och att lämna sitt bästa tänkbara anbud, eftersom det haft en avhållande verkan på SJ:s prissättning i upphandlingen. Med beaktande av att det saknats en definition eller annan tydlig beskrivning i upphandlingsdokumenten om vad som avses med rimliga och bärkraftiga delpriser och att Mälars gett kravet en annan innebörd än vad som framgår av upphandlingsdokumentationen, anser förvaltningsrätten att SJ:s möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud har påverkats negativt. Att det föreläggat en stor skillnad totalt mellan SJ:s anbud och vinnande anbudsgivares anbud medför ingen annan bedömning, eftersom kravet på rimligt och bärkraftigt har avsett en omfattande mängd delpriser. Kravet har därför haft en betydande påverkan på prissättningen. Även den hypotetiska viktningen av underhållsåtgärder, i kombination med det ställda kravet på att lämna rimliga och bärkraftiga priser för bl.a. samtliga underhållsåtgärder, medför att det finns en inte obetydlig risk för att utvärderingen av det totala anbudspriset inte ger ett rättvisande resultat och därmed inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att SJ i vart fall har visat att det riskerat att lida skada till följd av de angivna bristerna i det

konkurrensuppsökande skedet. Det finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen mot bakgrund av vad SJ har anfört. SJ:s ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Eva Pedersen
Rådman

Specialistföredraganden Narin Demirel 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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

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

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.