

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

DOM
2009 -07- 0 1

Mål nr
1561-09 E
Rotel 1

Hanna Petersson

Meddelad i
Linköping

SÖKANDE

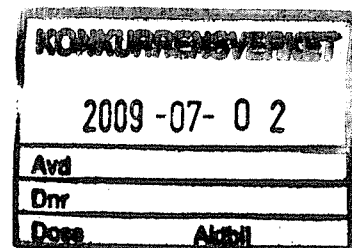
Secure State AB, 556689-2294
S:t Persgatan 19
601 86 Norrköping

MOTPART

Migrationsverket
601 70 Norrköping

SAKEN

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



Migrationsverket genomför upphandling (Dnr 22-2008-48660) gällande ramavtal för IT-konsulttjänster under en treårsperiod, med möjlighet till ett års förlängning. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling. Upphandlingen består av fem delområden, varav endast delområde fem, IT-säkerhet, är föremål för prövning i detta mål.

Migrationsverket har i tilldelningsbeslut den 7 maj 2009 antagit andra leverantörer än Secure State AB.

Secure State AB ansöker nu om överprövning av upphandlingen avseende delområde fem, IT-säkerhet, och yrkar i första hand att den aktuella upphandlingen i denna del inte får slutföras förrän rättelse har gjorts och i andra hand att upphandlingen gällande IT-säkerhet görs om.

Migrationsverket bestrider bifall till Secure State AB:s yrkande.

Länsrätten beslutade den 18 maj 2009 genom interimistiskt beslut att Migrationsverkets upphandling för IT-konsulttjänster inte får avslutas innan rätten slutligt avgör målet eller förordnar annat. I beslut den 19 maj 2009 upphävde länsrätten det interimistiska beslutet från föregående dag avse-

Dok.Id 79678

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

ende upphandlingens delområden 1-4. Det interimistiska beslutet kvarstod för delområde 5, IT-säkerhet.

DOMSKÄL

Parternas argumentation

Secure State AB har i ansökan anfört bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget (s 5-6) "Kvalitetssäkring av uppdrag" framgår att anbudsgivare ska lämna en skriftlig beskrivning av sin kvalitetssäkringsmetodik där ett antal punkter ska framgå. Det redovisas inga betygskriterier på vad som krävs för att uppnå de olika betygsstegen. I samma dokument under avsnittet "Utvärderingsmodell, Kvalitetssäkring av uppdrag 0,3" (s 14) framgår det att kvalitetssäkring av uppdrag ska utvärderas genom bedömning av inlämnad beskrivning samt referenstagning där anbudsgivarnas referenter ombeds att besvara frågan "hur väl leverantörens kvalitetssäkringsmetodik fungerade" i en femgradig betygsskala. Det framgår inte hur referenternas betyg ska summeras och inte heller framgår det hur referenternas betyg ska viktas i förhållande till Migrationsverkets subjektiva bedömning. – Av utvärderingsprotokollet (s 5-6) framgår att de flesta anbudsgivare tilldelats heltalsbetyget 3 eller 4 för utvärderingskriteriet kvalitetssäkring av uppdrag. Ingen anbudsgivare har tilldelats betyg 5 eller 1 och endast tre stycken har fått betyg 2. Som jämförelse kan nämnas att övriga kriterier (pris och genomförande av uppdrag) redovisas med två decimaler. Sålunda har Migrationsverket gjort en mycket grov bedömning av inlämnade underlag samtidigt som referenspersonernas lämnade betyg varken redovisas eller viktas i förhållande till Migrationsverkets egen bedömning. – Migrationsverket har således inte redovisat kraven för de olika betygsstegen, varken i förfrågningsunderlag, utvärderingsprotokoll eller efter begäran från Secure State AB och inte heller redovisat referenternas betygsättning, varken summerat eller i genomsnitt. Vidare har inte Migrationsverket redovisat

hur viktning har skett mellan myndighetens eget betyg på inlämnat underlag och referenternas betyg på genomförd kvalitetssäkring. Migrationsverket har därmed inte genomfört upphandlingen på ett transparent sätt för leverantörerna och därigenom brutit mot 1 kap. 9 § LOU. – På det sätt Migrationsverket genomfört upphandlingen har utvärderingskriterierna inte varit kända eller förutsägbara vilket missgynnat Secure State AB vid anbudsgivandet. Genom att inte tilldelas ramavtal har Secure State AB lidit skada enligt 16 kap. 2 § LOU då företagets tjänster främst är inriktade mot myndigheter och upphandlingen genomförts i ett strategiskt viktigt område för företaget både med avseende på geografi och upphandlande tjänster.

Migrationsverket har i yttrande anfört bl.a. följande. Verket har på ett klart och tydligt sätt i förfrågningsunderlaget redovisat hur anbudet skulle komma att utvärderas. Av s 13-14 i förfrågningsunderlaget under rubrikerna ”Anbudsprövning” och ”Utvärderingsmodell” framgår att inkomna anbud skulle komma att utvärderas med hänsyn till kriterierna pris, kvalitetssäkring av uppdrag samt genomförande, samt den inbördes viktningen mellan dessa utvärderingskriterier. Vidare framgår klart dels hur medelvärdet för offererade priser räknas fram, dels hur betygsättning sker, på vilka grunder betygsättning sker samt vilket värde som ligger till grund för viktningen vad gäller kriterierna genomförande och kvalitetssäkring. – Av förfrågningsunderlaget framgår, beträffande kriteriet genomförande, att detta utvärderas genom referenstagning genom att referenten betygssätter anbudsgivaren utifrån fem frågor redovisade i förfrågningsunderlaget. Referenten betygssätter anbudsgivaren enligt en femgradig skala där 5 är högsta betyg och 1 är lägsta. Medelvärdet av summan av betyget på de fem frågorna från de tre referenserna multipliceras med viktningstalet 0,4. – Vad gäller kriteriet kvalitetssäkring har Migrationsverket, under rubriken ”Kvalitetssäkring av uppdrag” begärt att leverantören ska beskriva sin kvalitetssäkringsmetodik för konsulttjänster och vilka uppgifter som ska finnas beskrivna. Bedömningen av kriteriet kvalitetssäkring har skett, dels genom

referenstagning där referenten betygsätter anbudsgivaren enligt en femgradig skala, på grundval av den fråga som finns redovisad i förfrågningsunderlaget, dels genom Migrationsverkets egen bedömning av inlämnad beskrivning. Medelvärdet av de tre referenternas betyg sammanförs med Migrationsverkets bedömning och åsätts ett betyg enligt samma femgradiga skala. – Migrationsverket tillbakavisar med kraft Secure State AB:s påståenden om godtycklighet och att Migrationsverket skulle ha gjort en mycket grov bedömning av inlämnade underlag eller att utvärderingsbetygen i efterhand skulle ha anpassats utifrån referenternas svar. Den betygsättning som referenterna bistått med har skett med den femgradiga skalan och betygen har bestämts av referenterna. Vidare har den bedömning Migrationsverket gjort skett med den kompetens som finns samlad på Migrationsverkets IT-avdelning och utgått från så objektiv inställning som möjligt. Någon avsikt att särbehandla någon anbudsgivare har inte funnits. – Av utvärderingsprotokollet framgår vilka betyg varje anbudsgivare erhållit för de olika utvärderingskriterierna. Secure State AB har dessutom, efter begäran, erhållit det individuella resultatet av referenstagningen samt Migrationsverkets bedömning av kvalitetssäkringsmetodiken. – Migrationsverket anför således med hänvisning till det nämnda följande. Verket har klart redovisat kraven för de olika betygsstegen, såväl i förfrågningsunderlag, utvärderingsprotokoll som efter begäran från Secure State AB. Vidare har referenternas betygsättning klart redovisats, såväl summerat som i genomsnitt. Migrationsverket har redovisat att någon viktning inte har skett mellan myndighetens betyg på inlämnat underlag och referenspersonernas betyg på genomförd kvalitetssäkring, utan att denna skett genom sådan helhetsbedömning vilken redovisats ovan. Verket gör vidare gällande att samtliga anbudsgivare ägt möjlighet att ställa frågor beträffande oklarheter i förfrågningsunderlaget, så även hur anbudsutvärderingen skulle ske. Migrationsverket har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Secure State AB kan inte anses ha lidit skada.

Secure State AB har i svaromål anfört bl.a. följande. Vad gäller utvärderingskriterierna pris och genomförande av uppdrag har bolaget inget att erinra. Däremot finns det så allvarliga brister när det gäller utvärderingskriteriet kvalitetssäkring av uppdrag att upphandlingen inte kan sägas ha genomförts på ett transparent sätt för leverantörerna. Detta grundar **Secure State AB** på att kraven för de olika betygsnivåerna inte är definierade, bedömningen har gjorts svepande samt att inbördes viktning mellan delbetygen inte framgår. – Vad gäller betygsnivåerna har Migrationsverket anfört att kraven för de olika betygen (1-5) är klart redovisade. Detta gäller dock endast referenternas bedömning. Myndighetens egen bedömning av inlämnat underlag har inga definierade krav för betygsnivåerna. Migrationsverket har heller inte redovisat sådana kravdefinitioner, varken efter begäran av **Secure State AB** eller i sitt yttrande till länsrätten. Det kvarstår flera frågor kring betygsnivåerna och svaren går inte att finna, varför bolaget drar slutsatsen att krav på betygsnivåerna inte finns och inte heller har använts i utvärderingen. Därigenom har denna utvärderingsdel inte varit transparent eller förutsägbar för anbudsgivarna. – Av de detaljerade utvärderingsprotokoll som **Secure State AB** har fått tillgång till för de nio anbud med högst totalpoäng, framgår att Migrationsverkets egen bedömning av inlämnat underlag är mycket förenklad och svepande. Det är också värt att notera att endast två av de undersökta anbuden erhållit högre genomsnittsbetyg av referenterna än **Secure State AB** när det gäller kvalitetssäkring. Trots detta har samtliga av dessa anbud utom **Secure State AB** erhållit betyg 4 vid Migrationsverkets så kallade helhetsbedömning. Med hänvisning till dessa exempel går det inte att fastställa att anbudsgivarna behandlats likvärdigt vid utvärderingen. Eftersom utvärderingskriteriet har så hög vikt i den totala utvärderingsmodellen förväntas denna bedömning vara mycket noggrant genomförd. Tyvärr är så inte fallet vilket den sammanpressande betygsstrukturen i utvärderingsrapporten visar. I stort sett alla anbud har tilldelats betyg 3 eller 4. I praktiken har detta inneburit att bör-kravet på kvalitetssäkring förvandlats till ett skall-krav på att erhålla minst betyg 4 i

Migrationsverkets egen bedömning för att komma ifråga som anbudsvinnare. Att utvärderingen skulle ske med denna grova indelning framgick inte i förfrågningsunderlaget, vilket gör att utvärderingen inte varit förutsägbar och en godtycklig bedömning kan inte uteslutas. – Avseende utvärderingskriteriet kvalitetssäkring av uppdrag består det av två delbetyg; Migrationsverkets egen bedömning samt anbudsgivarnas referenter. Den inbördes viktningen mellan dessa två betyg framgår inte av förfrågningsunderlaget och borde därför förutsättas ha lika vikt. Vverket har i stället summerat de båda betygen och sedan tilldelat ett helhetsbetyg i heltal. Genom att inte använda den viktning som förutsätts i förfrågningsunderlaget, har utvärderingen således inte skett på ett transparent sätt. – Migrationsverket har i yttrande anfört att anbudsgivarna ägt möjlighet att ställa frågor på förfrågningsunderlaget. Det är dock inte rimligt att anta att anbudsgivarna självmant ska förutse och ställa frågor kring huruvida utvärderingen kommer att ske utifrån okända kriterier om inte detta tydligt beskrivs. Det är inte heller rimligt att förvänta sig frågor kring det faktum att delar av utvärderingen dessutom kommer att göras på annat sätt än som förutsätts i förfrågningsunderlaget. – Av det sagda framkommer att Migrationsverket har brutit mot 1 kap. 9 § LOU där det framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det beräkningsexempel som Secure State AB har gjort, visar att bolaget skulle ha tilldelats ramavtal vid jämn viktning av de två delbetygen. Uträkningen visar därmed tydligt att Secure State AB har lidit skada enligt 16 kap. 2 § LOU.

Migrationsverket har i genmäle anfört bl.a. följande. Vad gäller de olika betygsnivåerna har Migrationsverket, på s 6 i förfrågningsunderlaget, redovisat vilka uppgifter som ska finnas med i beskrivningen, men inte att dessa skulle utgöra enskilda frågor vilka skulle betygsättas separat. Verket har valt att inte närmare gå in och redovisa definierade kravnivåer för de olika betygen eller viktning mellan olika uppgifter, då detta kunnat leda till

missbruk till förfång för vissa anbudsgivare då sådana kravnivåer skulle ge anbudsgivare vid handen vilka svar som efterfrågades för högsta betyg. Migrationsverket hävdar att redovisningen av villkoren för utvärderingen av kvalitetssäkringsmetoden har varit tillräcklig utan att kravet på transparens enligt LOU har åsidosatts. – Den bedömning som har gjorts av de olika anbudsgivarnas kvalitetssäkringsmetoder är grundligt utförd även om redovisningen av desamma, utifrån de kommentarer som redovisats på blanketten, är något tunn. Verket har inget egenintresse av att inte behandla de olika anbudsgivarna likvärdigt. Det har vidare klart framgått vilken betygsstruktur som skulle användas även för Migrationsverkets egen bedömning, då en annan betygsstruktur hade kunnat leda till snedvridning av konkurrensen. Att så höga betyg har utdelats till merparten av anbudsgivarna beror på att dessa har lämnat beskrivningar av kvalitetssäkringsmetoder som varit av hög kvalitet och inte en avsikt från Migrationsverkets sida att ”urvattna” utvärderingskriteriets betydelse i upphandlingen. – Avseende viktning av delbetygen medger Migrationsverket att det inte har redovisats det sätt på vilket viktning har skett mellan Migrationsverkets egen bedömning och referenternas betyg. Verket bestrider dock att beräkning borde ske på det sätt som Secure State AB redovisat i det beräknings-exempel bolaget har presenterat.

Secure State AB har i svaromål anfört bl.a. följande. Att, såsom Migrationsverket har gjort, inte öppet redovisa kravnivåer för de olika betygen, och inte ens i efterhand kunna redogöra för villkoren för ett visst betyg, kan knappast innebära att upphandlingen genomförts på ett transparent sätt. – I sitt svar anför Migrationsverket att bedömningen av inlämnade beskrivningar har gjorts grundligt men att redovisningen ”är något tunn”. Secure State AB finner det anmärkningsvärt att en redovisning av sådan kvalitet fått ligga till grund för en i praktiken helt utslagsgivande poängsättning. – Eftersom viktning mellan Migrationsverkets egen bedömning och referenternas betyg inte framgår av förfrågningsunderlaget, borde det vara rimligt

att anta att delbetygen tilldelas lika vikt. Genom att inte använda den utvärderingsmodell som förutsätts i förfrågningsunderlaget är bolagets uppfattning fortfarande att Migrationsverket har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, samt att bolaget har lidit skada enligt 16 kap. 2 § samma lag.

Lagtext m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § LOU anges 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.

I RÅ 2002 ref. 50 har Regeringsrätten uttalat bl.a. följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas, vilket också följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsägbarhet 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.

I Kammarrätten i Sundsvalls dom den 28 mars 2006 i mål nr 344-06 uttalade rätten bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget är så klart och tydligt att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt, även om de inte därmed exakt kan avgöra hur de ska utfor-

ma sitt anbud för att senare vid prövning rangordnas som den som bäst uppfyller kriterierna i utvärderingsmodellen. De gemenskapsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling har därmed tillgodosetts.

Länsrätten gör följande bedömning.

Anbudet i aktuell upphandling har utvärderats med hänsyn till kriterierna pris, genomförande samt kvalitetssäkring av uppdrag. Det är kriteriet kvalitetssäkring av uppdrag som nu är föremål för prövning. Secure State AB gör gällande att det i förfrågningsunderlaget inte står beskrivet hur utvärderingen av anbudet avseende kvalitetssäkring av uppdrag kommer att ske, varför upphandlingen strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Enligt Secure State AB är kraven för de olika betygsnivåerna inte definierade. Referenspersonernas betygsättning har inte redovisats. Migrationsverket har inte heller redovisat hur viktningen mellan Migrationsverkets bedömning och referenternas betygsättning har skett. Secure State AB anser vidare att bedömningen har gjorts svepande.

Av handlingarna i målet framgår att leverantörerna har fått lämna en beskrivning av sin kvalitetssäkringsmetodik för konsulttjänster. Tre referenter har vidare betygssatt varje leverantör avseende kvalitetssäkring. Migrationsverkets bedömning av lämnad beskrivning samt referenternas betyg har sedan sammanvägda genererat ett av Migrationsverket fastställt betyg på skala 1-5 för kriteriet kvalitetssäkring av uppdrag.

Av förfrågningsunderlaget följer fem punkter som ska ingå i leverantörernas beskrivning av kvalitetssäkringsmetodik för konsulttjänster. Länsrätten finner att förfrågningsunderlaget är så tydligt utformat, att det framgår vad Migrationsverket tillmäter betydelse i upphandlingen och kriterierna torde av leverantörerna ha tolkats på samma sätt. (Jfr. RÅ 2002 ref 50 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 28 mars 2006 i mål nr 344-06).

Vad gäller betygskraven har Migrationsverket vidare i förfrågningsunderlaget beskrivit att betyg kommer att sättas enligt en femgradig skala, där 1 motsvarar acceptabelt, 3 bra och 5 mycket bra. En mer ingående kravspecifisering av vad som krävs för att erhålla respektive betyg torde enligt länsrättens mening inte ha föranlett Secure State AB att lämna en annan beskrivning än vad bolaget nu har gjort, då det kvalitetssäkringsarbete som Secure State AB har att beskriva i upphandlingen är detsamma oavsett vilka betygskrav som gäller. Länsrätten anser inte heller att det kan göras någon invändning mot hur referenternas betyg har inverkat på det av Migrationsverket fastställda betyget för kvalitetssäkring av uppdrag. Att någon viktning mellan Migrationsverkets bedömning och referenternas betyg skulle ske framgår inte av förfrågningsunderlaget, i synnerhet inte att viktning skulle ske på ett sådant sätt som Secure State AB synes ha förutsett. Med hänsyn härtill finner länsrätten att den helhetsbedömning som Migrationsverket har genomfört går i linje med förfrågningsunderlaget.

Vad gäller bolagets argument att Migrationsverkets bedömning har skett svepande, kan länsrätten konstatera att betygsättning av ifrågavarande slag ofrånkomligt vilar på en betydande grad av skönsmässighet. Vid upphandling av produkter och tjänster där utvärderingen måste vila på skönsmässiga bedömningar, som i detta fall, får den upphandlande enhetens bedömning godtas, om det inte finns uppenbara skäl däremot (jfr. Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2009 i mål nr 5-09). I detta fall finns, enligt länsrättens mening, inte särskilda skäl att frångå de av Migrationsverket gjorda bedömningarna.

Mot bakgrund av vad som ovan anförts, finner länsrätten att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget har kunnat skapa sig en tillfredsställande bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det kan genom vad Secure State AB har åberopat inte anses visat

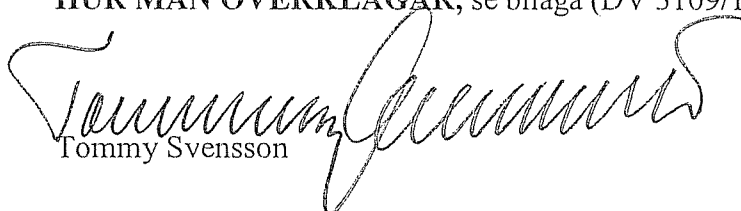
att det föreligger någon överträdelse av bestämmelserna i LOU. Secure State AB:s ansökan ska därmed avslås.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan från Secure State AB.

Länsrättens interimistiska beslut den 18 och 19 maj 2009 upphör därmed att gälla.

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


Tommy Svensson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.