

**LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN**

DOM
2009-08-07
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1271-09E
Rotel 1

KONKURRENSVERKET	
2009-08-10	
Avd	
Rotel	
Besök	Aktbil

SÖKANDE

Öhrlings PriceWaterhouseCoopers AB, 556029-6740
Box 59, 971 03 Luleå

Ombud: Anita Lundgren, Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB
Box 59, 974 42 Luleå

MOTPART

Filmpool Nord AB,
Kronan A2, 974 42 Luleå

SAKEN

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

Filmpool Nord AB, har genomfört en öppen upphandling enligt LOU avseende – Upphandling av följeforskare för projekt Filmpool Nord Development – i vilken enligt tilldelningsbesked den 18 juni 2009 som leverantörer antagits Luleå Tekniska Universitet (LTU).

Öhrlings PriceWaterhouseCoopers AB, (ÖPwC) begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att länsrätten måtte besluta att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse gjorts i form av ny utvärdering av inkomna anbud efter det att LTUs anbud uteslutits från utvärderingen då LTU inte uppfyller samtliga skall-krav enligt förfrågningsunderlaget. ÖPwC yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. ÖPwC yrkar vidare att länsrätten genom interimistiskt beslut skall förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Till stöd för sin talan anför ÖPwC följande. ÖPwC gör gällande att den genomförda utvärderingen av inkomna anbud står i strid med principerna om transparens och likabehandling och att upphandlingen därför inte har genomförts på ett rättsenligt sätt samt att det vinnande anbudet inte uppfyller samtliga skall-krav och därmed inte borde ha godkänts i kvalificeringsfasen av upphandling-

Dok.Id 58681

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849 971 26 Luleå	Skeppsbrogatan 41	0920-29 54 90 E-post: lansratteninorrboten@dom.se http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottnens_lan/	0920-29 54 98	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-16:00

en. Överträdelserna medför att ÖPwC lider eller kan komma att lida skada om den pågående upphandlingen fullföljs. Till utveckling av sin talan anför ÖPwC bl.a. följande. - Filmpool Nord inbjöd genom förfrågningsunderlag till anbudsgivning avseende upphandling av *följeforskare för projekt Filmpool Nord Development*. Upphandlingen sker som offentlig upphandling enligt de krav Tillväxtverket har för EU-finansierade projekt. Upphandlingen genomförs, enligt Förfrågningsunderlaget, som ett öppet förfarande där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Filmpool Nord har i förfrågningsunderlaget använt sig av följande utvärderingskriterier: - Bedömning av hur väl leverantören uppfyller kravprofilen, inklusive beskrivning av leverantörens förslag på upplägg, maximalt 4 p. - Bedömning av referensuppdrag med utgångspunkt från de krav och beskrivningar som nämns i kravspecifikationen/uppdragsbeskrivningen, maximalt 3p. - Anbudets pris, maximalt 3 p, där lägst pris ger högsta poäng. Vidare anges som skall-krav i förfrågan bl.a. att: Anbudsgivaren ska ange följande priser:

- pris per timme.
- pris för utförande av uppdraget, utom kostnader för resor. Dessa kostnader står Filmpool Nord Development för. Färdmedel ska väljas som efter förutsättningarna, är det mest miljövänliga och ekonomiskt fördelaktiga.
- ett totalpris som skall inkludera samtliga med uppdraget förenade kostnader. Om inte annat anges betraktar Filmpool Nord Development det offererade priset som inkluderande samtliga med uppdraget förenade kostnader.

Det framgår inte närmare av förfrågningsunderlaget hur utvärderingen av utvärderingskriterierna kommer att gå till, t.ex. vad gäller de olika prisuppgifter som begärs, och det framgår heller inte av underlag från utvärderingen hur utvärderingen har gjorts. Den använda utvärderingsmetoden ger därför ett alltför stort utrymme för godtyckliga bedömningar vilket också framgår av den gjorda utvär-

deringen. Film pool Nord har på ett ofullständigt och felaktigt sätt utvärderat priskriteriet, vilket lett till en felaktig anbudsutvärdering. Detta framgår genom att av de angivna tre prisförfrågningarna har LTU i sitt anbud endast besvarat två. Angående kravet att ett totalpris ska lämnas ”som skall inkludera samtliga med uppdraget förenade kostnader. Om inte annat anges betraktar Film pool Nord Development det offererade priset som inkluderande samtliga med uppdraget förenade kostnader”, har LTU inte lämnat något svar men uppger i stället att ”I priset ingår inte kostnader för resor och omkostnader för workshops eller andra sammandragningar”. LTU lämnar således heller ingen prisuppgift separat för dessa kostnader. LTU:s anbud har därmed inte uppfyllt skallkraven i upphandlingen och skulle således ej ingått i utvärderingsfasen av anbuden, utan borde ha uteslutits från upphandlingen. Genom att LTU inte anger ett totalpris inkl ”samtliga med uppdraget förenade kostnader”, och tydligt med sin skrivning markerar dels att det finns omkostnader samt att man ej accepterar att Film pool Nord inräknar dessa omkostnader i det angivna priset för följeforskningen, finns inga grunder för att utvärdera LTU:s prisnivå relativt övriga anbudsgivare. I vart fall inte jämfört med ÖPwCs anbud vilket innehåller såväl timpriser som ett totalpris exklusive omkostnader och ett totalpris inklusive i ”samtliga med uppdraget förenade kostnader”. ÖPwC:s pris är lägre än LTU:s. LTU:s pris för Uppdraget exklusive resor och omkostnader uppgår till 862.155 kr medan ÖPwC:s pris för motsvarande tjänst uppgår till 855.400 kr. Trots detta har LTU erhållit högsta möjliga poäng (3) i utvärderingen av pris medan ÖPwC har erhållit lägsta poäng (1). På en direkt fråga till den ansvarige på Film pool Nord om detta uppgavs att skälet var att LTU:s genomsnittliga pris per timme är lägre än ÖPwC:s. Detta är i och för sig korrekt men har i sammanhanget ingen betydelse eftersom LTU inte har svarat på alla delar i prisfrågan och det då är omöjligt att bedöma och poängsätta deras totalpris. Såväl ÖPwC som LTU har fått maximal poäng i utvärderingen avseende övriga utvärderingskriterier. ÖPwC menar därför att det ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” är lämnat av ÖPwC och att detta anbud borde ha antagits även om LTU hade uppfyllt skallkraven angående begärda prisuppgifter. Det saknas enligt ÖPwC:s mening grund för att värdera ÖPwC:s pris

till endast en poäng i anbudsutvärderingen. - Beträffande Filmpool Nords hantering av bör-krav måste särskilt noteras hur Filmpool Nord har utvärderat anbudet i förhållande till följande bör-krav som fanns med i förfrågningsunderlaget:

- Anbudet bör innehålla en lista över erfarenheter från tidigare referensobjekt. Dels genom beskrivning av respektive referensobjekt, dels vilka roller och aktiviteter konsulten haft och genomfört i varje objekt.
- Anbudet bör innehålla konsultens referenspersoner avseende referensprojektet. Filmpool Nord Development förbehåller sig rätten att kontakta uppgivna referenspersoner. Referenserna beskrivs med aktuellt referensprojekt, namn, kontaktuppgifter och konsultens roll/genomförd aktivitet i projektet.

Då ett av utvärderingskriterierna (värt maximalt 3 poäng) är, Bedömning av referensuppdrag med utgångspunkt från de krav och beskrivningar som nämns i kravspecifikationen/uppdragsbeskrivningen, torde dessa bör-krav i praktiken kunna ses som skall-krav. LTU:s anbud saknar en tydlig beskrivning av referensuppdrag och helt och hållet referenspersoner och övriga efterfrågade referensuppgifter för de offererade konsulterna. LTU:s anbud uppfyller därmed inte kraven i upphandlingen som de kan utläsas av utvärderingskriteriet och LTU borde således inte ha kunnat uppnå högsta poäng i utvärderingen av detta kriterium.

Länsrätten har den 26 juni 2009 beslutat att Filmpool Nord AB inte får avsluta upphandlingen innan något annat har beslutats.

Filmpool Nord AB, Filmpoolen, anger i sin inställning att bolaget bestrider ÖPwCs yrkanden i sin helhet, samt anför bl.a. följande. Om länsrätten finner att det förekommit fel i upphandlingen och dessa felaktigheter berör utvärderingen vore det tillfyllest att utvärdering görs om i sin helhet. I andra hand om det föreligger fel i själva förfrågningsunderlaget kan detta endast läkas genom att upphandlingen görs om. Filmpoolen anser att ÖPwC inte har lidit skada för det fall att det förekommit fel i de avseenden som ÖPwC gör gällande, eftersom det rätteligen skulle ha erhållit lägre poäng såvitt avser krav/upplägg. I LTUs anbud anges timpriser samt att det totala priset skulle uppgå till 862 155 kr. Enligt Filmpoolens uppfattning uppfyller LTUs utformning av anbudet ställt krav.

LTUs anbud innebär ett totalpris om 862 155 kr innebärande att det anbudet redan av det skälet var berättigat till bästa poäng. ÖPwCs anbud på 935 400 kr hörde till de högre anbudena. Vid en bedömning av det genomsnittliga timpriset kan konstateras att ÖPwC också i detta avseende hade en timtaxa som också det var i det högre skiktet. På grund av Tillväxtverkets tillsyn är det inte möjligt att endast titta på totalpriset, utan hänsyn måste även tas till hur många timmar varje anbuds totalpris omfattar. Tillväxtverket har gett ut rekommendationer för hur många timmar en följeforskare skall lägga ner på ett projekt av detta slag. Filmpoolen vidhåller att poängsättningen är relevant och korrekt. Bedömningen vid utvärderingen av hur anbudsgivarna uppfyller de efterfrågade behoven har gjorts på basis av de efterfrågade uppgifterna. LTU har utförligt redogjort för de medverkande konsulternas kunskaper och erfarenhet av projekt och arbetsuppgifter som Filmpoolen kunna bedöma som relevanta. De angivna konsulterna uppfyllde väl de krav som kunde ställas för att kvalificeras för de erhållna poängen. I förfrågningsunderlaget anges att följeforskaren skulle ha erfarenhet av genusfrågor. Det kravet ska gälla för följeforskaren. I det fall det anvisas flera följeforskare, t.ex. i ÖPwCs offert sex följeforskare, uppfyller de inte kravet för alla följeforskare. Den ende med genusperspektiv är en konsult som inte ska vara verksam som följeforskare utan som stöd med väldigt liten tidsinsats. Frågan är om det dessutom bort medföra att skall-kravet inte var uppfyllt. ÖPwC borde rätteligen ha erhållit lägre poäng. Det kan ifrågasättas om inte ÖPwC skulle ha uteslutits.

I genmäle vidhåller ÖPwC sin talan samt anför bl.a. följande. Av Tillväxtverkets anvisningar för följeforskning framgår tydligt att följeforskaren förväntas delta i konferenser, seminarier m.m. aktiviteter som Tillväxtverket anordnar kopplade till pågående följeforskning i olika EU-projekt runt om i landet. Dessa aktiviteter genomförs som regel i Stockholm eller dess närhet. Därmed uppstår tillkommande kostnader i form av resor och andra omkostnader. Då LTU "friskrivit" sig från att dylika kostnader ingår i deras anbud finns inget fullständigt pris från LTU att utvärdera, och LTU skulle därmed ha uteslutits ur utvärderingen. Att hävda att det står i anbudet att Filmpool Nord ska betala eventuella reskostnader är också irrelevant då det är så att beställaren betalar för konsultens kostnader. Antingen

genom att kräva att t.ex. reskostnader ska inkluderas i priset i övrigt eller att de ska anges separat. ÖPwC har i enlighet med prisförfrågan angett dessa kostnader separat. LTU har hävdats att kostnaderna inte ingår i priset. - Beträffande förändrad utvärdering – Att i efterhand förändra sin utvärdering av anbud är i och för sig möjligt men ytterst ovanligt och kräver att nya uppgifter/omständigheter tillkommit som den upphandlande myndigheten inte kunde ta hänsyn till vid den första utvärderingen. Filmpool Nord visar inte att några sådana omständigheter föreligger utan deras resonemang om förändrad utvärdering tycks helt saklig grund.

Filmpoolen anför i yttrande bl.a. följande beträffande frågan om LTU's anbud uppfyller ställda skall-krav angående pris. I förfrågningsunderlaget har inte efterfrågats pris för deltagande i konferenser, seminarier m.m. Om sådana eventuella sammandragningar medför ytterligare kostnader för uppdragstagaren antas de ingå i det offererade timpriset. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att priset ska anges exklusive resor, då Filmpool Nord Development står för dessa. Det har också tydligt angetts att Filmpoolen kommer att tolka det offererade priset som ett totalpris. När det gäller påståendet om förändrad utvärdering framhåller Filmpoolen att den har gjort endast en utvärdering av anbudet, vilken framgår av det lämnade tilldelningsbeslutet.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket an-

bud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur sådana kriterier som avses i 1 § kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilken anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioriteringsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioriteringsordning ska anges i 1. annonsen om upphandlingen, 2. förfrågningsunderlaget, eller i 3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Av 16 kap. 2 § LOU framgår att 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förfrågningsunderlaget avseende nu aktuell upphandling anges under rubriken - Obligatoriska krav - Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal obligatoriska "skall-krav". Dessa är markerade med fetstil. Förutsättningen för att ett anbud skall kunna utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på anbudsgivaren som anbudet, efterfrågad tjänst och angivna avtalsvillkor. - Under rubriken -Anbudspriser - anges följande: "Alla priser **skall** anges i

svenska kronor (SEK) exkl mervärdesskatt. Anbudsgivaren ska ange följande priser:

- pris per timme.
- pris för utförande av uppdraget, utom kostnader för resor. Dessa kostnader står Filmpool Nord Development för. Färdmedel ska väljas som efter förutsättningarna är det mest miljövänliga och ekonomiskt fördelaktiga.
- ett totalpris som skall inkludera samtliga med uppdraget förenade kostnader.

Om inte annat anges betraktar Filmpool Nord Development det offererade priset som inkluderande samtliga med uppdraget förenade kostnader.”

Beträffande utvärdering av anbud anges i förfrågningsunderlaget att Filmpool Nord Development kommer att välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt följande kriterier och poängsättning: kvalitet 70 %, pris 30 %. Utifrån en maximal anbuds nivå om 10 poäng värderas inkomna anbud med poängfördelning - Bedömning av hur väl leverantören uppfyller kravprofilen, inklusive beskrivning av leverantörens förslag på upplägg, maximalt 4 p. – Bedömning av referensuppdrag med utgångspunkt från de krav och beskrivningar som nämns i kravspecifikationen/uppdragsbeskrivningen. Maximalt 3 p. - Anbudets pris, maximalt 3 p, där lägst pris ger högsta poäng.

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten konstaterar att av transparens - och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmodell skall ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag.

De rättsprinciper som anges i 1 kap. 9 § LOU omfattar således ett krav på förutsebarhet. Det innebär att prövning och utvärdering skall ske samt kontrakt tilldelas på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget.

Länsrättens prövning enligt LOU utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. ÖPwC gör gällande att LTUs anbud inte uppfyller samtliga skall-krav i och med att LTU inte har svarat på alla delar i prisfrågan och det då är omöjligt att bedöma och poängsätta LTUs totalpris och att LTUs anbud inte borde ha godkänts i kvalificeringsfasen av upphandlingen. ÖPwC anför vidare att det inte framgår närmare av förfrågningsunderlaget hur utvärderingen av utvärderingskriterierna kommer att gå till, t.ex. vad gäller de olika prisuppgifter som begärs, och det framgår heller inte av underlag från utvärderingen hur utvärderingen har gjorts samt att den använda utvärderingsmetoden och den av Film-poolen genomförda utvärderingen även i övrigt står i strid med principerna om transparens och lika behandling.

Länsrätten anser att det som ÖPwC anført om LTUs anbud beträffande prisfrågan inte visar att det föreligger grund för att förkasta LTUs anbud på grund av bristande uppfyllelse av de **skall** – krav som anges i förfrågningsunderlaget beträffande prisfrågan. Länsrätten finner dock att såsom förfrågningsunderlaget är utformat beträffande krav på uppgifterna om pris, särskilt vad gäller uppgifterna om vilka kostnader för resor skall eller inte skall ingå i pris för utförande av uppdraget och/eller i totalpriset, är oklara och otydliga. Därtill kommer att det inte heller närmare framgår av förfrågningsunderlaget hur utvärderingen av de begärda prisuppgifterna kommer att ske. Länsrätten anser således att den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmodell i den aktuella upphandlingen har i förfrågningsunderlaget utformats så oklart att anbudsgivarna inte med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ha kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud beträffande prisfrågan. Länsrätten finner härmed att

förfrågningsunderlaget har sådana väsentliga brister med avseende på transparens och likabehandling att upphandlingen måste göras om.

Filmpool Nord ABs förfarande strider mot de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsägbarhet och transparens och därmed mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Det kan inte uteslutas att denna omständighet påverkat hur Öhrlings PriceWaterhouseCoopers AB utformat sitt anbud och att Öhrlings PriceWaterhouseCoopers AB därigenom kunnat lida skada på grund av det. Skäl till ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU finns därmed.

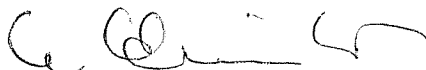
Länsrätten anser att det med hänsyn till att bristerna i Filmpool Nord ABs upphandlingsförfarande delvis är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande och prispåverkande skede skall upphandlingen göras om.

Länsrätten noterar – till följd av utgången i målet – att domen även innebär ett omedelbart förbud för Filmpool Nord AB att fortsätta upphandlingen (jfr RÅ 2005 ref. 17).

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Öhrlings PriceWaterhouseCoopers ABs ansökan om överprövning och förordnar att Filmpool Nord ABs upphandling avseende - Upphandling av följeforskare för projekt Filmpool Nord Development - skall göras om.

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


R Hirvelä



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om 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.