



FÖRVALTNINGSRÄTTEN DOM
I LINKÖPING
2010 -04- 1 2
Meddelad i
Linköping

Sida 1 (11)

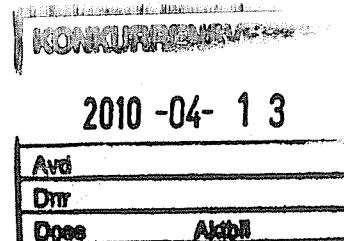
Mål nr
2381-10
Rotel 2

SÖKANDE
B3IT Management AB, 556606-3300
Box 1218
164 28 Kista

Ombud:
Advokat Johan Kennemyr
Jur.kand. Jessica Eijvergård
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART
Länsstyrelsen i Östergötlands län
581 86 Linköping

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

Rättens beslut den 25 februari 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 4639

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

YRKANDEN M.M.

Länsstyrelsen i Östergötlands län (nedan länsstyrelsen) genomför en upphandling avseende ”Konsultinsatser vid införande av Rakel” (Radiokommunikation effektiv ledning), Dnr 114-31803-09. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt 4 kap LOU.

Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud kommit in. Samtliga bedömdes uppfylla ställda skall-krav. I tilldelningsbeslut den 16 februari 2010 antog länsstyrelsen anbud från annan anbudsgivare än B3IT Management AB (bolaget).

Bolaget begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs, varvid bolaget ska tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget åberopar länsstyrelsens administrativa föreskrifter och upphandlingsrapport inklusive tilldelningsbeslut.

Förvaltningsrätten beslutade den 25 februari 2010 interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan rätten annat förordnat.

Länsstyrelsen bestrider bifall till bolagets talan och yrkar att inhibitionsbeslutet ska upphävas.

SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Utredning

Av länsstyrelsen **administrativa föreskrifter, Anbudsutvärdering fas 3, punkt 5.4**, framgår bl.a. följande. Anbudsvärderingen omfattar följande moment och bedöms mot ställda krav. Begärda uppgifter enligt kvalifice-

ringsfas 2 samt lämnade anbudssvar ska visa att anbudsgivaren har kapacitet och förmåga att genomföra uppdraget.

- **Pris Sk15 i svarsformulär** **40 poäng**
- **Uppfyllande och accept av kontrakt** **20 poäng**
För varje avsteg minskas poängen med 10 %
- **Position Sk11 till och med Sk14** **40 poäng**
 - Mycket bra 35-40 poäng
 - Bra 30-34 poäng
 - Mindre bra 25-29 poäng
 - Övriga får 0 poäng
- **Maxpoäng** **100 poäng**

Länsstyrelsen kommer att anta den anbudsgivare som bäst uppfyller ovanstående kriterier och lämnar det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vidare framgår det att anbuden ska vara bindande till och med den 28 mars 2010. Vidare upplyses anbudsgivarna om att tilldelningsbeslut fattas efter att utvärderingen är gjord och att kontrakt kommer att skrivas när tiden för överprövning löpt ut och endast under förutsättning att inte förvaltningsrätten meddelar att åtgärder ska vidtas enligt 16 kap. 2 § LOU.

Av länsstyrelsen **upphandlingsrapport** framgår bl.a. att samliga anbudsgivare uppfyllde ställda skalkrav i steg 1 och 2 av prövningen. Utvärderingskriterierna är de som ställts upp i de administrativa föreskrifterna och poängstegen är desamma.

Bolaget anför i huvudsak följande. Länsstyrelsen har brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Bolaget lider sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LOU till följd av de felaktigheter som

upphandlingen är behäftad med, eftersom de inte tilldelats det aktuella upphandlingskontraktet.– Länsstyrelsen skulle rätteligen ha tillämpat den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen med de däri angivna poängnivåerna. Om länsstyrelsen utgått från dessa förutsättningar hade bolagets anbud varit det vinnande. – Genom att vid utvärderingen ge bolagets anbud en poäng som överhuvudtaget inte angetts i förfrågningsunderlaget bryter länsstyrelsen mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. – Länsstyrelsen har i utvärderingen underlåtit att tillämpa den i förfrågningsunderlaget angivna poängsättningen avseende Position Sk11 till och med Sk14. Efter att anbuden kommit in, har förfrågningsunderlaget ändrats genom att en helt ny poängnivå, 15 poäng, som vare sig kan utläsas av förfrågningsunderlaget eller framgått på något annat sätt under upphandlingen, lagts till. – Förändringen, som varit såväl otillåten enligt gällande lagstiftning, som omöjlig för anbudsgivarna att förutse, har varit direkt avgörande för den felaktiga tilldelningen av kontraktet. Bolaget är dessutom den enda anbudsgivaren som getts poäng enligt den nya otillåtet tillagda nivån, och har därigenom blivit utsatt för negativ särbehandling till förmån för annan leverantör. – Bolaget har endast fått 15,00 poäng avseende momentet ”Övriga faktorer 1 Pos 11-14”. Maxpoängen för detta moment var 40,00 poäng. Avseende de övriga momenten har dock bolaget i utvärderingen erhållit högsta möjliga poäng, 40,00 för moment ”Ersättning Pris” och 20,00 för moment ”Övriga faktorer 3 Accept kontrakt”. I länsstyrelsens utvärdering har bolaget således fått en totalpoäng om 75,00 och därmed hamnat på tredje plats bland anbudsgivarna. – Det följer klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att den lägsta poäng som kan ges ett anbud för moment ”Övriga faktorer 1 Pos 11-14” är 25. Länsstyrelsen har därför agerat i strid med LOU och gemenskapsrätten när de endast gett bolaget 15,00 poäng. Om de hade tillämpat utvärderingsmodellen enligt förfrågningsunderlaget hade utfallet för bolaget blivit 85,00 poäng vid sämsta möjliga scenario. Den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, fick endast en sammanlagd totalpoäng om 84,05 po-

äng. Detta innebär att en korrekt utvärdering av bolagets anbud resulterat i att bolagets anbud rätteligen varit det vinnande och ekonomiskt mest fördelaktiga. – Efter det att tilldelningsbeslutet meddelades har länsstyrelsen uppgett att det fanns en skala mellan 0,00 och 25,00 poäng för Position Sk11 till och med Sk14 och att bolagets anbud skulle erhålla 15,00. Förfrågningsunderlaget ger inte något utrymme för den tolkning av poängnivåerna som i efterhand gjorts gällande. De poängnivåer som uppställs i förfrågningsunderlaget och som länsstyrelsen i enlighet med LOU är bunden att hålla sig till är i) 35-40, ii) 30-34, iii) 25-29, eller iv) 0,00. Någon nivå motsvarande 0-25 poäng har däremot aldrig uppställts och kan därför inte tillämpas inom ramen för upphandlingen. – Länsstyrelsen har frångått förfrågningsunderlaget och, helt oförutsägbart, skapat en ny, lägre poängnivå vars tillämpning fått som direkt följd att bolaget inte fått den högsta totalpoängen i utvärderingen. Denna väsentliga och otillåtna förändring, som har genomförts efter anbudstidens utgång, har fått till följd att annan anbudsgivares anbud och inte bolagets ansetts som det ekonomiskt mest fördelaktiga. De närmare detaljerna kring avsikten med denna förändring och vilken betydelse som de facto tillmäts därmed är oklart. Detta kan inte utläsas vare sig av förfrågningsunderlaget eller någon annan information som innan anbudstidens utgång tillställts anbudsgivarna. – Att bolagets anbud uppfyller kriterierna för att överhuvudtaget få poäng i utvärderingen av det aktuella momentet torde vara ostridigt. Om så inte hade varit fallet hade bolaget fått 0,00 poäng, vilket hade varit felaktigt. Bolagets anbud skulle för detta moment ha erhållit högsta möjliga poäng, dvs. 40. Istället för att rätteligen hamna på första plats i utvärderingen har bolaget på grund av den felaktiga poängsättningen hamnat först på tredje. Upphandlingen står i uppenbar strid med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om förutsägbarhet och transparens. Omständigheterna eller kriterierna för att erhålla 15,00 poäng, i moment ”Övriga faktorer 1 Pos 11-14” eller i övrigt, kunde inte förutses av någon av anbudsgivarna med ledning av underlaget. – Avsteget från förfrågningsunderlaget står i strid med den grund-

läggande gemenskapsrättsliga principen om likabehandling, eftersom den tilltänkte anbudsgivaren härigenom uppenbarligen gynnats på bolagets bekostnad. Därtill är bolaget den enda leverantör för vilken ifrågavarande avsteg tillämpats.

Länsstyrelsen anför bl.a. följande. Det fordras att anbudsgivaren uppfyller samtliga uppställda skall-krav för att kunna antas som leverantör. – I utvärderingen prövas av anbudsgivaren föreslagen metod för utförande av kontraktsföremålet och de resurser som krävs och som är tänkt att avsättas, dvs. teknisk kapacitet, kompetens samt personal. Anbudsgivaren har även att redovisa sin avsikt att i den eventuella framtida leveransen tillämpa etablerade metoder och rutiner för att säkerställa god kvalitet. Anbudsgivaren ska slutligen redovisa vilket kvalitetssäkringssystem som ska tillämpas. – I förfrågningsunderlaget förklaras hur bedömningen av omständigheterna kommer att genomföras. Ett ”tröskelvärde” (en viss lägsta kvalitet) måste uppfyllas. Den anbudsgivare som inte uppnår minst 25,00 poäng kan inte anses uppnå uppställda kvalitetskrav. – Av punkten 5.3, Anbudsvärdering Fas 3, framgår att betyg kan delas ut från 00,00 till 40,00 poäng. Ett anbud vars kvalitetspoäng understiger ”tröskelvärdet” 25,00 poäng kan inte godkännas och de facto inte vinna kontraktet. Värden i spannet mellan 00,00 och 24,99 poäng bedöms vara otillräckliga för att dela ut någon poäng alls.– Bolagets redovisning har vid utvärderingen inte bedömts till högre än 15,00 poäng. Bolaget uppfyller därmed inte de minimikrav som uppställts i Position Sk11 till och med Sk14 och tilldelades därför noll utvärderingspoäng i enlighet med förfrågningsunderlaget. – Bolaget har uppenbarligen inte bedömt arbetsinsatsen för att lösa uppdraget på det sätt som beskrivits i förfrågningsunderlaget. De andra tre anbudsgivarna som skickat in offerter har inte uppfattat tidsaspekterna på samma sätt som bolaget. Samtliga företag som svarat på anbudsfrågan gavs möjlighet att förtydliga sina offerter. Tre av dessa bedömde arbetsinsatsen uppgå till mellan 2 400 och 5 800 timmar medan bolaget bedömde sin arbetsinsats

till 1 220 timmar. Länsstyrelsens bedömning är att arbetsinsatsen kräver mer än 2 200 timmar. Bolagets anbud är därmed otillräckligt och motsvarar inte uppställda krav beträffande nödvändiga arbetsinsatser. Anbudet uppfyller därmed inte villkoren för att tilldelas minimipoängen 25,00 i detta utvärderingskriterium. I förhållande till vad de tre andra företagen presenterat har bolaget i anbudet redovisat arbetsmetodik för att utarbeta ”lednings – och samverkansanalyser” och ”operativa kommunikationsplaner” på ett kvalitetsmässigt olämpligt sätt. Bolaget har offererat ett fåtal, förhållandevis korta, möten om fyra timmar med respektive kommun för att samla in underlag. Detta bedöms otillräckligt. Arbetet i de 13 kommunerna är att se som 13 separata delprojekt som inte kan genomföras som ett enda där kommunerna ”standardiseras” till att behöva en enda likartad lednings- och samverkansanalys och en enda operativ kommunikationsplan. I och med att bolaget offererat en sådan lösning bedöms bolagets erbjudande inte uppfylla minimikraven i förfrågningsunderlaget. I detta beskrivs tydligt uppdragets komplexitet. Bolagets åsikt att offererad arbetsmodell kvalitetsmässigt uppfyller ställda minimikrav och klarar ”tröskelvärdena” i punkten 5.3 delas inte. På grund av stora kvalitetsbrister och avvikelser från förutsättningarna i förfrågningsunderlaget är det helt uteslutet att anta bolagets anbud. – I momentet Position Sk11 till och med Sk14 bedöms bolagets anbud vara värt 15,00 poäng. Det krävs dock minst 25,00 poäng för att alls tilldelas poäng i denna del. Efter det att förfrågningsunderlaget gjordes tillgängligt för marknadens leverantörer har villkoren för utvärdering av anbuden varken förändrats eller kompletterats. Tilldelningsbeslutet vilar på transparenta, förutsebara och konkurrensneutrala grunder.

Bolaget genmäler bl.a. följande. Bolagets anbud avviker inte på något sätt från förfrågningsunderlaget och uppfyller samtliga uppställda skall-krav. Ett anbud som inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav måste nämligen förkastas och får överhuvudtaget inte utvärderas (jfr EG-domstolens avgörande i mål C-243/89). Bolaget och länsstyrelsen hade uppenbarligen

samma uppfattning härom innan bolaget begärde överprövning, eftersom bolagets anbud de facto utvärderats. Detta bekräftas dessutom av länsstyrelsens utvärderingsrapport. – Länsstyrelsen försöker nu introducera ett för upphandlingen nytt begrepp för utvärderingen av kriteriet Position Sk11 till och med Sk14 som inte framgår någonstans i förfrågningsunderlaget och inte kommunicerats till leverantörerna, nämligen ”tröskelvärde”. Detta ”tröskelvärde” uppges innebära ”en viss lägsta nivå som den anbudsgivare som vill vinna uppdraget måste uppfylla”. Utöver den uppenbara brist på transparens som det icke definierade ordet ”viss” i sig ger upphov till, framgår överhuvudtaget ingenting om ”tröskelvärde” vare sig av punkten 5.4. eller annorstädes i förfrågningsunderlaget. Punkten 5.4. beskriver där emot klart och tydligt att för det fall ett anbud ska åsättas poäng i utvärderingen, så ska det erhålla åtminstone 25,00 poäng. I strid med LOU har länsstyrelsen sammanblandat ett skall-krav med ett utvärderingskriterium. Länsstyrelsen agerande och argumentation utgör entydigt en efterhandskonstruktion i syfte att slippa konsekvenserna av att inte ha genomfört upphandlingen i enlighet med LOU. – Vad gäller positionerna Sk13 och Sk14 verkar bolagets anbud ha uppfyllt dessa på optimalt sätt. Bolaget har för dessa dessutom bedömts lika som övriga anbudsgivare, inklusive vinnaren. Det verkar även som att bolagets anbud uppfyllt Sk12 på ett adekvat sätt. – Såvitt avser position Sk11 har länsstyrelsen inte tagit till sig och/eller insett vad bolagets anbud i denna del innebär och innehåller. Länsstyrelsens avsaknad av erfarenhet härav är inte ett giltigt skäl för att nedvärdera ett sådant anbud och ge poängavdrag. Om metoden i sig är tillfyllest för att klara uppdraget ska den erhålla samma poäng som de metoder länsstyrelsen må vara van vid. Detta har inte ifrågasatts av länsstyrelsen. Bolaget har den 12 februari 2010 förklarat att det beräknade antalet fysiska möten inom ramen för anbudet kunde utökas vid behov och att det i så fall skulle stationeras projektledare på plats för sådana möten. Projektledning för upphandlingsföremålet bedrivs dock effektivare (och miljövänligare) genom telefonmötet. Vidare har varje kommun sitt eget unika projekt, men det är fördelak-

tigt om en och samma projektledare har hand om flera kommunprojekt, eftersom det, tack vare skillnader mellan kommunerna, ger positiva effekter och synergier. – Invändningen att bolaget bara har erfarenhet av teknisk projektledning stämmer inte. Bolaget har i sitt anbud redovisat uppdrags-exempel som visar både bredd och djup. Bolaget har t.ex. erfarenhet av arbete med GSM och MobiSIR, vilket visar på kompetens att förstå problemställningar även kring Rakelsystemet. Något skall-krav om tidigare erfarenhet av Rakelprojektet har inte ställts upp. - Utifrån vad som angivits i förfrågningsunderlaget går inte att nå slutsatsen att anbudet för Sk11 till och med Sk14 totalt endast skulle ”vara värt 15,00 poäng” eller att anbudet totalt skulle hamna under omdömet bra. Anbudet uppfyller rätteligen omdömet mycket bra. Genom att i strid med LOU åsätta den nytillagda poängnivån 15,00 poäng, har bolaget inte kommit att tilldelas kontraktet.

Lagtext m.m.

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

Av 16 kap. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalade Regeringsrätten att 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. Vidare anförde Regeringsrätten i huvudsak följande. LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 § § LOU. 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, förutsebarhet och transparens.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Mot bakgrund av bolagets yrkanden i målet samt RÅ 2008 not 26, finner rätten att det finns förutsättningar för att pröva bolagets talan trots att anbudens giltighet löpt ut.

För all offentlig upphandling gäller att vissa grundläggande EG-rättsliga principer måste iakttas. Bestämmelserna i LOU ska därför tolkas mot bakgrund av dessa principer. Det gäller särskilt principerna om fri förlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och transparens. Med likabehandlingsprincipen förstås att alla leverantörer ska behandlas lika, dvs. ges lika förutsättningar. Alla måste t.ex. få samma information och vid samma tillfälle. Med transparens förstås att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsägbarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt samt innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. De uppställda kraven får inte frångås.

Den nu aktuella upphandlingen avser konsultinsatser vid införande av Radiokommunikation effektiv ledning (Rakel). Efter anbudstidens utgång hade anbud från fyra anbudsgivaren inkommit, vilka samtliga bedömdes uppfylla de uppställda skall-kraven.

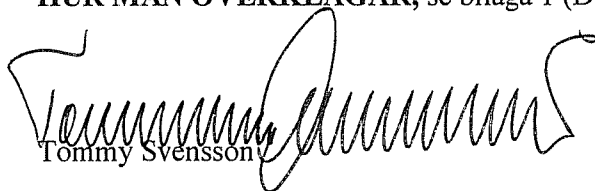
Bolaget har som grund för sin talan anfört att länsstyrelsen brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens genom att i strid med förfrågningsunderlaget frångå förutsätt-

ningarna för utvärderingen av anbuderna genom att ge bolaget noll poäng beträffande position Sk11 till och med Sk14 istället för, rätteligen 25 poäng.

Av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter framgår att anbudsgivare vars anbud avseende positionerna Sk11 – Sk14 erhåller färre än 25, poäng och därmed inte når upp till omdömet mindre bra i utvärderingsfasen, ska erhålla noll poäng. Det kan inte, som bolaget anfört, anses framgå att de anbud som erhåller fler än noll poäng men färre än 25 ändå ska erhålla minst 25 poäng.

Enligt rättens bedömning kan det möjligen framgå viss otydlighet i förfrågningsunderlaget. Bristerna framstår dock inte som allvarigare än att de i enlighet med vad som anges i RÅ 2005 ref 50 kan godtas vid överprövning. Sammanfattningsvis innebär vad bolaget anfört och åberopat inte att det föreligger brister i förfrågningsunderlaget, utvärderingsförfarandet eller i förfarandet i övrigt av sådan art och omfattning att den genomförda upphandlingen strider mot de krav som uppställs i LOU eller mot gemenskapsrättens principer. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109 1d)


Tommy Svensson

Föredragande har varit Åsa Holm.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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