

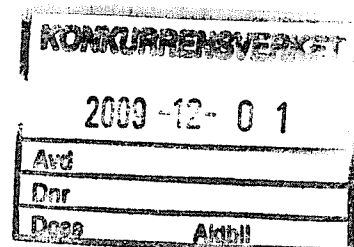
LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM
2009-11-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21358-09, 21518--21529-09
Enhet 15

SÖKANDE

Markör Marknad & Kommunikation AB, 556671-1650
Box 396
701 47 Örebro

**MOTPARTER**

1. Nacka kommun
2. Botkyrka kommun
3. Danderyds kommun
4. Ekerö kommun
5. Norrtälje kommun
6. Salems kommun
7. Sollentuna kommun
8. Vallentuna kommun
9. Tyresö kommun
10. Täby kommun
11. Upplands Väsby kommun
12. Värmdö kommun
13. Karlstad kommun

Ombud 1-13: Advokat Torbjörn Borg
Öberg & Heijne Advokatbyrå
Fristadstorget 4
632 20 Eskilstuna

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 23 oktober 2009 och den 5 november 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 476932

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Nacka kommun har dels i eget namn, dels som ombud för ett antal kommuner (nedan under den gemensamma benämningen Kommunerna) genomfört en upphandling av tjänster för kundundersökning, dnr UBN 2009/26-055. Upphandlingen har genomförts som en selektiv upphandling enligt 4 kap. LOU.

I tilldelningsbeslut avsänt den 15 oktober 2009 beslutade Kommunerna att anta annat anbud än Markör Marknad & Kommunikation AB:s (fortsättningsvis Markör).

Markör har ansökt om överprövning och yrkat att länsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Länsrätten har den 23 oktober 2009 och den 5 november 2009 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Markör yrkar i första hand att rättelse beviljas. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om i sin helhet. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Markör har, genom att i svarsbilagans SK 9 kryssa i ”ja”, förbundit sig att uppfylla skall-kravet att resultaten ska redovisas i tabellformat enligt beställarens önskemål. I formuleringen ligger sålunda att önskemålen inte är kända i dagsläget. Exempelredovisningen blir då just ett exempel på hur resultatet tekniskt skulle kunna se ut. Att antalskolumnen togs med berodde på att detta är det vanligaste sättet att redovisa sådana här resultat. Om Kommunerna hade haft invändningar mot ett metodförslag av låg kvalitet hade låg poäng varit förståeligt, men här är det fråga om tycke och smak. Kommunerna gör också i svarsbilagans SK 11 en hänvisning till tidigare undersökningar. Där framgår att just Markörs exempel används. LOU ställer krav på att förfrågningsunderlaget ska vara transparent och

förutsebart, dvs. så klart och tydligt att anbudsgivaren ska kunna avgöra vad upphandlaren tillmäter betydelse vid upphandlingen och utvärderingsmodellen ska vara så utformad att den leder till ett rättvisande resultat. Så har inte varit fallet. Ingenstans i förfrågningsunderlaget framgår att tabellerna skulle redovisas utan antal och inte heller framgår vilken betydelse exemplet på tabellformatet har i utvärderingen av upphandlingen.

Kommunerna anför i genmäle bl.a. följande. Markör har blandat samman skall-kravet i SK 9, som gäller framtida leveranser av kundundersökningar som genomförs inom ramen för det framtida upphandlingskontraktet, och prövningen av de egna exemplen på digram och tabeller i punkten SK 11. Uppgiften i SK 9 utvärderas inte, utan kravet innebär endast att anbudsgivaren ska acceptera villkoret för att alla kunna tilldelas ett framtida kontrakt. Kommunerna vitsordar vidare Markörs uppgift om att det ingenstans i förfrågningsunderlaget framgår att tabellerna ska visas utan antal. Kommunerna har bara begärt att anbudsgivarna ska redovisa goda exempel på tabeller för resultatredovisningen.

Markör yttrar bl.a. följande. Markör har lämnat ett pris som är klart lägre än det vinnande anbudet. När det gäller kriteriet referenser får Markör samma poäng som det vinnande anbudet. Under kriteriet resultatredovisning får Markör 50 procent av det vinnande anbudets poäng. I resultatredovisningen måste leverantören ha kompetens att omvandla stora mängder data till resultatsammanställningar. Här finns emellertid också ett ”kosmetiskt” inslag i form av färg på diagramstaplar etc. När det gäller layout innebär dagens teknik att presentationsmöjligheterna är i det närmaste oändliga. Det handlar främst om vad som appellerar till läsaren/beställaren. Markör har accepterat förfrågningsunderlagets skall-krav att ”redovisa resultaten i tabellformat enligt beställarens önskemål”, innebärande att Markör förbinder sig att anpassa presentationerna till vad som begärs vid varje enskilt tillfälle. Som presentationsexempel föreslog Markör ett mycket bra

tabellformat med både antal och andelar. Det bör konstateras att tabellformat *utan* antalsangivelser inte var ett skall-krav. Om kravet var så dominerande i poängsättningen för kriteriet resultatredovisning borde den poängskala som anges varit så klar och tydlig att Markör skulle ha kunnat förutse vikten av denna detalj. Upphandlingen strider således mot transparensprincipen. Det finns också felaktigheter i poängbedömningen när det gäller kriteriet resultatredovisning. I utvärderingskriteriet anges att för 20 poäng krävs omdömet ”utmärkt”. Det vinnande anbudet får omdömet ”bra”, något som enligt poängskalan ska innebära 15 poäng. Detta till trots får man 20 poäng. Markör har liksom det vinnande anbudet fått ”bra” för diagram och ”inte bra” för tabeller. Eftersom det sammanvägda betyget är 10 poäng måste det betyda att Markörs tabellexempel har ett enormt, närmast ofattbart genomslag. Om diagram- och tabellexempel skulle ha lika stor betydelse skulle Markör få 12,5 poäng. Vinnande anbudet skulle få 15 poäng. Enligt proportionalitetsprincipen ska krav som ställs vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Att en lättföränderlig layout ska ha sådan dignitet att det slår ut ett betydligt billigare alternativ med i övrigt samma kvalitet framstår som orimligt.

Kommunerna anför bl.a. följande. Det hade varit motiverat att tilldela Markörs anbud beträffande kriteriet resultatredovisning ett ännu lägre värde än vad som faktiskt gjordes. Kommunerna har i yttrande redovisat de skall-krav som alla leverantörer måste uppfylla i utvärderingsfasen. Villkoren framgår att ”Svarsbilaga anbud kundundersökning”. Ansvar för anbudets utformning vilar uteslutande på leverantörerna. De krav som Kommunerna har uppställt är tydliga, konkurrensneutrala och förutsägbara. Huruvida Markör de facto har den i förfrågningsunderlaget efterfrågade kompetensen saknar i detta sammanhang betydelse. Alla anbudsgivare har haft en mycket stor frihet att visa upp goda exempel på diagram och tabeller. De förslag som Markör presenterade var knappt godkända. Utvärderingen har gjorts mot de krav och de villkor som har uppställts i Kommunernas

förfrågningsunderlag och inga andra omständigheter har därvid beaktats. Markör har också vitsordat att bolagets val av tabell för exemplifiering inte motsvarar det som Kommunerna efterfrågade. Markör har vidare anfört att den poäng det vinnande anbudet har tilldelats skulle vara felaktig då Kommunerna har använt sig av motiveringen ”bra diagram och tabeller”. Vad Markör anför är en invändning av rent semantisk natur. Kommunerna betonar också att utvärderingen av anbuderna inte är en matematisk eller statistisk övning. De villkor som Kommunerna har uppställt är synnerligen frikostiga. Kriteriet föreskriver endast att anbudsgivarna ska redovisa vad de själva anser vara goda exempel på tabeller och diagram. I och med att Kommunerna inte uppställt några krav eller villkor på dessa exempel kan en anbudsgivare heller inte åberopa brott mot proportionalitetsprincipen.

Markör anför avslutningsvis följande. Upphandlande myndigheter ska på bästa sätt använda offentliga medel. För att undvika ovidkommande påverkansfaktorer ska det finnas tydliga utvärderingsmodeller. Dessa kan ibland upplevas som stelbenta räkneövningar, men det är det sätt som samhället har ansett vara det bästa vid värdering av konkurrens och som slutmål få myndigheter att på bästa sätt handskas med offentliga resurser. Kommunerna har också anammat detta sätt genom att använda sig av matematiska beräkningar i sin utvärderingsmodell. Dessa beräkningar är de enda synliga anbudsgivare har att utgå ifrån vid granskning av den bedömning som gjorts.

UTREDNINGEN I MÅLET

I bilaga 4, ”Svarsbilaga anbud” anges under punkt 5.0, ”Resultatredovisning” bl.a. följande.

SK 8. Diagram

Skallkrav

Utföraren ska ta fram diagram för varje enhet som har sex svar eller fler. Diagrammen ska visa årets resultat i jämförelse med resultaten för de se-

naste två åren samt genomsnittet för kommunen under det år undersökningen genomförs. Redovisningen ska visa hur stor del av de svarande som i olika grad instämmer i påståendena samt ett genomsnittstal mellan ett och fyra för de olika svarsalternativen. Antal svar samt svarsfrekvens ska framgå av diagrammen. Diagrammen ska vara lättöverskådliga. Entreprenören kommer att erhålla rådata för tidigare års resultat i standard ASCII med fasta positioner med en rad per respondent.

SK 9. Tabeller och rapport

Skallkrav

Resultaten ska redovisas i tabellformat enligt beställarens önskemål. Tabellerna ska möjliggöra olika typer av jämförelser – mellan kommuner och mellan enheter i respektive kommun – uppdelning på kön samt driftsform på kommunnivå.

Gymnasieskolans tabell ska redovisas per program.

Tabellerna ska också innehålla medelvärden för de olika målområdena.

En rapport ska tas fram som visar jämförelser över tid för samtliga frågor på kommunnivå samt totalt.

SK 11. Exempel

Skallkrav

Anbudet ska innehålla exempel på diagram och tabeller. Exempel på diagram som använts i tidigare undersökningar finns här (välj resultat per fråga samt resultat per skola).

Under punkt 5.2 i förfrågningsunderlaget, ”Anbudsutvärdering”, anges

bl.a. följande. Utvärderingskriteriet ”resultatredovisning” kan ge maximalt 20 poäng av utvärderingens totalt 100 poäng. Bedömningen av entreprenörens exempel sker enligt följande skala:

Utmärkt	20 p
Bra	15 p
Mindre bra	10 p
Ej acceptabelt	0 p

Av tilldelningsbeslut i upphandlingen framgår att anbudsgivarna Demoskop AB och Pilen Affärsutveckling AB båda har erhållit 20 poäng i denna kategori med motiveringen ”bra diagram och tabeller”. Markör har erhållit 10 poäng med motiveringen ”bra diagram, tabellerna inte bra”.

I e-postmeddelande från utvärderingsexpert vid Nacka kommun, Kultur- och utbildningsenheten, till Markör anges följande som närmare förklaring av hur värderingen av Markörs anbud gällande kriteriet resultatredovisning har gått till: ”Kommunerna har bedömt att tabellerna i Markörs förslag inte är bra då de varvar redovisning av kolumner med antalsuppgifter och kolumner med andelar. Det är därmed inte enkelt att göra olika typer av jämförelser, t.ex. jämföra andelen elever på olika enheter som svarat på ett visst sätt.”

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

12 kap. 1 § LOU har följande lydelse. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud 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.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. 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.

Länsrättens bedömning

Fråga i målet är om Kommunerna genom bedömningen av utvärderingskriteriet "resultatredovisning" i den aktuella upphandlingen har agerat i strid med LOU och gemenskapsrättens transparens- och proportionalitetsprinciper.

Avgörande för den ifrågavarande överprövningen av upphandlingen är utvärderingen av kriteriet "resultatredovisning" och Markörs inlämnade arbetsprover. Enligt förfrågningsunderlaget ska en bedömning göras av resultatredovisningen, dvs. anbudsgivarnas exempel. Det har varit fråga om en samlad bedömning av anbudsgivarens exempel som har kunnat ge maximalt 20 poäng. Exakt vilka kvaliteter hos presenterade exempel som ska leda till vilken poäng har inte närmre preciserats i förfrågningsunderlaget. Bedömningen är således skönsmässig. Vid upphandling av produkter och tjänster där utvärderingen i viss del väsentligen måste vila på skönsmässiga bedömningar, som i detta fall, får den upphandlande enhetens värdering godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning (jfr Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 5-09). I förevarande fall finns inte sådana skäl att frånga Kommunernas värdering av respektive arbetsprov, varvid man haft kritiska synpunkter avseende Markörs utformning av tabeller men inte i något avseende beträffande Pilen Affärsutveckling AB:s och Demoskop AB:s arbetsprov. Det skönsmässiga inslaget har också i viss omfattning begränsats av de förutsättningar för utformning av exemplen som anges i förfrågningsunderlaget. Denna bedömning framgår redan av meddelande om tilldelningsbeslut och har inte tillkommit i efterhand. Den sammanvägda bedömningen är förenlig med formuleringen i förfrågningsunderlaget och kan heller inte anses strida mot transparensprincipen.

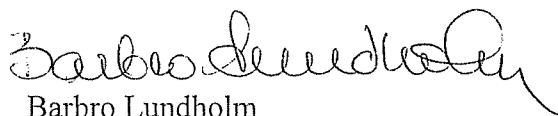
Markör har anfört att krav som ställs enligt proportionalitetsprincipen ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Att en lättföränderlig layout ska ha sådan dignitet att den slår ut ett betydligt billigare al-

alternativ med i övrigt samma kvalitet framstår enligt Markör som orimligt. Kommunerna har i genmäle anfört bl.a. att de villkor som Kommunerna har uppställt är synnerligen frikostiga. Kriteriet föreskriver endast att anbudsgivarna ska redovisa vad de själva anser vara goda exempel på tabeller och diagram.

Proportionalitetsprincipen tar sikte på balansen mellan medel och mål. Att principen ska iakttas betyder att den upphandlande myndigheten inte ska ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven. Principen tar sikte framför allt på orimligt högt ställda skallkrav och inte på utvärderingskriterier och dess inbördes viktning i sig. En upphandlande myndighet har stora friheter att ställa upp de utvärderingskriterier den finner relevanta. Så länge det rör sig om kriterier som en anbudsgivare *har möjlighet* att uppfylla kan enligt länsrättens mening ett sådant kriterium knappast anses strida mot proportionalitetsprincipen. Det har i den aktuella upphandlingen inte satts upp några orimliga skallkrav på utformningen av exemplen. Anbudsgivarna har vidare haft stor frihet i utformningen av sina exempel och skallkraven har styrt endast den grundläggande utformningen. Det uppställda utvärderingskriteriet kan därmed inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Vid en sammantagen bedömning finner länsrätten att det inte föreligger skäl att förordna om rättelse av utvärderingen eller att upphandlingen ska göras om. Ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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



Barbro Lundholm

Rådman

Handläggare har varit länsrättsnotarien Magnus Eriksson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm. 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.