

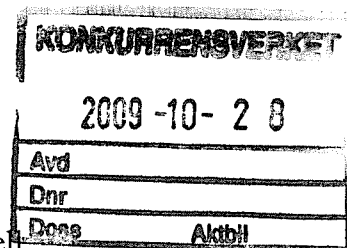
**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2009-10-27
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4729-09 E
Rotel 17

SÖKANDE

TC Connect AB, 556588-9002
Box 903
692 29 Kumla



Ombud: Advokaten Johanna Näslund och jur. kand. Erik Lingsell
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

MOTPART

Uddevalla Energi AB, 556036-6170
451 81 Uddevalla

Ombud: Advokaterna Nicklas Gränsmarker och Susanne Wiklund
Rosengrens Advokatbyrå AB
Box 174
451 16 Uddevalla

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

DOMSLUT

Länsrätten bifaller TC Connects framställan och förordnar att upphandlingen avseende nätinformationssystem skall göras om.

Länsrättens interimistiska beslut den 22 juni 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 183336

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031-732 70 00
E-post: lansrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031-711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Uddevalla Energi AB har bjudit in leverantörer att lämna anbud i upphandling under tröskelvärdena avseende nätinformationssystem (dnr 2008.555 50.058). Upphandlingen har genomförts som en s.k. funktionsupphandling.

Av tilldelningsbeslut den 12 juni 2009 framgår att Uddevalla Energi AB valt att teckna avtal med annan leverantör än TC Connect AB.

YRKANDEN M.M.

TC Connect AB

TC Connect AB begär överprövning och yrkar att länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Som skäl för sin begäran om överprövning anför bolaget bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget presenteras utvärderingskriterierna under punkten 11 men även i andra avsnitt i förfrågningsunderlaget finns upplysningar om hur utvärderingen skall gå till, såsom under punkt 2 och punkt 4. Detta medför att oklarhet råder om vilka utvärderingskriterierna är. Ytterligare oklarheter föreligger i och med att de utvärderingskriterier som angetts inte har rangordnats. Några kriterier är viktade men det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur viktningen skall gå till.

Utvärderingskriteriet ”uppfyllande av mål, visioner, funktionalitet och användarvänlighet” består av totalt fyra kriterier som tillsammans skall viktas med 30 procent. Hur fördelningen av dessa fyra kriterier skall ske sammellan framgår inte över huvud taget, vilket är en stor brist.

Såvitt avser utvärderingskriteriet ”bedömd möjlighet för vidareutveckling av systemet” så har några sådana krav inte uppställts i förfrågningsunderlaget och Uddevalla Energi AB har inte heller angett hur man avser att utvärdera anbuden i denna del. Det är därför omöjligt för en anbudsgivare att förutse hur utvärderingen skall gå till eller vad som kommer att premieras vid poängsättningen.

Det framgår inte heller någonstans i förfrågningsunderlaget hur Uddevalla Energi AB avsett att utvärdera utvärderingskriteriet ”systemteknik”.

Utvärderingskriteriet ”support och utbildning” består av två utvärderingskriterier som inte sinsemellan är rangordnade eller viktade, vilket medför att anbudsgivarna inte vet hur utvärderingen kommer att ske.

Förfrågningsunderlaget är inte förutsebart eller transparent nog för att anbudsgivarna skall kunna lämna konkurrenskraftiga anbud då det inte klart framgår vilka kriterier som kommer att utvärderas. Vidare är det fråga om minst tio utvärderingskriterier som i sig är oklara och odefinierade. Även om länsrätten skulle finna att det endast är fråga om fem utvärderingskriterier föreligger flera under- och delkriterier som inte viktats inbördes, vilket strider mot LUF och grundläggande upphandlingsrättsliga principer.

Inte heller har det i förfrågningsunderlaget angetts hur kriterierna skulle komma att viktas. Såväl de kriterier som uppställts som fem punkter enskilt, som tillsammans med punkterna och övrigt i förfrågningsunderlaget angivna oviktade kriterierna ger ett alltför stort skönsmässigt utrymme för den upphandlade enheten. Att det är fråga om en funktionsupphandling saknar betydelse eftersom samma grundläggande principer gäller.

Av EG-domstolens dom i mål C-532/06 (Lianakis) framgår att kriterier måste anges i förfrågningsunderlaget liksom att det även måste framgå hur dessa skall viktas även internt inom en kategori som viktas.

Eftersom bristerna i förfrågningsunderlaget varit så stora går inte anbuden att jämföra. Det går därför inte att förutspå hur anbudsgivarna sinsemellan hade rangordnat sig. Bolaget har lidit skada vid den felaktiga upphandlingen och annan leverantör erhållit kontraktet.

Uddevalla Energi AB

Uddevalla Energi AB bestrider att upphandlingen skall göras om och yrkar för egen del att TC Connect AB:s talan skall avvisas eftersom bolaget saknar talerätt. Till stöd för sin talan anför Uddevalla Energi AB i huvudsak följande.

Upphandlingslagarnas och gemenskapsrättens krav har i praxis ansetts innebära att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d v s att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta har inte avsetts innebära att det alltid kan krävas eller anses vara ändamålsenligt, att den upphandlande enheten i förväg ger till känna exakt hur viktningen mellan olika kriterier kommer att göras. Exempel på sådana situationer är funktionsupphandlingar där det finns ett stort utrymme för leverantörerna att föreslå olika sätt att leverera efterfrågade funktioner och själva lämna olika kreativa lösningar, samtidigt som det inte kan krävas att upphandlande enheten före upphandlingen genomför en kostsam marknadsundersökning för att utreda vilka olika former av system eller lösningar som finns.

Av praxis framgår även att upphandlande enheten är fri att själv välja kriterier för tilldelning av kontrakt och att bestämma vilken viktning man vill göra mellan kriterierna. Detta under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Förfrågningsunderlaget skall tolkas på så sätt att vad som anges om utvärdering i punkterna 4.1.1 och 4.1.2 endast utgör bakgrundsinformation. I punkten 11 "utvärderingskriterier" anges klart och tydligt vilka fem kriterier som kommer att användas vid utvärdering och på vilket sätt dessa kriterier inbördes skall viktas.

Det är korrekt att någon viktning inte angivits inom respektive utvärderingskriterium. Det bestrids att detta skulle medföra att viktningen är att anse som otydlig. När det gäller viktning är utgångspunkten att viktning skall anges så långt detta är möjligt. Den viktning som Uddevalla Energi AB tillämpat är "nedbruten" i 30, 25 och 10 procent. När viktningen är så detaljerat angiven är det inte möjligt att bryta ned viktningen ytterligare.

När det gäller utvärdering av respektive utvärderingskriterium så framgår det av punkterna 1-10 vad som efterfrågas. När det exempelvis gäller utvärderingskriteriet "mål, visioner, funktionalitet samt användarvänlighet" så framgår vad som efterfrågas avseende mål och visioner under punkten 2 samt funktionalitet och användarvänlighet under punkterna 3 och 4. Anbudsgivarna har i anbuden lämnat uppgifter och beskrivit sitt offererade nätinformationssystem. Vid utvärderingen har varje utvärderingskriterium bedömts på sådant sätt att respektive anbud avseende exempelvis "uppfyllande av mål, visioner, funktionalitet och användarvänlighet" (30%) betygsetts mellan 1-30 poäng. Även resterande utvärderingskriterier har bedömts enligt samma princip. Den maximala poängsättningen för varje anbud uppgår således till 100 poäng. En sådan metod för utvärdering medför att en

tydlig och rättvis utvärdering genomförts genom att flera anbud kunnat få maximal poäng eller lika poäng för varje kriterium, förutsatt att de bedömts likvärdiga. Uddevalla Energi AB har inte tillämpat en relativ poängskala. Av utvärderingen framgår att TC Connect AB:s anbud tilldelats hög poäng i några avseenden och mycket låg poäng i något avseende.

Varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare verksam i den aktuella branschen kan tolka de av Uddevalla Energi AB uppställda kriterierna på samma sätt och bilda sig en uppfattning om vad som efterfrågas, även om de inte därmed kan avgöra exakt hur de skall utforma sitt anbud för att senare vid prövning rangordnas som den som bäst uppfyller kriterierna i utvärderingsmodellen, jfr RÅ 2002 ref. 50. De gemenskapsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling har därmed tillgodosetts.

Förfrågningsunderlag är sällan optimalt utformade, inte minst när det gäller tekniskt komplicerade varor och tjänster. Även mindre bra, men tillräckligt bra, förfrågningsunderlag skall godtas så länge inte eventuella brister är av sådan art att eller omfattning att grundläggande principer för offentlig upphandling har åsidosatts, se RÅ 2002 ref. 50.

I denna upphandling är förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen utformade på ett sätt som inte i något avseende strider mot dessa principer. Inte heller tillämpningen av utvärderingsmodellen har inneburit ett brott mot LUF. Påståendet att det av tilldelningsbeslutet inte går att utläsa på vilka skäl vinnande anbudsgivare erhållit kontrakt och att detta skulle utgöra brott mot LUF är inte korrekt.

En förutsättning för att anbudsgivare skall ha rätt att ansöka om överprövning är att anbudsgivaren riskerar att lida skada på grund av ett påstått brott mot LUF. Av de fyra anbudsgivare som kvalificerade sig till utvärdering

placerade sig TC Connect AB sist vid utvärderingen. Vinnande anbudsgivare hade 91 poäng. TC Connect AB hade endast 55 poäng, vilket var 9 poäng lägre än den anbudsgivare som kom näst sist. Det har således aldrig funnits någon möjlighet för TC Connect AB att vinna upphandlingen och därmed erhålla avtal. Någon risk för skada har således aldrig förelegat. Härigenom har TC Connect AB ingen rätt att föra talan om överprövning.

För det fall länsrätten skulle finna att upphandlingen är behäftad med brott mot LUF kan en sådan brist avhjälpas genom att utvärderingen rättas. Det saknas alltså skäl att besluta om att upphandlingen skall göras om.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Länsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

Av 15 kap. 16 § LUF framgår att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall göras enligt 12 kap. 1 §

andra stycket. Den upphandlande enheten skall antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket skall viktas vid bedömningen eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största spridning. Kriterieviktningen eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

I 12 kap. 1 § andra stycket LUF föreskrivs att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall enheten 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.

Uttalanden i rättspraxis

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2005 ref. 50. Regeringsrätten uttalade därvid att förfrågningsunderlaget skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlade enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Regeringsrätten konstaterade att det sagda också följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade ändå enligt Regeringsrätten får godtas under förutsättning att de principer som bär upp reglerna om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

EG-domstolen har i mål C-532/06 (Lianakis) konstaterat att om kontraktet skall tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ankommer det på den upphandlande myndigheten att ange vilka kriterier de avser att tillämpa, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först (punkt 35). Principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och den därtill hörande principen om insyn som följer av likabehandlingsprincipen innebär enligt EG-domstolen att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, skall underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlade myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och deras vikt i förhållande till varandra. De potentiella anbudsgivarna skall nämligen kunna få kännedom om kriterierna och deras omfattning i samband med att de utformar sina anbud. En upphandlande myndighet har således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa (punkt 36 – 38).

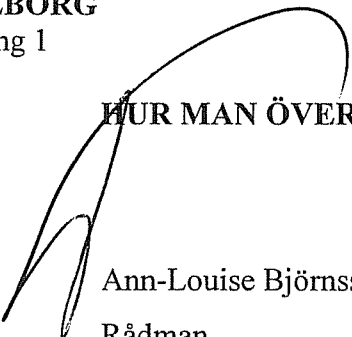
Länsrättens bedömning

De inom EG-rätten gällande principerna om bl.a. likabehandling, öppenhet (transparens) och förutsebarhet har i praxis ansetts kräva att förfrågningsunderlaget skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlade myndigheten tillmäter betydelse och vilka kriterier som därvid kommer att beaktas och deras vikt i förhållande till varandra. Av Uddevalla Energi AB:s förfrågningsunderlag framgår att kriteriet ”uppfyllande av mål, visioner, funktionalitet samt användarvänlighet” viktas till 30 procent, kriteriet ”bedömd möjlighet för vidareutveckling av systemet” till 25 procent, kriteriet ”kostnader för anskaffning och drift” till 25 procent, kriteriet ”systemteknik” till 10 procent och kriteriet ”support och utbildning” till 10 procent. Däremot framgår det inte av förfrågningsunderlaget hur ett utvärderingskriterium som består av flera delkriterier skall viktas sinsemellan, vilket enligt länsrättens bedöm-

ning medför att förfrågningsunderlaget brustit i fråga om förutsebarhet och att betydande osäkerhet därmed föreligger, vilket medför att utvärderingsmodellen ger utrymme för olika tolkningar om hur viktningen skall gå till. Utvärderingsmodellen strider därför enligt länsrättens bedömning mot de gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens. Grund för ingripande med stöd av LUF föreligger därför.

Uddevalla Energi AB har gjort gällande att någon risk för skada inte föreligger då det aldrig funnits någon möjlighet för TC Connect AB att vinna upphandlingen eftersom bolaget placerade sig sist i den genomförda utvärderingen och att TC Connect AB därför inte har rätt att föra talan om överprövning. Såvitt avser begreppet ”skada” i 16 kap. 2 § LUF konstaterar länsrätten att med detta inte avses ”ekonomisk skada” i den bemärkelse som gäller för skadestånd i 16 kap. 6 § LUF och att med skada i detta sammanhang torde snarare avses ”men”. Det kan, enligt länsrättens bedömning, inte krävas att de brister som har framkommit i Uddevalla Energi AB:s förfrågningsunderlag faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att TC Connect AB inte vinner upphandlingen för att åtgärder enligt 16 kap. 2 § LUF skall kunna tillgripas. Att uppställa ett sådant krav skulle innebära ett alltför långtgående krav på leverantörerna att visa att skada eller risk för skada uppkommit och det kan, enligt länsrätten, inte anses vara förenligt med syftet med ifrågavarande bestämmelse i LUF eller med gemenskapsrätten. Länsrätten har enligt det ovan anförda funnit att Uddevalla Energi AB:s förfrågningsunderlag i vissa delar varit så otydligt att kraven på förutsebarhet och transparens inte varit uppfyllda utan givit utrymme för godtycklighet. Med hänsyn härtill finner länsrätten att TC Connect AB till följd av nämnda brister lidit eller kan komma att lida skada och att det därmed finns grund för att tillgripa åtgärder enligt 16 kap. 2 § LUF. Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd, varför den aktuella upphandlingen skall göras om.

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



Ann-Louise Björnsson
Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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, anledningen 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.

