

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-07-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11772-08
Rotel 222

SÖKANDE

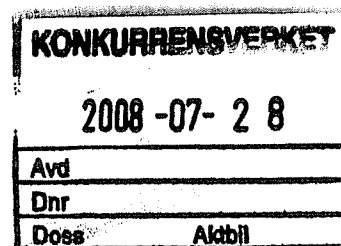
Luxlucid, 710913-0737
Gullmarsvägen 9 bv
121 40 Johanneshov

MOTPART

Botkyrka kommun
Upphandlingsenheten
Serviceförvaltningen
147 85 Tumba

SAKEN

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



DOMSLUT

Länsrätten beslutar om ingripande enligt LOU på så sätt att rätten förordnar att upphandlingen ska göras om för avtalsområde 2, 3B, 3D och 3E.

BAKGRUND

Botkyrka kommun (kommunen) genomför en upphandling av kommunikationstjänster, dnr 2008:14. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt 4 kap. LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 27 maj 2008 har Botkyrka kommun beslutat att anta andra anbud än anbud från Luxlucid (bolaget).

YRKANDEN M.M.

Luxlucid ansöker om överprövning enligt LOU av avtalsområde 2, 3B, 3D och 3E och yrkar i första hand att upphandlingen inte ska få avslutas förrän rättelse skett på så sätt att en ny utvärdering sker av anbuden varvid anbud 3, 6, 16 och 22 inom område 3B och 3D förkastas; att anbud 5 och 22 ska förkastas; samt att den upphandlande myndighetens referenstagning görs om i enlighet med förfrågningsunderlaget och redovisas på ett korrekt sätt. Alternativt yrkar Luxlucid att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Luxlucid i huvudsak följande. Upphandlingen strider mot regeln om affärsmässighet i LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet. Det finns avvikelser mellan förutsättningarna som anges i den upphandlande myndighetens förfrågningsunderlag/anbudsformulär och den utvärdering som man genomfört och baserat sitt tilldelningsbeslut på. Vidare finns oklarheter kring huruvida referenser har blivit inhämtade; vilka, hur många, inom vilket anbudsområde samt vilken bedömning de getts. Kommunen har tillåtit anbudsgivare att gå vidare till utvärderingsfasen trots att skall-krav ej uppfyllts i kvalificeringsfasen. Luxlucid har lidit skada då det på inkorrekt grund har diskvalificerats och pga. detta inte gått vidare till anbudsutvärderingen.

Kommunen anger att Luxlucid inte uppfyllt skall-kraven då bolaget tillhandahållit uppdragsbeskrivningar med en och samma referens. Luxlucid har i sina anbud angett två olika uppdragsbeskrivningar inom varje

anbudsområde som uppfyller dessa krav, inklusive en referens kopplad till varje uppdrag. Uppdragen är beställda av ett och samma företag, dock av olika avdelningar, vilket framgår av uppdragens individuella beskrivningar. Bolagets uppdragsgivare beslutade att deras arbetsgrupper för de olika uppdragen skulle utvärdera Luxlucids genomförande av uppdragen och att en person skulle vara kontakt gentemot kommunen och redovisa uppdragens bedömningar utifrån upphandlingsunderlagets frågor och poängsättning. Varken i förfrågningsunderlaget eller anbudsformuläret finns ett skall-krav eller bör-krav att de två uppdragen som presenteras ska vara utförda på uppdrag av olika uppdragsgivare eller ha olika referenspersoner. Vid telefonkonversation den 29 maj 2008 menade den upphandlingsansvarige att det är underförstått att det ska vara två olika referenter. Att det finns skall-krav som man som anbudsgivare ska behöva gissa sig till, är inte acceptabelt och strider mot principen om transparens. Utöver avsaknaden av detta skall-krav har den upphandlingsansvarige inte heller kunnat definiera vad man egentligen menar med olika referenser, dvs. om det är olika personer eller olika företag. Den upphandlingsansvarige menade vidare att syftet med att ta in referensomdömen inte uppfylls om det inte är två olika referenser, vilket inte stämmer i detta fall. I förfrågningsunderlaget framgår det tydligt att det som referensen ombeds utvärdera är anbudsgivarens kvalitet och leverans i varje enskilt uppdrag. Således erhåller kommunen ett betyg per uppdrag – sammanlagt två – per anbudsområde i enlighet med det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och anbudsformuläret.

Den upphandlande myndighetens påstådda skall-krav att anbudsgivarens uppdrag ska vara utförda på beställning av två olika uppdragsgivare strider även mot proportionalitetsprincipen, då syftet är att utvärdera anbudsgivarens förmåga att genomföra uppdrag enligt den specifikation som myndigheten beskrivit inom varje avtalsområde – inte huruvida anbudsgivaren kan utföra uppdrag för flera olika uppdragsgivare. Luxlucids redovisade uppdrag uppfyller mer än väl de behov som kommunen

beskrivit inom varje avtalsområde och har genomförts på uppdrag av en stor och komplex organisation. Luxlucids kompetens bevisas även i alla arbetsprover som man bifogat anbudet. Luxlucid har dessutom varit en av endast två upphandlande leverantörer för kommunen de senaste fyra åren inom dessa upphandlingsområden med över 40 uppdragsgivare inom kommunen och därför kan kommunen utnyttja sin möjlighet att agera referens i enlighet med det kompletterande underlaget som skickades ut den 28 mars 2008. Luxlucids uppdrag med tillhörande referent som redovisas i anbudet samt de många olika arbetsprover som bifogats anbudet och den erfarenhet kommunen har av dem som leverantör står i rimlig proportion till det som upphandlas och myndighetens diskvalificering av Luxlucid strider mot proportionalitetsprincipen.

Luxlucid har under fyra års tid varit upphandlad leverantör till Botkyrka kommun. Vid den nya upphandlingen tillfrågades några av bolagets kunder inom kommunen om de ville vara bolagets referens. Man fick då höra att detta inte var tillåtet i upphandlingen. Bolaget ifrågasatte detta hos den upphandlingsansvarige och fick till svar att så var fallet – redovisning av de två uppdragen och tillhörande referens fick ej komma från kommunen – däremot kunde kommunen agera som tredje referent. Därefter följde det förtydligande underlaget den 28 mars 2008. En av anbudsgivarna, C&T Creation, har inom anbudsområde 2 och 3E uppgett uppdrag och referenser från Botkyrka kommun. Trots detta föreslår den upphandlande myndigheten att tilldela upphandlingen inom anbudsområde 2 till just denna anbudsgivare. En notering på anbudsformuläret visar att endast en uppdragsreferens har tagits in och det är för uppdragsbeskrivning nr 3 under anbudsområde 2. Detta uppdrag har Botkyrka kommun som uppdragsgivare och referenten är anställd inom kommunen. Utöver detta finns inget underlag som tyder på att något annat uppdrag har blivit utvärderat i anbudsområde 2 och inte heller anbudsområdena 3B och 3E. Denna särbehandling står i strid med den komplettering som den upphandlande

myndigheten gjorde av underlaget och strider mot likabehandlingsprincipen.

För varje anbudsområde efterfrågas två uppdragsbeskrivningar med tillhörande referent. I förfrågningsunderlagets kapitel 3.1 förtydligas att inom område 3 kommer respektive publikation A-E att utvärderas separat. Det torde således finnas två uppdragsreferenser gånger antalet anbudsområden som anbudsgivaren gett anbud på. I bolagets genomgång av de inkomna anbuden och den upphandlande myndighetens utvärdering är de tjänstenoteringar som finns om referensernas utvärdering ej dokumenterade ordenligt och har inte utförts enligt förfrågningsunderlaget samt det sätt man beskriver att poängframräkningen ska gå till. En genomgång av olika anbud visar bl.a. ingen eller endast notering om en referensinhämtning, trots att anbudsgivaren gett anbud inom tre olika områden och sammanlagt sex referensutlåtanden borde finnas. Anbudsområdena 3A-E har inte blivit utvärderade per område, utan här har endast en del av utvärderingen, prissättning, gjorts för varje enskild publikation. Dessutom visar utvärderingsresultatet för område 2 och 3 att referenspoängen för anbudsgivarna är exakt densamma oavsett vilket av anbudsområdena och dess tillhörande uppdragsbeskrivningar som har utvärderats, vilket förtydligar att referensinhämtning ej skett inom alla anbudsområden. I genomgången av anbuden tillfrågades den upphandlingsansvarige om det fanns någon ytterligare dokumentation om hur referenternas utvärdering har gått till och man fick bekräftat att all dokumentation runt upphandlingen och referenstagningen ingick i det material som stod till förfogande. Bolaget anser att referenstagningen inte har gått korrekt tillväga och inte följer förfrågningsunderlaget.

Tullbergs och C&T Creation har lämnat in fler än två uppdrag och referenser. Tullbergs har inte heller specificerat vilket av uppdragen som tillhör vilket av de 5 anbudsområdena 3A-E. Det finns inte några tjänstenoteringar om vilka två av dessa uppdrag som kommunen valt att

utvärdera. För det fall kommunen själv valt bland dessa olika kan det ej anses vara objektivt och strider dessutom mot likabehandlingsprincipen då andra företag borde fått möjligheten att ange fler uppdrag med tillhörande referenser för utvärdering.

För att fullfölja de krav som den upphandlande myndigheten ställer inom anbudsområde 3B och 3D krävs tryckeritjänster. I kompletteringsunderlaget den 8 april 2008 förtydligas att anbudet ska innehålla tryckpriser. I detta fall anlitas en underleverantör då ingen av nedan angivna anbudsgivare erbjuder denna tjänst inom ramen för företagets egen verksamhet. Tullbergs, Svensk Information, Hurra! samt PM och Co uppfyller därför ej skall-kravet för redovisning av underleverantörer.

Tullbergs anbud har uppdragsbeskrivningar som överstiger maxantalet sidor, tre sidor i stället för en sida. Detta ger Tullbergs en orättvis fördel då man har möjlighet att beskriva och förklara mer utförligt än andra anbudsgivare. Kommunens acceptans av detta står i strid med likabehandlingsprincipen.

Botkyrka kommun bestrider Luxlucids ansökan om överprövning. Skulle länsrätten trots allt finna att fel har begåtts i upphandlingen yrkar kommunen i första hand att en rättelse sker av klagandens anbud så att en utvärdering genomförs. I andra hand yrkar kommunen på att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför kommunen i huvudsak följande. Tre kompletteringar till förfrågningsunderlaget gjordes under anbudstiden gällande referenser med anledning av sökandes alla frågor. Krav på arbetsprover och referenser finns beskrivet i bil. 2-4; "bifoga det antal arbetsprover som är nödvändigt så att upphandlande myndighet kan bedöma hela den efterfrågade tjänsten samt två (2) referenser ska uppges kopplade till arbetsproverna". Av utformningen av de fastlagda frågorna som ställdes till referenterna framgår att de inte ska ställas flera gånger till samma person, frågorna rör alltså en bedömning av leverantören, inte

arbetsproverna. Flera personers bedömning av leverantören ska alltså ligga till grund för referenspoängen i anbudsutvärderingen, vilket ligger i sakens natur när man använder sig av referenser. I tidigt skede under anbudstiden blev upphandlande myndighet kontaktad av Luxlucid som meddelade att man hade varit i kontakt med Konkurrensverket. Luxlucid påstod då att man hade fått stöd för åsikten att det är orimligt att kräva två (2) olika referenspersoner. Detta påstående tyder på att man vid denna tidpunkt förstått vårt krav på att redovisa två olika referenspersoner. Sökanden är den enda anbudsgivare som har haft problem att uppfylla eller missförstått kravet på två referenser. Enligt den komplettering som skedde av den upphandlingsansvarige avseende underlaget under annonstiden framgick det klart och tydligt att kommunen ställde krav på redovisning av två referenser kopplade till arbetsproverna.

Vad Luxlucid har anfört om att kravet på att anbudsgivarens uppdrag ska vara utförda på beställning av två olika uppdragsgivare skulle strida även mot proportionalitetsprincipen saknar betydelse eftersom sökande inte har uppgivit referens från kommunen.

Anbudsgivare nr 5 lämnade namn på tre externa referenser och namn på en referensperson som arbetar i kommunen. Anbudsgivaren uppfyllde därmed ställda skall-krav på två externa referenser. Att man under utvärderingsfasen endast fick tag i en referensperson som i detta fall var en anställd i kommunen är inte relevant i sammanhanget, då anbudsgivare nr 5 kvalificerat sig vidare. Poängsättning har skett utifrån ett inkommet svar.

Att utfallet av poängsättningen har sett likadan ut avseende referenstagningen för en del anbudsgivare kan inte läggas kommunen till last då externa referenspersoner satt poängen och kommunen inte kunnat påverka detta.

Med tanke på den komplettering som kommunen gjorde den 8 april 2008 var tanken från kommunens sida att man skulle lämna arbetsprover som totalt täcker samtliga tjänster. Har en anbudsgivare ett arbetsprov som täcker behovet utifrån ställda krav i förfrågningsunderlaget har kommunen bedömt det som tillräckligt.

Enligt Luxlucid har flera anbudsgivare lämnat in fler än två uppdrag och referenser. Detta är inte relevant i sammanhanget då en bedömning har skett utifrån ställda krav på redovisning av två referenser och två uppdrag.

Det finns ingen grund för Luxlucids påstående att kommunen har frångått kravet på redovisning av underleverantörer för de anbudsgivare som avser att anlita underleverantörer. Som anbudsgivare har man i anbudsformuläret kryssat för om man avser att anlita underleverantör i det offererade anbudet. Om man avser att anlita underleverantör ställs krav på redovisning för vilka delar som underleverantören anlitas. De anbudsgivare som avsåg att anlita underleverantör var Tullbergs som avsåg att anlita 19 underleverantörer, Svensk Information, Hurra, PM och Co. Det framgick klart och tydligt i anbudsformuläret vilka uppgifter som efterfrågades.

Luxlucid har noterat att vissa anbud överskrider antal sidor som ställts under punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget. Detta har varit ett önskemål från upphandlande myndighet att man som anbudsgivare försöker hålla nere sidantalet, då man sedan tidigare upphandlingar vet att många anbudsgivare tenderar att lämna in ett ohanterligt stort material med risk för att kommunen missar viktiga frågor som ska beaktas. Då kommunen inte på något sätt har gjort en bedömning i denna fråga utan koncentrerat sig på anbuds innehållet har samtliga bedömts utifrån samma förutsättningar och på lika villkor.

De skäl som Luxlucid anfört hittills, har inte visat att tilldelningsbeslutet varit felaktigt. Om man ponerar att Luxlucid skulle ha klarat sig och gått

vidare i kvalificeringen skulle utgången ha blivit att de endast hade antagits på område 3E, av de områden som de lämnat anbud på. Den skada som Luxlucid hävdar sig kunna lida kan inte tillmätas större betydelse, då de bara kunnat komma i fråga på ett område, om förutsättningarna ändras.

Luxlucid har därefter yttrat i huvudsak följande. Den upphandlande myndigheten har i sitt genmäle givit ett felaktigt citat gällande referenser vilket ger en felaktig bild. Kommunen skriver också att man, med anledning av Luxlucids alla frågor, har gjort 3 kompletteringar gällande referenser. Luxlucid har endast vid ett tillfälle frågat om referenser — den 10 april och den frågan handlade om huruvida Botkyrka kommun fick vara referens eller inte och inte om antalet referenser. I och med kommunens kompletteringar tydliggör myndigheten att en mer generell bedömning av anbudsgivaren inte kommer att göras, utan endast en bedömning av anbudsgivarens prestation i det angivna uppdraget. Ändringen till ordet 'uppdraget' i referensfrågorna förtydligar ytterligare att referensintagningen berör anbudsgivarens prestation i det enskilda uppdraget. Kommunens påstående om "...att flera personers bedömning av leverantören skall ligga för referenspoängen" framgår inte i upphandlingsunderlaget. Man menar vidare att "...frågorna rör en bedömning av leverantörerna, inte arbetsproverna." Detta påstående är irrelevant eftersom det inte finns någon risk för att arbetsproverna ska bedömas — frågorna som ställs till referensen är formulerade så att de handlar om leverantören och dennes prestanda i det specifika uppdraget alltså inte själva arbetsproverna. Skillnaderna mellan anbudsgivarens prestanda kan vara mycket olika i de två olika uppdragen. Således erhålls två helt olika omdömen oavsett om de kommer från en kontaktperson eller två.

De mest relevanta arbetsproverna Luxlucid har, är gjorda på uppdrag av Botkyrka kommun, bland annat det specifika uppdraget som upphandlas inom område 3C. Att inte få ange dessa arbetsprover ansåg bolaget vara diskriminerande och det var detta som Luxlucids representant hade en

konversation med Konkurrensverket och senare den upphandlingsansvarige om. Ingenstans i konversationen med den upphandlingsansvarige har två olika referenser eller kontaktpersoner uppgivits som krav och inte heller finns detta krav nämnt i myndighetens upphandlingsunderlag och kompletteringar. Om det var ett krav skulle myndigheten med en enkel formulering kunnat tydliggöra detta men man har inte gjort detta. Hade myndigheten varit tydlig skulle Luxlucid kunnat lämna arbetsprover och referens från exempelvis Scania, Norrtälje eller Ludvika kommun som uppdrag nr 2 — alternativt bett två olika personer inom Anticimex att vara kontaktperson.

Kommunen anger att Luxlucids påstående att skall-kravet på två referenter strider mot proportionalitetsprincipen inte är relevant då man inte angett Botkyrka kommun som referens. Det är i allra högsta grad relevant eftersom bolaget på fråga fått som svar att Botkyrka kommun inte fick vara referens. Efter detta skickade myndigheten ut en komplettering som beskriver att de två uppdragsbeskrivningarna med tillhörande referens inte ska vara från Botkyrka kommun, men om kommunen har egna erfarenheter kommer de att väga in detta.

Kommunen menar att anbudsgivare nr 5 har angett "3 st externa referenser och namn på en referensperson som arbetar i kommunen". Detta stämmer inte, anbudsgivare nr 5 har för anbudsområde 2 angett tre uppdragsbeskrivningar varav alla kommer från Botkyrka kommun. Uppdragsgivare 1 "Hågelbyparken" och uppdragsgivare 2 "Subtopia" ägs av Botkyrka kommun. Detta gäller även avtalsområde 3E där anbudsgivaren angett sammanlagt fyra uppdrag varav alla är från kommunen. Här har ingen referensinhämtning kopplad till arbetsproverna inom detta område gjorts. Även inom område 3C har anbudsgivare nr 5 gett 6 olika uppdrag varav 5 är från kommunen. Kommunen menar att "... man endast fick tag på en referensperson" men tjänstenoteringen visar att endast "1 ref, ringt". Inga noteringar finns om att man försökt nå andra referenser.

Vidare finns det ingen referensinhämtning kopplad till uppdrags beskrivningarna inom område 3C och 3E. Referenspoängen som har inhämtats från ett uppdrag inom område 2 har således återanvänts inom område 3C och 3E. Detta gäller även alla andra anbudsgivare som gett anbud inom fler än ett område. Myndigheten visar också att man i utvärderingen accepterar endast en referensperson (detta gäller även för andra anbud) men uppger samtidigt detta som skäl för att diskvalificera Luxlucid. För varje anbudsområde efterfrågas två uppdragsbeskrivningar med tillhörande referens. Den upphandlande myndigheten menar att "tanken från kommunens sida var att man skulle lämna in arbetsprover som totalt täcker samtliga tjänster. Har en anbudsgivare ett arbetsprov som täcker behovet utifrån ställda krav i förfrågningsunderlaget har vi bedömt detta som tillräckligt." Kommunen hänvisar också till den komplettering som kommunen gjorde 2008-04-08 som man anser stödjer deras tankar. Denna komplettering bevisar dock inte detta, utan tvärtom så styrker man att varje anbudsområde ska utvärderas separat: "Anbudet skall täcka alla efterfrågade tjänster inom respektive avtalsområde." Att kommunen hade en 'tanke' om hur processen ska gå till väga är ingen godtagbar förklaring, då detta ska kommuniceras tydligt i upphandlingsunderlaget. Att dessutom utgå från en referens inhämtad från ett specifikt kunskapsområde, och sedan applicera samma referenspoäng inom ett annat kunskapsområde, vilket kommunen har gjort för alla anbudsgivare som gett anbud inom mer än ett område, ger inte en rättvis och korrekt bedömning. Likaså redovisas referenspoäng hos anbudsgivare där det inte finns någon som helst notering om referensinhämtning. Den upphandlande myndigheten har dessutom räknat fram en inkorrekt referenspoäng för anbudsgivare 22 då man inte har räknat fram medelvärdet på två inhämtade referenser utan har valt att endast använda den högsta referenspoängen.

Att vissa anbudsgivare lämnat för många referenser bidrar till att ge en bättre bild av anbudsgivaren, än den anbudsgivare som följer skall- kravet på endast två uppdrag.

Om anbudsgivare har svarat att underleverantör inte är aktuell inom område 3B och 3D betyder detta att man, för att uppfylla skall-kravet, måste erbjuda tryckeritjänsten själv. I sådant fall ska denna tjänst redovisas i företagets beskrivning av utbud. Av en kontroll av anbud 3, 6, 16 och 22 framgår att dessa inte erbjuder tryckeritjänster som en del av sitt utbud. Således krävs underleverantör för områden 3B och 3D, och enligt kommunens skall-krav ska underleverantörer anges i anbudsformuläret och dessutom ska CV och SKV 4820 bifogas för dessa tryckeriunderleverantörer. Den upphandlande myndigheten har inte kontrollerat om uppdragsgivaren verkligen uppfyller de krav som ställs för att klara av att genomföra uppdragen. Kommunen menar att anbudsgivare 22 och 16 har uppfyllt kravet på att redovisa underleverantörer men ingen av de underleverantörer som redovisas är ett tryckeri och nämnda anbudsgivare tillhandahåller inte denna tjänst internt. Detsamma gäller anbud 3 och 6 som har angett att det inte är aktuellt att anlita underleverantör för tryckning av produkterna som ingår i anbudsområde 3B och 3D. Men inte heller dessa anbudsgivare erbjuder denna tryckeritjänst internt och redovisar således inte att de kan hantera kraven som ställs.

Den upphandlande myndigheten menar i sitt genmäle att antalet sidor som uppdragen redovisas på, är ett "önskemål från upphandlande myndighet". Detta är dock i förfrågningsunderlaget formulerat som ett skall-krav. Vidare menar den upphandlande myndigheten att man "...inte har gjort någon bedömning i denna fråga, utan koncentrerat sig på anbuds innehållet som samtliga bedömts utifrån samma förutsättningar och på lika villkor." Den upphandlande myndigheten bekräftar härmed bolagets farhåga att man i utvärderingen har koncentrerat sig på anbuds innehållet. Med tre sidor att beskriva bakgrund och förklara alla förutsättningar i ett uppdrag ges större förutsättningar att arbetsproverna bedöms korrekt än om man som anbudsgivare endast har en sida till sitt förfogande.

Kommunen menar att om Luxlucid skulle gått vidare till kvalificeringsfasen skulle bolaget endast blivit antagna inom område 3E. Bolaget ställer sig mycket undrande till detta då det ju inte har blivit utvärderat. Dessutom anser bolaget att kommunens utvärdering är inkorrekt och detta kan påverka de anbudsgivare som kommunen just nu avser att teckna avtal med.

Kommunen har därefter yttrat bl.a. följande. Kommunen vidhåller det svar som lämnats tidigare. Kommunen vill om länsrätten finner att upphandlingen ska rättas att upphandlingen istället ska göras om. En rättelse av Luxlucids anbud utifrån de synpunkter som klaganden anfört är inte möjlig längre utan att kommunen riskerar att tappa kravet på de grundläggande principer som LOU vilar på. För att inte riskera att även tappa kravet på principen om likabehandling anser kommunen att en rättvis jämförelse av anbuderna endast kan ske för samtliga deltagare i upphandlingen och inte enbart utifrån den detaljgranskning som klaganden anfört hittills avseende andra anbud och de kompletteringar som gjorts ytterligare. Detta talar ytterligare för att det mest lämpliga alternativet i detta ärende är att göra om upphandlingen.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlaget för aktuell upphandling anges bl.a. följande.

2.4. Anbudsprövning

Kraven i förfrågningsunderlaget är formulerade som **skall-** och **bör-**krav. **Skall-**kraven är ovillkorliga. Om anbud inte svarar mot dessa **skall-**krav kan dessa inte tas upp för vidare bedömning. Övriga krav är underordnade utvärderingskriterierna och syftar till att utvärdera anbudens konkurrenskraft i förhållande till ställda krav, punkt 2.4.3.

/.../

2.4.3. Utvärdering

Utvärderingen sker efter värderingsprincipen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” med hänsyn tagen till nedanstående kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet. Kriterierna är definierade nedan samt inbördes rangordnade och viktade i förhållande till varandra.

Definition av utvärderingskriterier

Pris	60 %
Kvalitet	40 %

Kvalitetskriterier

Utvärdering av kvalitet kommer att göras med ledning av de uppgifter som anbudsgivaren lämnat i anbudsförmulär bilaga 1. Anbudsgivarens svar på kvalitetskriterier utvärderas utifrån angivna poängskalor. Poängen summeras och ligger till grund för kriteriets betyg. Betygsättningen för respektive avtalsområde framgår enligt nedan:

/.../

Område 2. Informations- och trycksaksproduktion

Kvalitetsledning	20 poäng
Yrkesskicklighet	45 poäng
Referenternas utlåtande	20 poäng
Förstärkningsresurser	15 poäng

Totalt 100 poäng

Område 3. Tidningsproduktion

Kvalitetsledning	20 poäng
Yrkesskicklighet	40 poäng
Referenternas utlåtande	20 poäng
Förstärkningsresurser	20 poäng

Totalt 100 poäng

/.../

2.6.3. Underleverantör

Om antagen leverantör avser att anlita underleverantör för hela eller delar av det offererade, **skall** det framgå redan vid anbudstillfället, i bilaga 1. Det **skall** framgå vilken leverantör som avses samt vilken del eller delar av arbetet som samarbetet avser.

En SKV 4820 **skall** bifogas anbudet för den underleverantör som **skall** anlitas för uppdraget, inte äldre än 2008-01-21.

/.../

2.6.5. Referensuppdrag och referenser

Anbudsgivaren **skall** bifoga en kortfattad beskrivning gällande tidigare relevanta uppdrag innehållande:

- uppdragets omfattning och karaktär
- tidsperiod
- beställare samt kontaktperson.

3.1. Kravspecifikation kommunikationstjänster

/.../

Upphandlingen omfattar 3 avtalsområden enligt nedan:

1. Strategiska kommunikationstjänster
2. Informations- och trycksaksproduktion
3. Tidningsproduktion
 - Pejl på Botkyrka

- Personaltidningen Helga
- Fem områdesblad för Botkyrka kommuns stadsdelar
- Nyhetsbladet Botkyrka & co
- Kalendariesidor med annonser

/.../

De anbudsgivare som lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet inom respektive avtalsområde, med hänsyn taget till pris och kvalitet, kommer att antas.

För område 3 kommer respektive publikation att utvärderas separat.

/.../

3.3 Informations- och trycksaksproduktion

/.../

Arbetsprover

Anbudsgivaren **skall** visa projektgruppens yrkesskicklighet genom att presentera arbetsprover för två uppdrag som genomförts under de senaste två åren där minst en person från projektgruppen medverkat. Projektledaren måste ha lett minst ett av de redovisade uppdragen.

Arbetsprover **skall** redovisas på följande sätt i bilaga 1:

En kortfattad (max en A4-sida) beskrivning av uppdragen enligt ovan. Följande **skall** beskrivas:

- En kortfattad (max 1 A4-sida) beskrivning av uppdragen; förutsättningar, syfte, mål och resultat
- En beskrivning av arbetsprocessen från planering till färdig strategi för de båda uppdragen. Motivera även valet av arbetsmetodik.
- Referensmaterial (t.ex. foton, skisser, beskrivningar, utskrifter)
- Referenser för de två redovisade uppdragen med kontaktperson och telefonnummer

/.../

3.4. Tidningsproduktion

/.../

3B Personaltidningen Helga, 3D Nyhetsbladet Botkyrka & Co samt 3E Kalendariesidor med annonser, ingår i Pejl

/.../

Anbudsgivaren **skall**

/.../

- sköta alla tryckerikontakter

/.../

Arbetsprover **skall** redovisas enligt följande:

Anbudsgivaren **skall** visa sin yrkesskicklighet genom att redovisa två tidigare relevanta uppdrag (hushållstidning, kundtidning, personaltidning eller motsvarande som kan jämföras med vårt behov) som genomförts under de senaste tre åren där formgivaren medverkat.

Arbetsprover **skall** redovisas i bilaga 1 på följande sätt:

- En kortfattad (max 1 A4-sida) beskrivning av uppdragen; förutsättningar, syfte, mål och resultat
- En beskrivning av arbetsprocessen från planering till färdig strategi för de båda uppdragen. Motivera även valet av arbetsmetodik.
- Tidningsprov
- Referenser för de två redovisade uppdragen med kontaktperson och telefonnummer.

/.../

I anbudsformuläret anges bl.a. följande.

/.../

2.6.3. Underentreprenör

De redovisade underentreprenörerna **skall** vara namngivna samt för de personer som avses att användas **skall** CV redovisas. /.../

/.../

Företagets referenser

De angivna referenserna kommer att utvärderas i enlighet med referensfrågor.

/.../

Om den upphandlande enheten har egna erfarenheter av anbudsgivaren kommer även dessa referenser att tas med vid utvärderingen.

/.../

I kompletterande förfrågningsunderlag 2008-03-28 anges bl.a. följande.

Komplettering av kap. 2.6.5. Referensuppdrag och referenser

Krav på att lämna referenser gäller endast referenser (2 st) kopplade till inlämnade arbetsprover ("Företagets referenser" i anbudsformuläret, sid 5, tas bort) och det är då vi använder ref. frågorna i blanketten, där vi byter ordet undersökning till uppdraget i fråga 2 och 7.

Komplettering av anbudsformulär sid 5 Uträkning av referenser

"Om den upphandlande enheten har egna erfarenheter av anbudsgivaren kommer även dessa referenser att tas med vid utvärderingen."
dvs. anbudsgivaren anger 2 st referenser kopplade till arbetsproverna exkl. i aktuellt fall Botkyrka kommun. Beräkning av referenspoäng baseras på 2 st referenser, men med i aktuellt fall poäng från kommunens egna erfarenheter medtaget

/.../

I kompletterande förfrågningsunderlag 2008-04-08 anges bl.a. följande.

Komplettering av kap. 2.6.3.

Endast om ni vet vilka underleverantörer ni ska samarbeta med vid anbudstillfället **skall** det anges.

Komplettering av kap. 3

Anbudet **skall** täcka alla efterfrågade tjänster inom respektive avtalsområde (underleverantörer är tillåtna).

Bifoga det antal arbetsprover som är nödvändigt så att vi kan bedöma hela den efterfrågade tjänsten.

Oavsett antalet arbetsprover som lämnas in **skall** 2 st referenser anges.
/.../

I kompletterande förfrågningsunderlag 2008-04-14 anges bl.a. följande.

Komplettering av kap 2.6.5. Referensuppdrag och referenser

Anbudsgivaren **skall** bifoga beskrivningar av två (2) st relevanta uppdrag kopplade till arbetsproverna där inte Botkyrka kommun är uppdragsgivaren.
Botkyrkas erfarenhet kommer att vägas samman med anbudsgivarens externa referenser i poängberäkningen för referenser.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 12 kap. 1 § LOU är följande föreskrivet. 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

Luxlucid har begärt överprövning av kommunens upphandling när det gäller avtalsområde 2, 3B, 3D och 3E. Bolaget har haft invändningar dels mot kommunens utvärdering i kvalificeringsfasen och dels beträffande utvärderingsfasen. Länsrätten börjar med att bedöma utvärderingen av kvalificeringsfasen och uppställda skall-krav. En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Uppställda krav får inte frångås.

Luxlucid har anfört att kommunens utvärdering av bolagets anbud i kvalificeringsfasen inte har genomförts i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget och anbudsformuläret och att utvärderingen strider mot transparensprincipen då den upphandlande myndigheten åberopar ett skall-krav som inte finns med i förfrågningsunderlaget eller anbudsformuläret. Länsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget sammantaget med de kompletteringar som gjorts framgår att anbud ska innehålla minst två arbetsprover med tillhörande referenser. Enligt länsrätten kan det av förfrågningsunderlaget inte anses framgå att referenserna måste vara olika personer utan enbart att det ska vara två olika arbetsuppdrag med tillhörande referenser. Har kommunen velat att referenserna skulle vara från olika uppdragsgivare hade man kunnat uttrycka detta tydligt i förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner därför att förfrågningsunderlaget och aktuellt skall-krav har varit otydligt utformat.

Att utesluta Luxlucid från upphandlingen på den grund som gjorts kan därför inte anses förenligt med kravet på förutsebarhet.

Luxlucid har vidare anfört att andra anbud som inte uppfyller skall-krav har fått gå vidare till utvärderingsfasen. Bolaget har anfört att flera anbudsgivare har lämnat in fler uppdrag med tillhörande referenser än de två som stadgas i skall-kraven. Länsrätten finner att då dessa anbud innehåller minst två referenser har anbuderna uppfyllt skall-kraven. Att kommunen kan välja vilken av referenserna som ska tillfrågas kan inte anses innebära olika behandling av anbudsgivare så länge alla anbud behandlas lika och lika många referenser tillfrågas. Vidare har bolaget anfört att kommunen accepterat att annan anbudsgivare har lämnat referenser från kommunen trots att det strider mot skall-kraven. De referenser som den aktuella anbudsgivaren lämnat kommer dels från kommunen och dels från bolag som ägs av kommunen. För avtalsområde 3C finns i det fallet även två externa referenser. Kommunen har angett att det aktuella anbudet uppfyller kravet på externa referenser. Länsrätten finner att det av kompletteringsunderlaget framgår att referenserna till de två arbetsproverna i anbuderna inte får komma från kommunen. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur bolag som ägs av kommunen ska bedömas i detta hänseende. Länsrätten finner att underlaget också på den här punkten är oklart.

Luxlucid har vidare anfört att ett anbud har tillåtits gå vidare trots att det inte uppfyllde skall-kravet på en uppdragsbeskrivning på högst en sida. Länsrätten finner att det av förfrågningsunderlaget tydligt framgår att uppdragsbeskrivningen ska vara på högst en sida. Kommunen har anfört att man inte gjort någon bedömning av detta vid utvärderingen. Länsrätten finner dock att ett anbud som innehåller en uppdragsbeskrivning på fler än en sida inte uppfyller skall-kravet. Att kommunen vid utvärderingen inte gör någon bedömning av om en del anbud strider mot vissa av de uppställda

skall-kraven och därför tillåter en del avvikelser kan inte anses förenligt med LOUs krav på förutsebarhet och likabehandling.

Luxlucid har även anfört att vissa av de anbud som tillåtits gå vidare till utvärderingsfasen inte har uppfyllt skall-kraven på att redovisa alla underentreprenörer som krävs för att kunna utföra de aktuella uppdragen. Länsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget framgår dels att om antagen leverantör avser att anlita underleverantörer för hela eller delar av det offererade ska det framgå redan vid anbudstillfället. Det ska framgå vilken leverantör som avses samt vilken del eller delar av arbetet som samarbetet avser. I komplettering till förfrågningsunderlaget har angivits att ”endast om ni vet vilka underleverantörer ni ska samarbeta med vid anbudstillfället ska det anges”. Vidare anges att anbudet ska täcka alla efterfrågade tjänster inom respektive avtalsområde och att underleverantörer är tillåtna. Enligt länsrättens mening är det av förfrågningsunderlaget otydligt vilka krav på dokumentation av underleverantörer som exakt krävs enligt kommunen och det tycks vidare oklart om och hur kommunen har undersökt om dessa krav är uppfyllda. Detta kan inte anses uppfylla kraven på transparens och likabehandling.

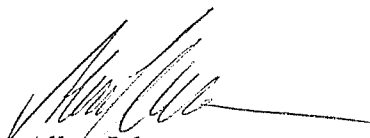
Luxlucid har även anfört att kravet på två externa referenser strider mot proportionalitetsprincipen. Allmänt sett måste ett krav på två referenser kunna anses godtagbart. Frågan är om kravet på att referenserna ska vara externa och således inte får komma från kommunen är proportionerligt. Kommunen har inte angett varför den anser att två externa referenser krävs för att bedöma anbudsgivarna och således varför inte en referens från kommunen skulle kunna fylla samma funktion. Kommunen har dock vid utvärderingen i vart fall för en anbudsgivare godtagit att endast ett referensutlåtande från kommunen inhämtats. Detta tyder på att kravet på att referenser är externa inte kan ha ansetts vara av avgörande betydelse utan att en intern referens kan fylla samma funktion. Att utesluta upphandlande myndighet från referenstagning kan på sätt som sägs i Nämndens för

offentlig upphandling yttrande 2006-05-08 (ärende nr 2005/0138-21) inte anses lämpligt och nödvändigt med hänsyn till de mål som eftersträvas vid en offentlig upphandling. Mot bakgrund av detta finner länsrätten att skallkravet på två externa referenser strider mot proportionalitetsprincipen.

Länsrätten finner sammanfattningsvis att kommunen i sin tillämpning av kvalificerings- och utvärderingskriterierna varit oprecis och vacklande i sina ställningstaganden och att detta lett till att bedömningarna blivit oförutsebara. Beträffande vissa anbud har smärre avvikelser från skallkraven godtagits medan andra anbud som enligt kommunen avviker från skallkraven har förkastats. Enligt länsrättens mening är vad som framkommit i dessa hänseenden tillräckligt för att det ska anses visat att upphandlingen inte har uppfyllt LOUs krav på förutsebarhet, likabehandling och proportionalitet. Det kan inte heller uteslutas att bristerna som det ibland uttrycks påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande förutsättningar. Detta har också medfört att Luxlucid har lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därför.

Mot bakgrund av de oklarheter som framkommit och med beaktande av att även andra anbudsgivare deltagit i upphandlingen finner länsrätten att det inte kan anses tillräckligt att upphandlingen rättas för att säkerställa att kraven i LOU uppfylls. För att kraven på likabehandling, transparens och proportionalitet ska uppfyllas krävs därför att upphandlingen görs om för avtalsområde 2, 3B, 3D och 3E.

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



Allan Johansson
rådman

Föredragande har varit Cecilia Unga.

