



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2013-05-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8073-13

SÖKANDE

Aktiebolaget Ecenea, 556794-9895

Ombud: Jur.kand. Magnus Kylhed
Kylhed Juridik AB
Örnstigen 23
183 50 Täby

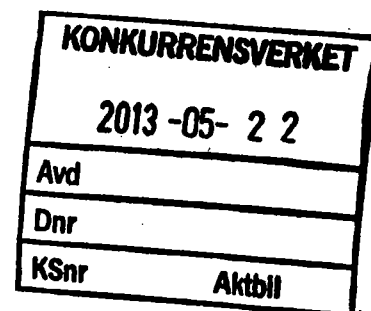
MOTPART

Stockholms kommun, servicenämnden

Ombud: Stadsadvokat Malin Lindvall
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 348707

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Stockholms kommun (Staden) genomför en upphandling för att ge Stadens upphandlande myndigheter möjlighet att anlita utomstående upphandlingskompetens för stöd, utbildning och rådgivning i upphandlingsfrågor. Upphandlingen (dnr 3.3.2-185-2012) genomförs genom ett öppet förfarande med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som grund för tilldelning av kontrakt. Upphandlingen är uppdelad i sju olika kompetensområden och anbud har kunnat lämnas på en eller flera delar av upphandlingen. Aktiebolaget Ecenea (Bolaget) har lämnat anbud på anbudsgrupp A.2-IT-tjänster, A.3-Fastighetsanknutna tjänster, A.5-Tjänster som upphandlingsassistent, A.6-varor. Tilldelningsbeslut i upphandlingen fattades den 26 mars 2013. Av beslutet framgår att andra anbud rangordnats högre än Bolagets anbud.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och yrkar i första hand att upphandlingen avseende delområdena A.2, A.3, A.5 och A.6 får avslutas först sedan rättelse gjorts. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen gällande aktuella delområden görs om.

Till stöd för sin talan anför Bolaget bl.a. följande. Det kan konstateras att samma anbudsgivare rangordnats på plats nummer ett i samtliga aktuella delområden. Den vinnande anbudsgivaren är inte billigast utan anbudsgivaren har tilldelats högsta betyg, 30 poäng, i kriteriet ”utveckling av stadens upphandlingsarbete” som återfinns under punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte fått några poäng alls för sitt svar på punkten 4.3 trots att man bland annat har beskrivit och särskilt pekat på just sådana omständigheter som Staden i förfrågningsunderlaget har exemplifierat som extra viktiga och poänggrundande. Bolaget har erbjudit sig att genomföra ana-

lyser och uppföljningar av avtal, att utföra revision av upphandlingar, att ta fram utvecklingsstrategier samt att utveckla upphandlingsrutiner. Bolaget har även erbjudit Staden ett odefinierat antal seminarier inom ett stort antal upphandlingsrelaterade ämnen samt att Bolagets konsulter ska kunna fungera som mentorer för Stadens upphandlare. Att Bolagets åtagande att erbjuda ett odefinierat antal seminarier inom ett stort antal upphandlingsrelaterade ämnen inte skulle tillföra något mervärde för Stadens många upphandlande myndigheter faller på sin egen orimlighet. Genom att inte beakta denna del av Bolagets anbud i sin utvärdering har Staden brutit mot principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU.

Vidare framgår inte av punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget vad som kommer att beaktas och värdesättas. Redan under anbudstiden efterfrågades klart besked om vad som efterfrågades men Staden svarade bara att det framgår av punkt 4.3 vad som gäller. Staden har valt en utvärderingsmodell som brister i transparens genom att anbudsgivarna inte i förväg kunnat förutse vad som kommer att värderas eller vilken betydelse (viktning) en beskrivning kommer att tillmätas i utvärderingen. Staden har genom den valda utvärderingsmodellen förbehållit sig en fri prövningsrätt av anbudet. Vinnande anbudsgivare har erhållit högsta betyg, 30 poäng, medförande att anbudssumman sats ned 30 procent vid utvärderingen. Många av de företag som lämnat anbud är väl ansedda och erkänt kompetenta. Trots detta har de tilldelats noll poäng. Att alla dessa företag skulle missuppfattat förfrågningsunderlaget faller på sin egen orimlighet och saknar trovärdighet.

Av EG-rättslig praxis följer att kriterierna i ett förfrågningsunderlag ”ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt” (mål C-19/00, punkt 42). I det aktuella fallet är det fråga om experter på upphandling som inte förstått vad Staden egentligen menat och hur poängsättningen skulle gå till. Om

poängsättningen faktiskt skulle vara riktig visar det bara ännu tydligare att förfrågningsunderlaget brister i transparens.

Det konstateras att Stadens upphandlingsvolym enligt den genomförda upphandlingen lågt räknat uppgår till 20 000 konsultationstimmar per år. Vinnande anbuds timtaxa är 100 kr högre än Bolagets vilket ger Staden en extra årlig kostnad om 2 000 000 kr för det kostnadsfria mervärde vinnande anbudsgivare erbjudit. Mot detta ska ställas vad vinnande anbudsgivare har offererat i form av kostnadsfritt mervärde, vilket enligt beskrivningen i vinnande anbudsgivare anbud torde uppgå till 80 timmar, dvs. 0,4 procent av den totala upphandlingsvolymen vilket medfört en 30 procent stor reduktion av anbudssumman. Den valda modellen strider uppenbart mot principen om proportionalitet. Om dessa förutsättningar var kända för alla anbudsgivare kan förutsättas att fler än vinnande anbudsgivare varit villiga att bjuda på 80 timmar gratiskonsultation mot en ökad intäkt om 2 000 000 kr.

Staden bestrider Bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Vid anbudsutvärderingen har Staden i enlighet med punkt 4.3 bedömt anbudens mervärden. Anbudsgivarna ska beskriva hur de aktivt kommer att bidra till och förbättra Stadens upphandlingsarbete, utöver de krav som anges i förfrågningsunderlaget. För att poäng ska delas ut ska de mervärden som bedöms finnas i beskrivningar och åtaganden erbjudas utan kostnad. Beskrivningar och åtaganden ska vara tydliga, konkreta och uppföljningsbara för att kunna bedömas medföra mervärde.

Bolagets anbud ger som svar på punkt 4.3 antingen erbjudanden som redan återfinns som krav i förfrågningsunderlaget eller inte är konkreta och uppföljningsbara. Erbjudandet om seminarier är inte konkret och uppföljbart. Att ta fram mallar och rutiner, genomföra analyser av avtal och ta fram upphandlingsstrategier finns som krav på anbudsgivare enligt förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget följer även att Stadens revisionskontor

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

utför revision av upphandlingar och att antagen anbudsgivare inte kan medverka vid sådana revisioner. De anbudsgivare som tilldelats poäng har givit beskrivningar och åtaganden som varit tydliga, konkreta och uppföljningsbara.

Staden bestrider att utvärderingsmodellen brister i transparens. Anbudsgivarna har haft tillgång till utförlig information. Vidare åberopas dom meddelad av Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3014-09. I domen anges ”i alla upphandlingar förekommer värderingar av anbuden som görs av den upphandlande enheten/myndigheten. Att en anbudsgivare på förhand genom att ta del av förfrågningsunderlaget ska kunna förutse utfallet av värderingen av sitt anbud är inte möjligt”.

Påståendet att utvärderingsmodellen valts i syfte att gynna viss anbudsgivare tillbakavisas. Av rättspraxis följer att en upphandlande myndighets anbudsvärdering får godas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning. De avvägningar som görs torde vara svåra för en domstol att värdera (Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3772-10, Svea hovrätt, mål nr T 1189-07, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 5-09.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förfrågningsunderlaget

Punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget har följande lydelse.

Anbudsgivaren ska beskriva hur man aktivt kommer att bidra till och förbättra stadens upphandlingsarbete, utöver de krav som anges i detta förfrågningsunderlag.

15 eller 30 poäng (som ger 15 % respektive 30 % avdrag på anbudssumman) kan utdelas för de mervärden som bedöms finnas i anbudsgivarens beskrivningar och åtaganden avseende hur man avser att aktivt bidra till att utveckla och förbättra stadens upphandlingsarbete. Beskrivningar och åtaganden kan *till exempel* avse genomförande av särskilda seminarier utifrån gjorda erfarenheter, under eventuell avtalstid, av stadens behov och möjliga utvecklingsområden eller genom åtaganden och beskrivningar kring hur man kommer att föreslå ändringar och förbättringar av stadens arbetssätt och styrdokument. För att poäng ska utdelas ska de mervärden som bedöms finnas i anbudsgivarens beskrivningar och åtaganden erbjudas staden utan kostnad. Beskrivningar och åtaganden ska vara tydliga, konkreta och uppföljningsbara för att kunna bedömas medföra mervärde.

Bedömning av åtaganden och beskrivningar avseende utvärderingskriteriet utveckling av stadens upphandlingsarbete kommer att genomföras av en grupp om minst fyra tjänstemän inom Stockholms stad, som samtliga är sakkunniga inom offentlig upphandling och stadens upphandlingsarbete.

Samtliga beskrivningar och åtaganden i anbudet kommer att utgöra avtalsinnehåll.

Anbudsgivaren ska beskriva hur man aktivt kommer bidra till och förbättra stadens upphandlingsarbete utöver de krav som anges i förfrågningsunderlaget. (Fritextsvar)”

Förvaltningsrättens bedömning

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan därvid endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kravet på transparens och likabehandling innebär bland annat att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. En anbudsgivare ska exempelvis genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur utvärderingen av anbud kommer att gå till. Emellertid medför de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Likabehandlingsprincipen innebär vidare enligt fast praxis att lika situationer inte får behandlas olika såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

Likabehandlingsprincipen

Bolaget har anfört att utvärderingen av anbuden inte har skett i enlighet med likabehandlingsprincipen. Enligt förfrågningsunderlaget måste åtaganden under punkten 4.3 vara tydliga, konkreta och uppföljningsbara för att kunna bedömas medföra ett mervärde för Staden. Åtagandena måste även förbättra stadens upphandlingsarbete utöver de krav som anges i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten har tagit del av både vad Bolaget har anfört i sitt anbud med anledning av punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget och vad som anges i vinnande anbud under motsvarande punkt. Därvid kan konstateras att det i vinnande anbud har angivits flera åtaganden, såsom utbildningstillfällen och seminarier, som är preciserade till antalet. Flera åtaganden är även preciserade till tidpunkt och antalet möjliga deltagare. Bolaget har särskilt pekat på att det i sitt anbud har erbjudit sig att genomföra analyser och uppföljningar av avtal, att utföra revision av upphandlingar, att ta fram utvecklingsstrategier samt att utveckla upphandlingsrutiner. Bolaget har även poängterat att det har erbjudit Staden ett odefinierat antal seminarier inom ett stort antal upphandlingsrelaterade ämnen samt att Bolagets konsulter kan komma att fungera som mentorer för Stadens upphandlare.

De av Bolaget erbjudna seminarierna är inte preciserade till antalet och övriga åtaganden som bolaget har pekat på, förutom revision av upphandlingar, är sådana uppdrag som redan ingår i upphandlingen, se under punkten 3 i förfrågningsunderlaget. Erbjudandet om revision av upphandlingar kan enligt förvaltningsrätten inte anses vara tydligt, konkret och uppföljningsbart. Bolaget har därmed inte visat att deras anbud, i den del det avsett punkten 4.3, innehåller åtaganden och beskrivningar som är tydliga, konkreta och uppföljningsbara och som medför ett mervärde för Staden. Förvaltningsrätten anser därmed inte att Bolaget har visat att utvärderingen av deras anbud har skett i strid med förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte heller visat att

Staden skulle ha utvärderat andra anbudsgivares anbud annorlunda än Bolagets anbud.

Kravet på transparens i förfrågningsunderlaget

Bolaget har även anfört att kriteriet i punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget är utformat på ett sådant sätt att Staden genom den valda utvärderingsmodellen förbehållit sig en fri prövningsrätt av anbuderna. Förvaltningsrätten konstaterar att det av punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget framgår hur en anbudsgivare ska utforma sitt anbud för att få prisavdrag. Hur kriteriet skulle komma att utvärderas är tydligt presenterat i förfrågningsunderlaget. Eventuella anbudsgivare har getts möjlighet att tolka kriteriet på samma sätt. Förvaltningsrätten anser inte att punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget brister i transparens på det sätt som Bolaget har påstått.

Proportionalitetsprincipen

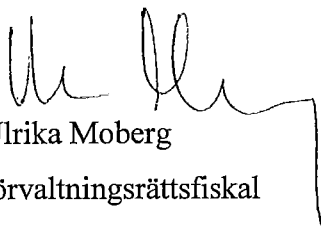
Bolaget har gjort gällande att förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen eftersom det kostnadsfria mervärde som vinnande anbud erbjuds med anledning av punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget innebar en minskning av anbudspriset med 30 procent vid utvärderingen. Som nämnts ovan får även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Förvaltningsrätten konstaterar att de kostnadsfria tjänsterna har fått ett stort genomslag vid anbudsutvärderingen. Syftet med upphandlingen är att ge stadens upphandlande myndigheter möjlighet att anlita utomstående kompetens för stöd, utbildning och rådgivning i upphandlingsfrågor. Med hänsyn till syftet med upphandlingen måste de erbjudna kostnadsfria tjänsterna anses innebära ett mervärde för Staden. Det är därmed befogat att de kostnadsfria tjänsterna tilldelas poäng vid utvärderingen. Förvaltningsrätten anser inte att Bolaget

har visat att poängsättningen av de kostnadsfria tjänsterna strider mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte är visat annat än att Staden i sin utvärdering av Bolagets anbud, och vid utformningen av förfrågningsunderlaget, har uppfyllt kraven enligt LOU och gemenskapsrätten. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1a LOU).



Ulrika Moberg
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit föredraganden Peter Collert.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 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 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 vartill 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU