

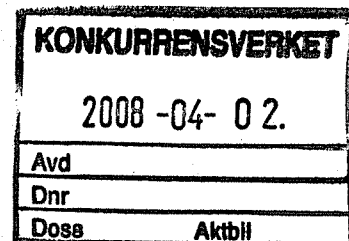
LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN

DOM
2008-04-01
Meddelad i
Luleå

Mål nr
271-08 E
Rotel 4

SÖKANDE

WSP Sverige AB, 556057-4880
121 88 Stockholm-Globen
Ombud: Advokat Stefan Gustavsson
c/o Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm



MOTPARTER

1. Haparanda Stad
953 31 Haparanda

2. Kalix kommun
952 81 Kalix

3. Luleå kommun
971 85 Luleå

4. Piteå kommun
941 85 Piteå

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

Luleå kommun har - tillsammans med Haparanda kommun, Kalix kommun och Piteå kommun – (nedan kommunerna) upphandlat ”Vindkraftutredning i Norrbottens skärgård”. Enligt tilldelningsbesked den 29 januari 2008 har kommunerna beslutat att tilldela ÅF-Infrastruktur AB avtalet.

WSP Sverige AB, WSP, har ansökt om överprövning enligt LOU och yrkat att rättelse av upphandlingen ska göras på så sätt att kommunerna ska göra om anbudsutvärderingen i enlighet med anbudsförutsättningarna med tillämpning av en linjär poängsättningsmodell avseende utvärderingskriteriet ”Pris”. WSP har även yrkat interimistiskt beslut.

Dok.Id 41951

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849	Skeppsbrogatan 41	0920-29 54 90	0920-29 54 98	måndag – fredag
971 26 Luleå		E-post: lansratteninorrboten@dom.se		09:00-12:00
		http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottens_lan/		13:00-16:00

Länsrätten har den 8 februari 2008, med komplettering den 12 februari 2008, förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

WSP har till stöd för sin ansökan anfört bl.a. följande: Kommunerna har i förfrågningsunderlaget angett att anbuden skulle utvärderas med tillämpning av utvärderingskriterierna "Kvalitet" och "Pris". Den inbördes vikten angavs till 70 % för utvärderingskriteriet "Kvalitet" och till 30 % för utvärderingskriteriet "Pris". Vart och ett av utvärderingskriterierna skulle enligt förfrågningsunderlaget poängsättas i skalan 1-10. Det angavs vidare att poängbedömningen av anbudens priser skulle gå till så att anbud med lägst pris får betyget 10 multiplicerat med viktningen och att ett anbud maximalt kunde få 10 poäng. Vid utvärdering av anbuden framgår att kommunerna har tillämpat följande poängsättningsprinciper. Beträffande utvärderingskriteriet "Kvalitet" har det anbud som erhållit flest svars-poäng – WSP:s anbud - erhållit 10 poäng. Övriga anbud har tilldelats poäng som står i direkt och linjär relation till WSP:s poäng. Det vinnande anbudet från ÅF-Infrastruktur, vilket erhöll 16 svars-poäng, har således och i enlighet med anbuds-förutsättningarna tilldelats $(16/18 \times 10)$ 8,89 poäng. Detsamma gäller vid poängsättning av övriga anbudsgivares anbud. Av anbudsutvärderingen och av vad som framkom vid WSP:s telefonkontakt med kommunens Leif Laestander den 31 januari 2008 framgår att kommunerna i sin utvärdering av kriteriet "Pris" har tillämpat en poängsättningsmodell som innebär att ett pris som är dubbelt så högt som det lägsta anbudspriset ges halva poängen (dvs. 5 poäng), ett pris som är tre gånger så högt som det lägsta anbudet ges en tredjedel av poängen (dvs. 3,33 poäng) ett anbud som är fyra gånger så högt som det lägsta anbudspriset ges en fjärdedel av poängen (dvs. 2,5 poäng) osv. Denna poängberäkningsmodell medför att ju närmare det lägsta anbudspriset det pris som ska poängsättas ligger, desto större blir poängskillnaden beräknad per krona. Denna effekt har knappast någon relevans för anbudens värde för kommunerna och det framgår inte heller av anbuds-

förutsättningarna att kommunerna skulle komma att utvärdera anbudspriserna utifrån en sådan icke-linjär poängberäkningsmodell. Inte heller har anbudsgivarna av någon annan anledning haft skäl att utgå från att anbudspriserna skulle komma att utvärderas med en särskild ickelinjär måttstock, där utfallet inte har varit kalkylerbart för anbudsgivarna. ÅF-Infrastruktur har lämnat anbud med lägsta pris (530 000 kr) och ska enligt anbudsförutsättningarna erhålla 10 poäng. För att erhålla en rättvisande utvärdering av övriga anbudspriser och för att upprätthålla den i anbudsförutsättningarna angivna viktningen måste ett linjärt förhållande upprätthållas i poängberäkningen även för utvärdering av kriteriet "Pris". Vid en linjär poängfördelning där lägsta anbudspris ges 10 poäng och högsta anbudspris ges 1 poäng skulle WSP erhållit 8,0783 poäng, 2,42 poäng efter viktning och 9,42 sammanlagd viktad poäng. Vid en linjär poängfördelning där lägsta anbudspris ges 10 poäng och 1 poäng ges vid ett anbudspris som är tio gånger så högt som det lägsta anbudspriset skulle WSP erhållit 9,229 poäng, 2,77 poäng efter viktning och 9,77 sammanlagd viktad poäng. Exempelen ovan visar att varje linjär poängberäkningsmodell för utvärderingskriteriet "Pris" inom anbudsförutsättningarna skulle ha medfört att WSP:s anbud skulle ha erhållit den högsta sammanlagda viktade poängen och att WSP:s anbud således med tillämpning av anbudsförutsättningarna ska anses ha lämnat det för kommunerna ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunerna har i anbudsförutsättningarna angett att kommunerna värdesätter pris och kvalitet med viktningen 70 % respektive 30 %. WSP har vid framtagande av sitt anbud utgått från de anbudsförutsättningar som framgick av förfrågningsunderlaget och därvid sett det som en självklar förutsättning att kvalitet och pris skulle komma att mätas med samma måttstock och att poängberäkningen även avseende utvärderingskriteriet "Pris" skulle komma att ske genom en kalkylerbar linjär poängsättningsmodell. Genom de utvärderingskriterier som anges i förfrågningsunderlaget och viktningen mellan dessa har kommunerna tydliggjort den anbudsförutsättningen att kommunerna, i vart fall vid utformningen av förfrågningsunderlaget, lagt mycket stor vikt vid att

erhålla anbud som medför en hög kvalitet på den vindkraftsutredning upphandlingen avser och att avsevärt mindre vikt lagts vid priset för utredningen. WSP har svårt att frigöra sig från intrycket att kommunerna vid utvärdering av anbuden sökt ändra sina värderingsgrunder för att finna en poängsättningsmetod som medför att ett billigare anbud än det ekonomiskt mest fördelaktiga ska antas. Den av kommunerna tillämpade poängsättningsmodellen för utvärdering av kriteriet "Pris" står i strid med anbudsförutsättningarna, 1 kap. 4 § LOU samt de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet. Kommunerna har således brutit mot det upphandlingsrättsliga regelverket. Detta har medfört att WSP lidit eller kan komma att lida skada. WSP:s talan ska därför bifallas.

Kommunerna har bestritt ansökan. För det fall länsrätten skulle anse att kommunerna brutit mot LOU till skada för WSP bestrider kommunerna att upphandlingen ska rättas och yrkar istället att upphandlingen i så fall ska göras om. Vidare har anförts bl.a. följande: Kommunernas modell för utvärdering av kriteriet "Kvalitet" ser ut så att anbudsgivarens antal "rätt" svar divideras med totalt antal frågor. Summan multipliceras med tio. Resultatet multipliceras därefter med viktningsgraden 70 procent (ex. 16 svar/18 frågor $\times 10 = 8,89$ poäng $\times 0,7 = 6,22$ kvalitetspoäng efter viktning). Modellen är i och för sig linjär. Den är dock inte utformad så att den som svarat "rätt" på flest antal frågor får tio poäng medan den som svarat "rätt" på minst antal frågor får en poäng. Varför en anbudsgivare skulle anse sig ha fog för att utgå från att utvärderingen av pris skulle ske på sistnämnda vis förstår därför inte kommunerna. Tvärtom är ett sådant antagande fullständigt orimligt eftersom modellen i många fall ger orimliga konsekvenser. Luleå kommun använder sedan många år tillbaka en viss modell för utvärdering av pris. Modellen har följande utseende. Lägst pris får tio poäng. Poängsättningen för övriga anbud sker med utgångspunkt från det lägsta priset. Anbudsgivarens A:s pris divideras sålunda med anbudsgivarens B:s pris. Resultatet multi-

pliceras med tio, vilket resultat i sin tur multipliceras med viktningsgraden (ex. lägsta pris 530 000 kr/WSP:s pris 885 000 kr = $0,599 \times 10 = 5,99$ poäng $\times 0,30$ WSP erhåller 1,8 prispoäng efter viktning). Luleå kommun har valt den aktuella utvärderingsmodellen eftersom det är den enda som ger ett rimligt resultat. Det är nämligen så att en linjär modell där lägsta pris ger tio poäng och högsta pris ger en poäng ofta ger alldeles orimliga resultat (dock inte i detta fall eftersom priserna för ovanlighetens skull är väldigt spridda, men det går förstås inte att förutse). I de flesta upphandlingar ligger anbudsgivarnas priser ganska nära varandra. Det kan skilja på några tusenlappar. Att då ge den anbudsgivare som lämnat lägst pris tio poäng och den som lämnat högst pris en poäng, trots att priserna bara skiljer sig åt med några tiotusenkronor, är inte gångbart. Poängsättningen för pris skulle då dessutom slå så hårt att kommunen helt skulle kunna hoppa över "mjuka" kriterier såsom kvalitet vid utvärderingen. Eftersom utfallet av en linjär modell är helt beroende av spridningen av priserna är en sådan modell inte kalkylerbar för anbudsgivarna. Den uppfyller knappast LOU:s krav på proportionalitet och transparens. Den fulländande utvärderingsmodellen finns tyvärr inte. Den modell kommunerna valt att använda ger dock alltid anbudsgivare med priser som ligger nära varandra poäng som ligger nära varandra. Det är något anbudsgivarna räknar med och också har rätt att räkna med. Med en poängsättning i skalan 1-10 där lägsta poäng ger tio poäng är kommunernas lösning den enda tänkbart rimliga. Det har aldrig tidigare hänt att en anbudsgivare ifrågasatt modellen. I förfrågningsunderlaget står att pris kommer att poängsättas i skalan 1-10 där lägst pris får betyget tio multiplicerat med viktningen. Kommunerna har inte angett i förfrågningsunderlaget att de kommer att utvärdera pris enligt en linjär modell. Vidare har de inte underförstått, genom utvärderingen av kriteriet kvalitet eller på annat sätt, gett anbudsgivarna fog för ett sådant antagande. Tvärtom gör kommunerna gällande att den modell kommunerna använt väl ryms inom vad de angett i förfrågningsunderlaget om hur värderingen skulle gå till. Detta särskilt med tanke på att ingen annan rimlig alternativ utvärderings-

modell, kommunerna veterligt, finns. Dessutom gör kommunerna gällande att den av kommunerna valda modellen är väl förenlig med LOU. För det fall länsrätten skulle anse att kommunernas poängsättningsmodell strider mot anbudsförutsättningar och/eller att den strider mot LOU anser kommunerna att upphandlingen ska göras om. Kommunerna har inte avsett att använda en linjär utvärderingsmodell. Den i sig står i strid med LOU och kan inte utgöra grund för ett beslut om rättelse. Kommunen måste i så fall få göra om upphandlingen.

WSP har genmält bl.a. följande: Kommunerna anger att Luleå kommun sedan många år tillbaka använder en viss modell för utvärdering av pris. Denna modell framgår dock inte av förfrågningsunderlaget i upphandlingen. Det kan inte accepteras att det som anbudsförutsättning, utöver vad som anges i förfrågningsunderlaget, skulle gälla att anbudsgivare ska efterforska vilka utvärderingsmetoder en av de upphandlande myndigheterna har använt i andra upphandlingar och därav dra slutsatser om värdering av anbudet och att den inbördes viktningen av angivna kriterier därigenom kommer att påverkas. Kommunerna har i förevarande upphandling valt att knyta maximal poäng för kriteriet "Pris" till lägsta anbudssumma, vilket således medför att en parameter i det linjära sambandet entydigt kan och ska fastslås. Kommunerna har i anbudsförutsättningarna lämnat öppet för hur det andra värde, som krävs för att fastlägga måttstocken, ska fastställas. Det ligger därvid inom anbudsförutsättningarna att bestämma ett sådant värde genom att ett högt fast belopp som ger en poäng, t.ex. genom att som WSP har angett i sin ansökan och som framgår av ingiven graf, bestämma detta belopp genom att multiplicera den lägsta anbudssumman med tio, eller alternativt genom att utdela en poäng till anbud med högsta anbudssumma, vilket enligt WSP:s förmenade ger brantast möjliga rimliga samband. Kommunerna anger själva att inte ens i detta fall skulle något orimligt resultat uppnås. Vad kommunerna anger om att linjära poängsättningsmodeller skulle ge orimliga resultat, är felaktigt och ägnat att missleda länsrätten.

Exakt hur poängsättning skulle göras i utvärderingen har inte angetts i förfrågningsunderlaget. Som WSP har visat i sin ansökan, leder varje rimlig linjär poängsättningsmodell som tar utgångspunkt i den angivna anbudsförutsättningen att anbud med lägst pris får betyget tio multiplicerat med viktningen, till ett och samma utfall, nämligen att WSP:s anbud är det för kommunerna mest ekonomiskt fördelaktiga. Varje utvärdering av pris medför givetvis att ett anbud med lägre pris i utvärderingen premieras före ett anbud med högre pris. Bruket av en icke linjär poängberäkningsmodell för utvärderingskriteriet "Pris" medför dock att anbudet med lägsta anbudspris i praktiken ges en extra premie som baseras på just det förhållandet att anbudet är lägst. Motsvarande extra premiering av det anbud som har befunnits medföra bäst kvalitet ges dock inte, eftersom kommunerna vid poängsättning av utvärderingskriteriet "Kvalitet" har använt sig av en linjär poängberäkningsmodell. Den i förfrågningsunderlaget angivna viktningen 70 % avseende kvalitet respektive 30 % avseende pris har således förryckts vid kommunernas utvärdering av anbuderna. Kommunerna har i förfrågningsunderlaget (punkt 1.6) angett som anbudsförutsättning att anbuderna bedöms med tillämpning av respektive kriterium "Kvalitet" och "Pris", vilka poängsätts i skalan 1-10 och att poängbedömningen av anbudens priser går till så att anbud med lägst pris får betyget tio multiplicerat med viktningen. Det går inte att utläsa av anbudsförutsättningarna att de båda utvärderingskriterierna ska bedömas med två olika måttstockar; en linjär respektive en icke-linjär. WSP har haft att utgå från att den av kommunerna angivna viktningen återspeglar vad kommunerna efterfrågar i upphandlingen och att utvärderingen skulle ske i överensstämmelse med anbudsförutsättningarna. Huruvida kommunerna redan vid förfrågningsunderlagets upprättande avsett att använda sig av en icke-linjär poängsättningsmodell undandrar sig WSP:s bedömning. En sådan modell framgår inte av de anbudsförutsättningar kommunerna gett i sitt förfrågningsunderlag till anbudsgivarna. En linjär poängsättningsmodell även för utvärderingskriteriet "Pris" medför att den i förfrågningsunderlaget angivna viktningen upprätthålls vid utvärderingen

av anbud. En linjär poängsättningsmodell även för utvärderingskriteriet "Pris" överensstämmer i motsats till den metod kommunerna har använt sig av med de av kommunerna i förfrågningsunderlaget angivna anbudsförutsättningarna och med LOU. Bristen kan åtgärdas genom av WSP yrkad rättelse. Det är således inte nödvändigt att upphandlingen görs om. Om länsrätten skulle finna att bristerna i upphandlingen är hänförliga till utformningen av förfrågningsunderlaget och att felaktigheterna i upphandlingen inte kan åtgärdas med mindre än att upphandlingen görs om, inbegrips givetvis även en sådan rättsföljd i WSP:s talan. WSP:s ansökan är föranledd av att WSP menar sig ha fog för att uppfatta anbudsförutsättningarna på sådant sätt att kommunerna efterfrågat utredningstjänster där kvaliteten är betydligt mer väsentlig än priset (70 % respektive 30%) och har utformat sitt anbud från dessa förutsättningar för att i konkurrens med övriga anbudsgivare tävla om uppdraget. WSP menar att kommunerna vid sin utvärdering av anbud, genom att tillämpa en icke-linjär poängsättningsmodell för utvärderingskriteriet "Pris" har frångått de anbudsförutsättningar och värderat priset högre respektive kvaliteten lägre än vad som framgått av anbudsförutsättningarna. WSP menar att kommunerna därigenom har förfarit i strid med anbudsförutsättningarna, 1 kap. 4 § LOU samt de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet. Om det felaktiga förfarandet beror på att kommunerna vid utvärderingen av anbud ändrat sig beträffande värderingsgrunderna eller om felet har någon annan förklaring kan WSP inte avgöra.

Kommunerna har tillagt bl.a. följande: Kommunerna har inte påstått att det förhållandet att Luleå kommun under många år använt en och samma modell för utvärdering av pris utgör en anbudsförutsättning. Kommunerna har påtalat nämnda förhållande eftersom WSP påstått att kommunerna ändrat sina värderingsgrunder för utvärdering av pris under pågående upphandling.

Kommunerna har tidigare invänt att en anbudsgivare inte kan göra några antaganden om utvärderingen av pris utifrån utvärderingen av kvalitet. Detta vidhålls av kommunerna. Kommunerna vidhåller även att en linjär modell ger så orimliga resultat i många fall att den är oanvändbar och att ett antagande om att kommunerna skulle använda sig av en sådan modell faller på sin egen orimlighet. Att en linjär modell inte ger ett orimligt resultat i just detta fall är ovidkommande eftersom ingen kan förutse hur utfallet kommer att bli när förfrågningsunderlaget tas fram och det är då valet av modell sker. Kommunerna vidhåller slutligen även att eftersom det är uppenbart att en linjär modell är oanvändbar, och eftersom den enda återstående rimliga modell som är kvar är den kommunerna har använt, så kan den modell kommunerna använt inte anses falla utanför förfrågningsunderlagets lydelse. Kommunerna har således gjort rätt som utvärderat på det sätt som skett. Det kommunerna anger om linjära poängsättningsmodeller och orimligt resultat är absolut inte fel eller missledande. Möjligen är det därför WSP inte bemöter kommunernas resonemang i den delen ytterligare. Priserna vid aktuell upphandling hade lika gärna kunnat ligga mycket nära varandra. Anbud med högsta pris hade då fått en poäng medan bud med lägsta pris hade fått tio poäng trots att priserna kanske bara hade skiljt med några tusenlappar (eller några kronor). WSP säger sig ha kalkylerat med att kommunerna skulle använda en linjär modell vid utvärderingen av pris. WSP borde då rimligen ha upptäckt den uppenbara brist som den linjära prismodellen har. Det räcker dessutom med att något ändra förutsättningarna i aktuell upphandling för att visa att kommunernas resonemang inte är fel. En modell där man i förväg anger att det anbud som har ett pris som är tio gånger så högt som priset i anbudet med lägst pris, får en poäng är än mer ohållbar då man ju i förväg inte vet vad det lägsta priset, eller några andra priser för den delen, är. Kommunerna förstår inte WSP:s resonemang i denna del. Det bestrids att varje rimlig linjär poängsättningsmodell som tar utgångspunkt i att anbud med lägsta pris får betyget tio multiplicerat med viktningen leder till ett och samma utfall. Låt säga att det bara hade funnits

fem anbud istället för sju och att de två med högst pris fallit bort (vilket inte är orimligt). WSP:s anbud vars pris låg på femte plats hade då varit dyrast och fått ett prispoäng (0,3 efter viktning). ÅF-Infrastruktur, vars anbud hade lägst pris, hade fått tio prispoäng (3,0 efter viktning). I hela utvärderingen hade ÅF-Infrastrukturens anbud fått högsta poäng (9,22) medan WSP:s anbud hamnat först på fjärde plats totalt sett (7,30). Ett annat icke orimligt scenario är att det hade funnits sex anbud istället för sju och det med högst pris fallit bort. WSP:s anbudspris hade även då legat på femte plats men varit näst dyrast. Också här hade ÅF-Infrastruktur fått högst poäng (9,22) medan WSP hade hamnat på andra plats (8,75). Trots att WSP:s anbudspris hela tiden legat på samma plats, dvs. femte, och innehållet i anbuden på plats ett till fyra inte ändrats blir utfallet helt olika. Med en linjär modell kan således ett anbud hamna på första plats, andra plats eller fjärde plats utan att det finns några sakliga skäl för det. Det hela återspeglar hur oförutsebart och orimligt utfallet av en linjär modell kan bli och att den därför är oanvändbar. Det hela återspeglar också att det inte alls är självklart att viktningen 30 % för pris och 70 % för kvalitet upprätthålls vid en linjär modell såsom motparten påstår. Faktum är att poängsättningen för pris kan ge stor skillnad mellan anbudsgivare med nästan samma priser att kvalitet får helt underordnad betydelse. Kommunerna är medvetna om att den modell de använt får de konsekvenser som motparten uppgett (en viss "premie" för det lägsta anbudet och ej hundra procentigt genomslag för viktningen av utvärderingskriterierna) och att den därför inte är optimalt utformad. Den ger dock ett resultat som nästan aldrig kan ifrågasättas och det är den enda gångbara modellen att använda under de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget. Den modell WSP gör gällande ska tillämpas innehåller så allvarliga brister att den är oanvändbar. Frågan i målet är, som kommunerna uppfattat det, om WSP visat att förfrågningsunderlaget anger att utvärderingen av pris kommer att ske enligt en linjär modell. Som framgår ovan bestrider kommunerna detta. Om så ändå skulle anses visat medger kommunerna att de frångått anbudsförutsättningarna och handlat i strid med

LOU och gemenskapsrätten genom att utvärdera enligt en annan modell. Kommunerna bestrider dock att upphandlingen under sådana förhållanden ska rättas. Kommunerna har inte avsett att använda en linjär modell. Förfrågningsunderlaget har i så fall blivit felaktigt utformat. Användandet av en linjär modell strider dessutom, av de skäl kommunerna redogjort för ovan, mot LOU. Upphandlingen ska därför i så fall göras om.

WSP har genmält bl.a. följande: Kommunernas påstående om att Luleå kommun aldrig tillämpar linjära utvärderingsmodeller för utvärderingskriteriet "Pris" är felaktigt. Luleå kommun har i upphandling av generalkonsult avseende inventering och projektering av energibesparingsåtgärder – VVS och EL tillämpat en linjär utvärderingsmodell för utvärderingskriteriet "Pris". Kommunerna söker genom hypotetiska resonemang och felaktiga påståenden missleda länsrätten. WSP har inte angett och anser inte att det skulle åligga kommunerna att tillämpa någon utvärderingsmodell som ger orimliga resultat. Vad WSP angett är att kommunerna är skyldiga att utföra utvärderingen i enlighet med de i förfrågningsunderlaget angivna anbuds-förutsättningar. Kommunerna är således förhindrade att tillämpa en utvärderingsmodell för utvärderingskriteriet "Pris" som bl.a. medför avvikelse från den viktning som angetts i förfrågningsunderlaget. Den av kommunerna i denna upphandling tillämpade utvärderingsmodellen ger som kommunerna uttrycker det "ej hundra procentigt genomslag för viktningen av utvärderingskriterierna". Konsekvenserna av denna av kommunerna således vitsordade avvikelse, är att WSP inte tilldelas upphandlingskontraktet, vilket skulle ha varit fallet om kommunerna gjort utvärderingen med tillämpning av de förutsättningar kommunerna angett i förfrågningsunderlaget. En utvärdering med tillämpning av linjära samband mellan offererade priser och poängsättning därav, medför – till skillnad från den metod kommunerna har använt sig av i denna upphandling – att anbuds-förutsättningarna upprätthålls. Det finns inte något utrymme för upphandlande enheter att vid utvärderingen av anbuden göra avvikelser från anbuds-förutsättningarna och

därigenom anta ett annat anbud än det som enligt anbudsförutsättningarna är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. WSP har visat att kommunerna har frångått anbudsförutsättningarna vid sin utvärdering av utvärderingskriteriet "Pris". Detta har även uttryckligen vitsordats av kommunerna..

Kommunerna har tillagt bl.a. följande: Till förtydligande kanske kan sägas att med "linjär modell" avser kommunerna någon av de linjära modeller för utvärdering av pris som WSP anser att kommunerna borde ha använt i aktuellt fall. Sådana modeller använder inte Luleå kommun eftersom de är oanvändbara. Den modell som kommunerna använt i aktuellt fall är den modell Luleå kommuns inköpsavdelning regelmässigt nyttjar. Det är dock vanligt att Luleå kommuns tekniska förvaltning gör egna upphandlingar. Den upphandling av tekniska förvaltningen som WSP hänvisar till har en utvärderingsmodell där lägsta pris får fem poäng och där övriga priser får poäng efter hur många procent över lägsta pris som priset ligger med hjälp av en särskilt framtagen priskurva. Tekniska förvaltningen använder, enligt uppgift från avdelningschefen för projektutveckling, inte linjära modeller eftersom priset då får alltför stor betydelse i förhållanden till övriga utvärderingskriterier. WSP har angett att kommunerna borde ha använt en linjär modell vid utvärderingen av pris och då angett två alternativ som enligt WSP omfattas av anbudsförutsättningarna. Enligt det första alternativet får lägsta pris tio poäng och högsta pris en poäng. Enligt det andra alternativet får lägsta pris tio poäng och det pris som ligger tio gånger över lägsta pris en poäng. Båda modellerna är oanvändbara i aktuellt fall av de skäl som kommunerna tidigare anfört. Kommunerna kan därför inte se annat än att WSP uppgett att kommunerna ska använda en modell som ger orimligt resultat och är oanvändbar. WSP:s förordnade modeller upprätthåller normalt sett inte heller viktningen (att de gör det i just detta fall är en ren slump), vilket kommunerna också tidigare visat på. Hur man då kan tolka förfrågningsunderlaget, vars ordalydelse inte nämner något om detta, som att kommunerna skulle använda någon av modellerna framstår som oförklar-

ligt. Förfrågningsunderlaget kan således inte tolkas så. Kommunerna har också visat att det inte stämmer att varje utfall vid utvärdering enligt en linjär modell skulle utfalla till WSP:s fördel såsom WSP påstått. Det är möjligt att WSP menar med att kommunerna för hypotetiska resonemang. WSP har inte bemött påståendet om att modellerna är oanvändbara m.m. på något annat sätt än att kommunerna skulle försöka missleda länsrätten genom hypotetiska resonemang och felaktiga påståenden. Vad som är hypotetiskt och fel anges dock inte. Kommunerna medger att förfrågningsunderlaget och den modell som de använt inte är optimalt utformade. Enligt kommunernas uppfattning är dock bristerna inte sådana att kommunerna ska anses ha brutit mot LOU eller gemenskapsrätten.

WSP har genmält bl.a. följande: WSP medger att det i förfrågningsunderlaget i Luleå kommuns tidigare upphandling av generalkonsult avseende inventering och projektering av energibesparingsåtgärder – VVS och EL, har angetts den prisutvärderingskurva som kommunerna åberopar. Det är riktigt att den prisutvärderingskurva som angetts i förfrågningsunderlaget i den upphandlingen inte är linjär. Detta gäller dock endast vid stora prisskillnader. Såvitt gäller tillämpad del av kurvan är den linjär och påverkar inte viktningen i förhållande till övriga utvärderingskriterier. I övrigt vidhåller WSP vad som tidigare angetts i målet och vill pläderingsvis framhålla följande. Om kommunerna avsett att tillämpa en icke-linjär utvärderingsmodell för kriteriet "Pris" – på samma sätt som Luleå kommun gjort i sin tidigare upphandling av generalkonsult avseende inventering och projektering av energibesparingsåtgärder – så skulle kommunerna ha angett detta i anbudsförutsättningarna för nu aktuell upphandling. Eftersom detta inte angetts i förfrågningsunderlaget i nu aktuell upphandling ska utvärderingen i denna upphandling göras på ett sådant sätt att den i anbudsförutsättningarna för den aktuella upphandlingen angivna viktningen mellan utvärderingskriterierna upprätthålls, dvs. genom att använda en linjär måttstock även för offererade priser och inte endast för utvärderingskriteriet "Kvalitet". WSP

vidhåller att det inte går att utläsa av förfrågningsunderlaget i nu aktuell upphandling att kommunerna ska tillämpa en utvärderingsmodell för kriteriet "Pris" som innebär att utvärderingskriteriet "Pris" i själva verket ska tillmätas större vikt än i förfrågningsunderlagets angivna 30 % och att det är just en sådan rubbning av anbudsförutsättningarna som kommunerna åstadkommit genom att i den aktuella upphandlingen tillämpa den icke-linjära utvärderingsmodell, vars effekter tydlig illustreras i den av WSP framtagna grafen. WSP yrkar att anbudsutvärderingen i enlighet med anbudsförutsättningarna ska göras om med tillämpning av en linjär poängsättningsmodell för utvärderingskriteriet "Pris" och i målet angett exempel på utvärderingsmetoder som medför att utvärderingen av de i aktuell upphandling angivna anbuden överensstämmer med de i aktuell upphandling angivna anbudsförutsättningarna. Kommunerna har medgett att en linjär modell ger ett rimligt resultat just i detta fall men har sökt konstruera andra situationer där enligt kommunerna förmenande orimliga resultat skulle uppnås. Det är kommunerna som har angett anbudsförutsättningarna. Det är kommunerna som har angett viktningen mellan utvärderingskriterierna "Kvalitet" och "Pris". WSP har avgett anbud med beaktande av de anbudsförutsättningar, däribland viktningen, som kommunerna har angett. Det ankommer på kommunerna att utvärdera anbuden i enlighet med de av kommunerna angivna anbudsförutsättningarna. Vad kommunerna har angett om orimliga resultat förstärker endast WSP:s intryck av att kommunerna vid utvärderingen av anbuden velat ändra sig beträffande kommunernas värdering av pris i förhållande till kvalitet och sökt tillämpa en utvärderingsmodell som förrycker anbudsförutsättningarna. WSP har visat att kommunerna har frångått anbudsförutsättningarna vid sin utvärdering av utvärderingskriteriet "Pris". Detta har även uttryckligen vitsordats av kommunerna.

DOMSKÄL

I målet ska bestämmelserna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU, tillämpas då upphandlingen påbörjats före den 1 januari 2008.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Enligt 7 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 4 § LOU anges huvudregeln om affärsmässighet. Där stadgas att upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 6 kap. 12 § LOU ska en upphandlande enhet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten ska i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Beträffande frågan om utformningen av förfrågningsunderlag m.m. har Regeringsrätten i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 anfört bl.a. följande: Lagen om offentlig upphandling, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också 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 får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande.

Av förfrågningsunderlaget (punkten 1.6) framgår att prövning av anbud kommer ske i två steg, kvalificeringsfas och utvärderingsfas. ”I utvärderingsfasen utvärderas de anbud som gått vidare från kvalificeringsfasen. Prövning kommer att ske enligt principen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” med hänsyn till nedan angivna kriterier, viktningsgrad anges inom parantes.

- Kvalitet (70%)
- Pris (30%)

Anbuden bedöms efter respektive kriterium vilka poängsätts i skalan 1-10. Erhållen poäng multipliceras sedan med angiven viktningsprocent. Poängbedömningen av anbudens priser går till så att anbud med lägst pris får be-

tyget tio multiplicerat med viktningen. Ett anbud kan alltså få maximalt 10 poäng”.

Länsrättens bedömning.

Det är i mål enligt LOU inte länsrättens uppgift att göra en ny utvärdering. Prövningen enligt LOU utgör i stället en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 7 kap 2 § LOU. Grund för att ingripa mot en upphandling föreligger först om det visas att förfrågningsunderlaget inte ger en tydlig och rättvisande bild av vad som efterfrågas, att utvärderingen gjorts med en påtaglig avvikelse från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget eller att anbudsgivare inte behandlats likvärdigt.

Av det ovan angivna förfrågningsunderlaget (punkten 1.6) framgår den modell för utvärdering av kriteriet pris som har valts. Den modell som kommunerna använt vid utvärderingen inryms enligt länsrättens uppfattning inom vad som angetts i förfrågningsunderlaget, även om förfrågningsunderlaget skulle ha kunnat förtydligas ytterligare i angiven del. Det är mellan parterna ostridigt att den använda modellen inte är optimalt utformad. Länsrätten kan dock inte se att anbudsgivarna har haft fog för sitt antagande att kommunerna skulle komma att utvärdera pris enligt en linjär modell. Enligt länsrättens mening har inte heller visats annat än att modellen är väl ägnad att leda till ett rättvisande resultat beträffande vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som anförts ovan har i praxis särskilt uttalats att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som visar sig inte vara optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Mot bakgrund härav kan länsrätten inte finna att det föreligger tillräckliga skäl att förordna att den aktuella upphandlingen ska göras om, vilket -

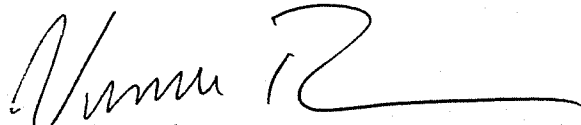
enligt länsrättens uppfattning - är den åtgärd enligt LOU som skulle kunnat komma ifråga. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om överprövning. De tidigare intermistiska besluten från den 8 respektive den 12 februari 2008 ska inte längre gälla.

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

Det erinras särskilt om den s.k. tiodagarsfristen i 7 kap 1 § 3 st LOU



Victoria Bäckström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 nå 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.