



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-03-15
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
724-11 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

P & L Nordic AB, 556353-2521
Box 252
281 23 Hässleholm

Ombud: Advokat Tomas Eliasson och jur. kand. AnnaMalin Petré
Advokatfirman Delphi AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

MOTPART

Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-03-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att Kungsbacka kommuns upphandling
"Kursadministration, dnr UH-10-15" ska göras om.

BAKGRUND

Kungsbacka kommun (nedan kommunen) har genomfört en upphandling avseende Kursadministration, dnr UH-10-15. I tilldelningsbesked den 13 januari 2011 meddelades att Net Competence AB:s anbud kom på första plats och P & L Nordic AB:s (nedan bolaget) anbud kom på andra plats.

YRKANDE M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering av anbuden genomförs, varvid bolagets anbud antas med hänsyn till att det lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan. Förfrågningsunderlaget respektive utvärderingen av anbuden har inte varit transparent och förutsägbart. Sättet på vilken kommunen tillämpat utvärderingsmodellen lämnar utrymme åt skönsmässiga bedömningar, vilket är i strid med gällande praxis och upphandlingsrättens grundläggande principer. Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada av de ageranden i strid med LOU som förekommit i den aktuella upphandlingen. – Av den utvärderingsmodell som använts för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet framgår att ”anbudspriset” är föremål för utvärdering. Vad som utgör ”anbudspris” definieras inte explicit i upphandlingsunderlaget. I svarsbilagan ”Pris” anges fem olika produkter för vilka anbudsgivaren ska ange ett pris. Någon annan slutsats än att det är vad som anges under avsnittet ”Pris” som kommer vara föremål för utvärdering går inte att utläsa av upphandlingsunderlaget. Vid utvärdering av anbuden har dock inte alla avsnitt i svarsbilagan ”Pris” tagits i beaktande och därmed inte ansetts utgöra ”anbudspris”. Av tilldelningsbeslutet framgår att samtliga avsnitt vilka inte benämnts som ”option” har beaktats vid utvärderingen. Härutöver har en av

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
724-11 E

de prisuppgifter vilken Net Competence AB betecknat som option i sitt anbud beaktats vid framtagande av "anbudspris". Kommunen tycks således ha gjort en skönsmässig bedömning av vilka produkter under avsnitt "Pris" som ska beaktas vid framtagande av "anbudspriset". Principen om transparens, som är ett utflöde av likabehandlingsprincipen måste iakttas under hela upphandlingen. Av transparens- och likbehandlingsprincipen följer att en leverantör redan vid anbudets utformning ska kunna förutse vad den upphandlande enheten begär och mot vilka kriterier hans anbud kommer att utvärderas. Upphandlingen brister därför i transparens och likabehandling. – För de fall kommunen har haft för avsikt att enbart beakta vissa prissatta produkter vid utvärderingen av anbuderna, på det sätt som gjorts i upphandlingen, ska detta framgå av upphandlingsmaterialet för att resultatet ska vara förutsägbart och transparent. I annat fall lämnas alltför stort utrymme för godtycke vid anbudsvärderingen. I förevarande fall har det inte, för en normalt omsorgsfull och insatt anbudsgivare, varit möjligt att tolka kriterierna för utvärdering av anbuderna på samma sätt. Inte heller har det varit möjligt för anbudsgivarna att bedöma de egna möjligheterna att lämna konkurrenskraftiga anbud. Anledning härtill är att anbudsgivaren inte vetat vilka priser kommunen anser utgöra "anbudspris". – Den totala kostnaden för en fyraårsperiod är 802 500 kr för Net Competence AB och 1 155 600 kr för bolaget. Denna kostnad är vad kommunen anser utgöra "anbudspris". Vid framtagande av "anbudspris" har kommunen valt att inte beakta optionen "Kompetensinventering/analys i svarsbilagan för pris. Net Competence AB har angivit en kostnad om 100 kr/medarbetare/år för optionen. Detta innebär en total kostnad om 600 000 kr för kommunen. Bolaget har i sitt anbud lämnat ett pris om 276 900 kr för samma produkt. Prisskillnaden uppgår således till 323 100 kr per år för optionen. Även om optionen enbart skulle utnyttjas för halva avtalsperioden skulle Net Competence AB:s anbud vara avsevärt mycket dyrare än bolagets. För det fall samtliga prissatta produkter i svarsbilagan för pris utvärderats hade bolagets anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Kommunen bestrider bifall till sökandens yrkanden. För det fall förvaltningsrätten beslutar något annat ska upphandlingen göras om och inte rättas eftersom optionen inte är aktuell för avrop. Kommunen anför i huvudsak följande. Kompetensverket är inte ens nämnt i den allmänna behovsbeskrivningen i avsnitt "Allmän beskrivning av vara/tjänst", då det hela tiden varit betraktat som en option. Inte heller under avsnitt "Omfattning/volym" tas Kompetensverket upp. Skallkraven i avsnitt "Utvärderingskriterierna och metod" innefattade endast krav rörande det Kursadministrativa systemet eftersom Kompetensverket var att betrakta som option och därför endast belades med börkrav. I "Svarsbilaga Pris" framgår ordagrant i fältet som avser Kompetensinventering att det är att betrakta som en option. Syftet med upphandlingen har varit att tillgodose kommunens behov av ett Kursadministrativt system. Kommunen är idag inte redo att avropa ett Kompetensverktyg, varför detta lades som en option att eventuellt avropa vid ett senare skede. Denna tolkning bekräftas av Net Competence AB som uppfattat Kompetensverket som just en option. Då kommunen i nuläget, och under överskådlig tid, inte har för avsikt att avropa optionen Kompetensverktyg vore det inte "ekonomiskt mest fördelaktigt" för kommunen att rätta upphandlingen så att bolaget står som vinnare. Bolaget har nämligen lämnat ett dyrare anbud på vad upphandlingen i huvudsak gick ut på, nämligen Kursadministrativt system.

Bolaget vidhåller i genmäle sina yrkanden och tillägger bl.a. följande. Bolaget ställer sig inledningsvis frågande till varför prisuppgifter som inte kommer att vara föremål för utvärdering efterfrågas i upphandlingsmaterialet. Ett sådant förfarande riskerar enbart att leda till osäkerhet vid anbuds-givning på ett sådant sätt som nu skett. Härutöver står det klart att, såsom bolaget tidigare anført, förfrågningsunderlag ska vara utformade så att alla rimligt insatta och omsorgsfulla anbudsgivare förstår materialet på samma sätt. Varken av förfrågningsunderlaget eller anbudsintjudan framkommer

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 5
724-11 E

att priset på optionerna inte kommer att vara föremål för utvärdering. Av utvärderingsmodellen framgår enbart att "anbudspriset" är föremål för utvärdering. Frågan är därför vad som ska uppfattas som anbudspris. I svarsbilagan "Pris" anges flera olika punkter för vilka anbudsgivarna ska lämna sitt pris. Några av dem är betecknade som optioner, vilka även de ska pris sättas. Av svarsbilagan framgår inte att samtliga poster som explicit angivits inte kommer vara föremål för utvärdering och därmed inte utgöra en del av vad som ska förstås som "anbudspris". Det står således klart att det är omöjligt för anbudsgivarna att förstå den exakta innebörden av kriteriet och därmed tolka det på samma sätt. Om optionerna ska anses utgöra "anbudspris" eller inte framkommer inte heller av upphandlingsmaterialet i övrigt, och även kommunen medger i sitt yttrande att anbudsgivare uppfattat upphandlingsmaterialet olika.

Kommunen anför i genmäle bl.a. följande. Av upphandlingsunderlaget framgår tydligt att syftet med upphandlingen har varit att tillgodose kommunens behov av Kursadministrativt system. Det framgår också att optionen är av underordnad betydelse, vilket underförstått innebär att den inte kommer att utvärderas. Att kommunen begär pris på optionen är för att få en insikt och därmed kontroll på kostnaden, om man skulle välja att avropa den.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Den aktuella upphandlingen har utförts som en förenklad upphandling enligt LOU. Bestämmelserna i 15 kap. LOU ska därför tillämpas. Enligt 15 kap. 2 § LOU tillämpas vid offentlig upphandling enligt detta kapitel bl.a. även 1 kap., 2 kap., 5 kap. och 16 kap. i LOU.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § LOU ska rätten, 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 har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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 (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets Administrativa Föreskrifter Ramavtal, Kursadministration, dnr UH-10-15, anges bl.a. följande:

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 7
724-11 E

1.1 Allmän beskrivning av vara/tjänst

Syftet med upphandlingen är att tillfredställa kommunens behov av Kurs-administrativt system/verktyg.

1.19 Utvärderingskriterier och metod

Utvärderingen genomförs av en referensgrupp inom kommunen. För varje anbud kommer en sammanvägd utvärdering av nedan angivna kriterier att göras. Kriterierna kommer att utvärderas utifrån en femgradig skala där 5 (fem) är högsta och 1 (ett) är lägsta betyg.

De skall-krav som ska beskrivas och utvärderas kommer att utvärderas enligt skala 3 – 5, där:

- 3 motsvarar att kravet är godkänt
- 4 motsvarar att kravet är godkänt och har för oss bra funktionalitet
- 5 motsvarar att kravet är godkänt och har för oss utmärkt funktionalitet

De bör-krav som beskrivs utvärderas enligt en femgradig skala:

- 1 är lägsta poäng och motsvarar att kravet inte är besvarat och inte godkänt
- 2 motsvarar att kravet är besvarat men inte godkänt
- 3 motsvarar att kravet är godkänt
- 4 motsvarar att kravet är godkänt och har för oss bra funktionalitet
- 5 motsvarar att kravet är godkänt och har för oss utmärkt funktionalitet

Kommunen har för avsikt att bjuda in de 2-3 främsta anbudsgivarna, med hänsyn till följande kriterier, till förhandling. Efter sådan förhandling antas det anbud som erbjuder det, för kommunen, ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

- Pris
- Funktionalitet och användarvänlighet med högst möjliga totalbetyg:

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Utvärdering kommer att ske med hjälp av jämförelsetal/tilläggsstal. Formel som används är:

$$\text{Utvärderingspris} = \text{anbudspris} \times \left[1 + \frac{(\text{högsta möjliga totalbetyg minus anbudsens erhållna betyg})}{100} \right]$$

I Svarsbilaga – Pris, Kursadministration anges bl.a. följande.

PRIS

Benämning	A-pris	Totalpris
Kostnad för systemet/verktyget per år (där samtliga i förfrågningsunderlaget efterfrågade funktioner ingår), inklusive löpande uppdateringar.		
Drift och supportkostnad per år.		
Utbildning av administratörer i grupp om 2-3 personer.		
Option: Utbildningstillfälle/systeminformation på allmän nivå, till större grupper.		
Option: Kompetensinventering/analys (i de fall detta saknas i ovan nämnda system) Per år inklusive drift/support och uppdateringar.		

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Den upphandlande myndigheten har friheten att formulera utvärderingskriterierna utifrån sina behov så länge dessa är transparenta och inte strider mot de grundläggande principerna i LOU.

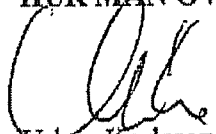
I den formel som kommunen använt sig av för att beräkna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid utvärdering av anbuden i den aktuella upphandlingen utgör "anbudspris" en faktor. Vad som avses med "anbudspris" framgår inte av förfrågningsunderlaget. Av de bilagda handlingarna till tilldelningsbeskedet kan däremot utläsas att kommunen beaktat alla poster i "Svarsbilaga – Pris", förutom de som benämns "option", vid beräkningen av denna faktor. Å ena sidan anges varken i den nyss nämnda svarsbilagan eller i förfrågningsunderlaget något om att "optionsposterna" inte kommer att beaktas vid framtagande av "anbudspris". Å andra sidan anges inte hel-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

ler motsatsen. Anbudsgivarna får därmed anses ha saknat möjlighet att förutse vilka "prisposter" som skulle komma att beaktas vid beräkningen av anbudspriset. Med hänsyn härtill får kommunens förfrågningsunderlag med tillhörande svarsbilaga avseende pris i aktuellt avseende anses ha brustit i förutsägbarhet. Kommunens utvärderingsformel strider därför mot principerna för offentlig upphandling, som anges 1 kap. 9 § LOU. Vad kommunen anför föranleder inte någon annan bedömning.

Bristen är sådan att den inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärder med stöd av 16 kap. 5 § LOU finns därför. Enligt detta lagrum kan förvaltningsrätten, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (jfr RÅ 2005 ref. 47). Om det fel som förekommit påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör upphandlingen normalt göras om (jfr RÅ 2008 not 26). Eftersom bristen i förevarande fall är hänförlig till förfrågningsunderlaget med tillhörande svarsbilaga avseende pris, och därmed kan ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen måste därför göras om.

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



Urban Karlsson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Martin Sand.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 var till 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

- 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,
- det beslut som överklagas med uppgift
- om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
- de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
- den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
- 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 3109/1B LOU