



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Christian Härdgård

DOM
2010 -11- 0 2
 Meddelad i
 Malmö

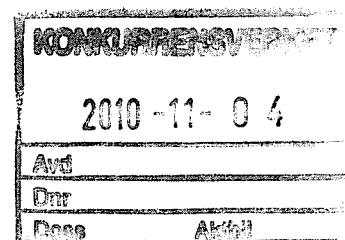
Mål nr
 12772-10 E

SÖKANDE

Alfa Kommun & Landsting AB, 556549-2807
 Dockplatsen 1
 211 19 Malmö

Ombud:

Advokat Jerker Alm
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1064
 251 10 Helsingborg

**MOTPART**

Sydskaenes Avfallsaktiebolag, SYSAV, 556187-0410
 Box 50344
 202 13 Malmö

Ombud:

Advokat Anders Boquist
 Advokat Nicklas Hansson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
 Box 226
 201 22 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Sydskaenes Avfallsaktiebolag, SYSAV:s upphandling av datakonsulttjänster ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Sydskanes Avfallsaktiebolag, SYSAV, (nedan SYSAV) genomför en upphandling av datakonsulttjänster med tillämpning av de bestämmelser som gäller för öppet förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut den 14 september 2010 har SYSAV meddelat att man kommer att teckna kontrakt med Epsilon Information Technology AB.

Parternas yrkande och argumentation

Alfa Kommun & Landsting AB (nedan Alfa) har begärt överprövning av upphandlingen och yrkat att upphandlingen ska göras om. Som skäl för sin talan har Alfa anfört i huvudsak följande. Utvärderingskriteriet i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, bestående av kvalitet och pris. Kvalitetskriteriet bedöms med hjälp av referenser och deras utlåtanden om anbudsgivarna. Kvalitet definieras som ”kostnadseffektivitet” och ”ändamålsenlighet”. Viktningen är angiven på så sätt att för kvalitet kan maximalt erhållas 60 poäng och för pris maximalt 40 poäng. Den anbudsgivare som erhåller högst poäng av referenspersonerna tilldelas 60 poäng. Övriga anbudsgivare erhåller poäng i relation till deras respektive del av den bästa anbudsgivarens referenspoäng. Detta innebär att vid beräkningen av övriga anbudsgivares poäng så har såväl den egna referenspoängen som den vinnande anbudsgivarens referenspoäng betydelse.

Förfrågningsunderlaget innehåller överhuvudtaget inte någon redovisning av vad begreppen kostnadseffektivitet och ändamålsenlighet åsyftar. Detta ska vidare ses mot bakgrund av att förfrågningsunderlaget innehåller mycket begränsad information om vad tjänsterna rent materiellt ska innehålla, dvs. vad som kommer att utföras av vald leverantör. Det råder total

oklarhet om vad SYSAV har lagt för innebörd i begreppen kostnadseffektivitet och ändamålsenlighet och vilka frågor som egentligen ställts till referenspersonerna. SYSAV har heller inte definierat innebörden av ”mycket väl rimliga krav”, ”väl rimliga krav” eller ”rimliga krav”. Att det finns olika betygssteg innebär inte att begreppens innebörd är definierade. Avseende ”kostnadseffektivitet” hävdar SYSAV att det ska mätas som relationen mellan tillförda ekonomiska resurser och resultat. Av förfrågningsunderlaget framgår det inte vad det är för relation mellan tillförda ekonomiska resurser och resultat som krävs för att nå en viss betygsnivå. Referenspersonerna ger inte bara sina individuella omdömen utan var och en fastställer genom sina omdömen sin egen skala, vilket är i strid med gällande rätt. Genom att frågorna inte redovisats, i kombination med metoden att genomföra muntliga intervjuer, har det funnits utrymme för godtycke på ett sätt som inte är tillåtet. Att det finns instruktioner i ett förfrågningsunderlag om på vilket sätt uppgifter om åberopade referenser ska redovisas i ett anbud säger överhuvudtaget inget om vilka frågor som referenserna ska besvara. På grund av bristerna i förfrågningsunderlaget är möjligheterna till insyn hur hanteringen gått till omöjlig.

Vid en upphandling där referenspersonernas uppgifter utgör utvärderingskriterium så utgör själva referenspersonernas uppfattningar en del av anbudsgivarens anbud. Det är en grundläggande princip att en anbudsgivare ska ges bästa möjliga förutsättningar att avge ett optimalt anbud. Om det av ett förfrågningsunderlag inte framgår vare sig innebörden av det kriterium som referenspersonerna ska uttala sig om och inte heller vilka frågor som kommer att ställas till referenspersonerna så förtas anbudsgivaren möjligheten att utforma sitt anbud på bästa sätt. Innebörden av ett utvärderingskriterium och i detta fall de frågor som ska ställas till referenspersonerna har en avgörande betydelse för utformningen av ett anbud med avseende på vilka referenser som ska åberopas. Konsekvensen av den bristande tydligheten i förfrågningsunderlaget leder till utrymme för godtycke. Ge-

nom att inte precisera innebörden av ”kostnadseffektivitet” respektive ”ändamålsenlighet” samt att underlåta att redovisa vilka frågor som skulle komma att ställas har SYSAV gjort sig skyldig till brott mot principerna om transparens och likabehandling.

Alfa har åberopat tre referenspersoner. Berörda referenspersoner har efter det att referensgivningen ägt rum till Alfa redovisat att de givit Alfa högsta betyg. Detta återspeglas inte i den poängsättning som framgår av utvärderingshandlingarna. Detta är en direkt konsekvens av bristerna i den valda metoden, att inte tydligt redovisa vilka frågor som ska ställas och att inte låta referenserna skriftligen svara på frågorna. Högsta poäng som kan erhållas vid referensgivningen är 10 poäng, Alfa har erhållit 7,3 poäng. Detta har påtalats för SYSAV som med anledning av denna information borde göra en förnyad kontroll med referenspersonerna. Genom att inte göra så har SYSAV gjort sig skyldig till brott mot LOU. Om Alfa erhållit de poäng som de rätteligen skulle haft hade detta inneburit att övriga anbudsgivare relativt sett erhållit en lägre poäng avseende kriteriet kvalitet. Detta hade i sin tur inneburit att Alfa vunnit upphandlingen.

SYSAV har motsatt sig bifall till Alfes talan och anfört i huvudsak följande. Med ”kostnadseffektivitet” avses i normalt språkbruk relationen mellan tillförda ekonomiska resurser och resultat. En tjänst är således kostnadseffektiv om den ger ett resultat som väl motsvarar tillförda ekonomiska resurser, i förevarande fall kostnaden för tjänsten. Med ”ändamålsenlighet” avses i normalt språkbruk relationen mellan en vara, en tjänst etc. och ändamålet med varan eller tjänsten. En tjänst är ändamålsenlig om den är väl lämpad för att uppnå det ändamål som åsyftas, i förevarande fall modernisering och utveckling av ett vågdatasystem och därtill anslutna övriga datasystem mm. Att kostnadseffektivitet och ändamålsenlighet kan graderas följer av begreppen. (Se exempelvis svensk ordbok utgiven av Svenska Akademin, första upplagan 2009). Innebörden av de båda underkriterierna

överensstämmer med begreppens språkliga betydelse eftersom SYSAV inte avsett något annat än just den språkliga betydelsen av begreppen. Om SYSAV hade åsyftat något annat än vad uttrycken i allmänt språkbruk betyder hade detta självklart redovisats utförligt.

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att ettvarvt av underkriterierna kommer att bedömas med tillämpning av en femgradig skala på grundval av de referenser tidigare uppdragsgivare lämnar samt att betygspoäng för tjänster avseende vågdatasystem vid utvärderingen skulle multipliceras med 1 och betygspoäng avseende konventionella system med 0,8. Av underlaget framgår också skälen för denna beräkning. Enligt SYSAV står det klart att betyget 5 motsvarar relationen 5 till 5, betyget 4, 4 till 5, betyget 3, 3 till 5 osv. Något behov av ytterligare förtydligande föreligger alltså inte. Det finns inget hinder mot muntlig referenstagning på det sätt som skett i upphandlingen. Eftersom det är fråga om fasta på förhand bestämda omdömen har det inte funnits något utrymme för godtycke. Av förfrågningsunderlaget och det därtill hörande svarsformuläret framgår klart hur referenstagningen kommer att gå till. Det förhållandet att Alfa, på ett föredömligt sätt, fyllt i svarsformuläret och där angivit alla efterfrågade uppgifter ger påtagligt stöd för denna slutsats. Alfa kan följaktligen inte ha svävat i tvivelsmål beträffande hur referenstagningen skulle gå till. Några frågor utöver frågan om vilket betyg, motsvarande ett visst omdöme eller vilket halvstegsbetyg, motsvarande ett omdöme mitt emellan två givna betyg som referenspersonen ger leverantörens tjänster behöver följaktligen inte ställas eftersom förfrågningsunderlaget innehåller redan givna omdömen och deras respektive betygspoäng. Förfrågningsunderlaget uppfyller således alla de krav på transparens som lagligen kan ställas. All erforderlig information finns i förfrågningsunderlaget och dess bilagor. Alfa har således haft utomordentligt goda förutsättningar att utforma sitt anbud på ett optimalt sätt.

Alfas referenspersoner har vid telefonsamtal med SYSAV lämnat de betyg som redovisats i utvärderingsprotokollet. Alfas ogrundade och oriktiga påståenden kan inte tolkas på annat sätt än ett påstående om att SYSAV i efterhand medvetat förvanskade de betygspoängsreferenspersonerna lämnat. Ett sådant påstående är lika osant som oacceptabelt. Telefonintervjuer går självfallet att verifiera. Det har inte funnits skäl att ta förnyade kontakter med referenspersonerna. Ett sådant förfarande hade dessutom varit i strid mot den av Alfa tidigare åberopade likabehandlingsprincipen.

Alfa synes mena att SYSAV, utöver vad som anges i underlaget, borde ha redovisat vad tjänsterna "rent materiellt skall innehålla". Denna ståndpunkt grundas uppenbarligen på en missuppfattning. Upphandlingens syfte är nämligen att bl.a. anskaffa sakkunskap beträffande vilka åtgärder som behöver vidtas för att ersätta det befintliga systemet med ett "modernt, rationellt, utbyggbart system med lång livslängd". Om SYSAV självt kunde göra detta finnes inget behov av att anskaffa datakonsulttjänster inkluderande bl.a. förstudier, förberedelser, konvertering, programmering och projektering.

Förvaltningsrättens tidigare beslut i målet

Förvaltningsrätten har genom interimistiskt beslut den 24 september 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas till dess annat beslutas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förutsättningar enligt förfrågningsunderlaget

Under punkten VIII "Prövning av leverantörens kvalifikationer och utvärdering av anbudet" framgår bl.a. följande:

"Utvärderingskriterier	Max. poäng
1. Kvalitet	60 poäng
2. Pris	40 poäng"

"Med kvalitet avses kostnadseffektivitet och ändamålsenlighet. Kvalitetskriteriet kommer att bedömas på grundval av de referenser tidigare uppdragsgivare lämnar."

"Kvaliteten kommer att bedömas med tillämpning av en femgradig skala, i vilken betyget 5 motsvarar högsta kvalitetsbetyg och betyget 1 lägsta kvalitetsbetyg. Vid referenstagningen tillåts referenspersonerna lämna betyg med angivande av halva poängsteg, exempelvis 4,5".

"Betygen avseende kostnadseffektivitet/ändamålsenlighet motsvarar följande omdömen:

- 1 = underkänd, leverantörens tjänster uppfyller inte rimliga krav på kostnadseffektivitet/ändamålsenlighet
- 2 = otillfredsställande, leverantörens tjänster uppfyller endast i någon mån rimliga krav på kostnadseffektivitet/ändamålsenlighet
- 3 = tillfredsställande, leverantörens konsulttjänster uppfyller rimliga krav på kostnadseffektivitet/ändamålsenlighet
- 4 = god, leverantörens konsulttjänster uppfyller väl rimliga krav på kostnadseffektivitet/ändamålsenlighet
- 5 = utmärkt, leverantörens konsulttjänster uppfyller mycket väl rimliga krav på kostnadseffektivitet/ändamålsenlighet”.

”Kvalitet bedöms, som framgått ovan, i två underkriterier; kostnadseffektivitet och ändamålsenlighet. Högsta sammanlagda betygspoäng avseende kvalitet är följaktligen 10”.

”Vid utvärdering av kriteriet kvalitet kommer anbud med högsta betygspoäng avseende kvalitet att erhålla 60 poäng. Anbud med lägre betygspoäng kommer att erhålla det lägre poängtal som motsvaras av erhållna betygspoäng. Exempel: Antag att anbud A har högst betygspoäng, 10, och därmed erhållit poängtalet 60. Antag vidare att anbud B har näst högsta betygspoängen, 9,5. Poängtalet för anbud B beräknas som; $9,5/10 \times 60 = 57$. Anbud B erhåller följaktligen 57 poäng”.

Under punkten I ”Inbjudan, upphandlingens bakgrund och syfte” framgår bl.a. följande:

”Upphandlingens huvudsakliga syfte är att köpa in datakonsulttjänster för utveckling av SYSAV:s vågdatasystem och därtill anslutande system, nuvarande och framtida, härafter gemensamt kallade ”konsulttjänsterna”.”

Under punkten IV "Beskrivning av konsulttjänsterna mm" framgår bl.a. följande:

"Konsulttjänsterna syftar i huvudsak till att ersätta befintligt vågdatasystem med ett modernt, rationellt, tillförlitligt, utbyggbart system med lång livslängd. För detta ändamål krävs bland annat att det befintliga programspråket, Visual Basic 6.0 konverteras till C#.NET. Därutöver finns ett stort behov av konsulttjänster för att modernisera och utveckla vågdatasystemet och till vågdatasystemet anslutna övriga system. I leverantörens konsulttjänster ingår förstudier, förberedelser, konvertering, programmering, projektering och allt annat som krävs för konsulttjänsternas genomförande".

Förvaltningsrättens bedömning

Vad avser uppdragets omfattning så anser förvaltningsrätten att den ovan redovisade informationen i förfrågningsunderlaget utgör tillräcklig information för att en anbudsgivare ska kunna utforma ett anbud, vilket Alfa också gjort. Vidare finner rätten det inte visat att de poäng som SYSAV antecknat vid referenstagningen av Alfas referenspersoner inte skulle vara desamma som referenspersonerna uppgivit vid telefonintervjuerna.

När det gäller utvärderingskriteriet "kvalitet" och dess underkriterier "kostnadseffektivitet" och "ändamålsenlighet" finner förvaltningsrätten att underkriterierna inte är klart definierade. Vid användandet av denna typ av värdebegrepp som ger utrymme för tolkning bör det av förfrågningsunderlaget tydligt framgå vad den upphandlande myndigheten avser med begreppen. Att förutsätta att det är definitionen av begreppen såsom de anges i Svenska Akademiens ordbok som ska gälla kan enligt rättens mening inte anses tillräckligt transparent. Även om man skulle utgå ifrån denna definition så anser förvaltningsrätten att begreppen likväl lämnar utrymme för

tolkning i förhållande till vad som upphandlas. "Relationen mellan tillförda ekonomiska resurser och resultat" (kostnadseffektivitet) samt "relationen mellan en vara, en tjänst etc. och ändamålet med varan eller tjänsten" (ändamålsenlighet) kan mycket väl variera beroende på vad som upphandlas. Vidare finner rätten att det av förfrågningsunderlaget inte framgår vad som avses med begreppen "mycket väl rimliga krav", "väl rimliga krav" eller "rimliga krav". Om det som avses inte är klart definierat kommer ett olämpligt utrymme att lämnas för referenspersonernas egen tolkning av begreppen. Referensernas betygsättning och detta underlag för utvärdering riskerar då att innehålla svåröverskådliga variationer. Ett exempel på detta kan eventuellt utläsas av det förhållandet att SYSAV:s egen höga betygsättning av Alfa (som dessutom gäller just ett sådant specifikt system som efterfrågas) starkt avviker från de andra två referenserna för Alfa. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget på dessa punkter inte kan anses uppfylla LOU:s krav på öppenhet. Det kan inte uteslutas att Alfa till följd av denna brist har lidit eller kan komma att lida skada. Redan vid mindre förändringar av de betygsvärden som lämnats för Alfa respektive den vinnande anbudsgivaren kan uppkomma poängskillnader av avgörande betydelse. Förutsättningar för ingripande enligt LOU föreligger således. Då bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget anser rätten att upphandlingen måste göras om.

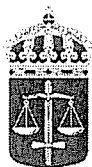
Särskild upplysning

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 24 september 2010 upphör i och med denna dom att gälla.

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



Jan Bratt



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 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 uppge 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

