



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

DOM
2016-02-25
Meddelad i
Luleå

Mål nr
2328-15

SÖKANDE

Oppstore AB, 556940-0277

Ombud: jur. kand. Mattias Lundin
Lundin Law KB
Box 412
184 26 Åkersberga

MOTPART

Bodens kommun
961 86 Boden

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-02-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 71441

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Bodens kommun har genomfört upphandling av konsulter inom projektledning och rådgivning, dnr. KS 397-15, genom ett öppet förfarande.

Upphandlingen omfattar fem avtalsområden – a) skriva ansökningar, b) projektledare, c) nyföretagarrådgivning och utbildning, d) ekonomisk analys och e) projektadministratör.

Oppstore AB har inkommit med anbud för avtalsområde a-c och e. Kommunen har genom tilldelningsbeslut antagit andra leverantörers anbud.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Oppstore ansöker om överprövning och yrkar, i första hand, att upphandlingen ska göras om, samt, i andra hand, att upphandlingen får avslutas först efter rättelse gjorts.

Till stöd för sin ansökan anför Oppstore i huvudsak följande.

Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna genom att använda ett minimipris i kombination med pristillägg, vilket missgynnat Oppstore och diskriminerat mindre erfarna konsulter på ett oproportionerligt sätt.

Oppstore har eller kan komma att lida skada på grund av detta. Om upphandlingsmodellen utformats enligt lag eller utifrån lägsta pris hade Oppstore vunnit ett eller flera områden.

Kommunen har valt att tillämpa ekonomiskt mest fördelaktigt anbud som tilldelningsprincip. Den upphandlande myndigheten ska ange hur kriterierna ska viktas inbördes och de får anges som intervall.

Intervallen får inte vara så stora att de innebär fritt skön för den upphandlande myndigheten.

Kommunen har inte i tillräcklig mån angett hur kriterierna har viktats inbördes och har använt så stora intervall att de efter fritt skön kunnat värdera anbudena.

Prispåslagsmodellen medför inte att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet uppnås eftersom den är oproportionerlig.

Oppstore har lämnat lägsta bud inom område a-c och näst lägst anbud inom område e. Oppstore har inte tilldelats uppdrag eftersom kommunen använt prispåslag i sin bedömning. Det är möjligt att kommunen favoriserat företag genom användandet av prispåslag.

Det är otillåtet och strider mot EU-domstolens praxis att ange att anbud under 400 kr/h kommer att förkastas utan att ge anbudsgivaren tillfälle till förklaring.

Det får vidare betydelse för proportionalitetsbedömningen av utvärderingsmodellen. Genom den fastställda gränsen kan inte en mindre erfaren anbudsgivare kompensera för bristande effektivitet genom ett lägre pris.

Kommunen kan godtyckligt välja anbudsgivare. Samtliga uppdrag har tilldelats anbudsgivare i geografiskt närliggande orter.

Kommunen har inte angett behövligt antal kompetenser vid bedömningen av intervjun och utvärderingen är därför godtycklig.

Det är oklart vilka som har ingått i juryn. Begreppet jury är missvisande eftersom det i normalfallet är fråga om en oberoende jury.

Om kommunen gör bedömningen blir utrymmet för godtycke stort. Det är oklart om någon dokumentation med motiveringar över anbudsgivarnas kvalitet har förts.

Det är oklart vad som inryms i erfarenhetsbegreppet i område a då det enda som anges är antal år. Det kan inte uteslutas att en konsult med färre års erfarenhet har erfarenhet av ett större antal ansökningar, men ändå anses vara mindre erfaren enligt kommunens utvärdering.

Prispåslagen för område a-d och e utgör upp till 150 procent av det angivna lästa tillåtna priset. Stegen mellan prispåslagen är höga, vilket medför fritt skön för kommunen att utse vinnande leverantör.

Det saknas direkt koppling till effektivitet och det finns inte någon inbördes viktning eller rangordning av delkriterierna i område b-c.

Det går inte utifrån de uppställda delkriterierna dra några slutsatser om vilket anbud som kan anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga på grund av avsaknaden av viktning, det stora utrymmet för subjektiva värderingar och det orimligt höga prispåslaget.

Kommunens kravbild är märklig. Att ställa krav på ekonomisk utbildning på högskolenivå är inte relevant i förhållande till det case som presenterades.

Det framgår inte heller i vilket avseende utbildningen medför högre kvalitet för tjänsten. Något ska-krav på sådan utbildning har inte ställts i kvalificeringen i område e och prispåslaget framstår därför som oproportionerligt högt.

Oppstore fick full poäng från sina referenser tillsammans med en annan anbudsgivare. Inga andra anbudsgivare fick så höga poäng. Oppstore ifrågasät-

ter om referenserna har utgjort någon bedömningsgrund. Det ser anmärkningsvärt ut att alla antagna anbudsgivare utom en använt kommunen som referens.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

Till stöd för sin inställning anför kommunen i huvudsak följande.

Utvärderingen har skett utifrån det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Att Oppstore haft lägst anbud avseende pris är inte relevant och de kan inte kräva att få tilldelning enbart på denna grund.

Kommunen har stor frihet att ställa krav på det som upphandlas och utforma utvärderingskriterier under förutsättning att de följer de gemenskapsrättsliga principerna. Kommunen har på ett tydligt sätt beskrivit hur utvärderingen kommer att ske med intervju där ett fiktivt case presenteras.

Alla anbudsgivare har bedömts utifrån samma beskrivning varvid principen om likabehandling och objektivitet uppfyllts. Kommunen får fritt vikta mellan de olika tilldelningskriterierna. Att priset som Oppstore lämnat enbart motsvarar 36 procent av utvärderingen är i enlighet med gällande lag och strider inte mot några principer.

Det är felaktigt att Oppstore inte varit medveten om vilka som suttit i juryn. Kommunen uppgav på intervjun att de som närvarade var juryn. Oppstore har inte frågat om jurydeltagarna.

Det är nödvändigt att ställa krav på ekonomisk kompetens eftersom anbudsgivarna ska kunna ge ekonomisk rådgivning såsom att upprätta affärsplan, bedöma marknadspotential, upprätta budget med balans- och resultaträkning och göra ekonomiska analyser.

Utbildning inom ekonomi och erfarenhet säkerställer den grundläggande kompetensen som krävs för att utföra uppdraget. Kravet är väsentligt och har direkt koppling till det upphandlade föremålet.

Att kommunen i förfrågningsunderlaget angett att timpriser understigande 400 kr/h kommer att förkastas syftar till att stävja oseriösa anbudsgivare och har ingen koppling till utvärderingen av de kvalitativa kriterierna.

Det är felaktigt att kommunen skulle ha gynnat lokala leverantörer. Leverantörer med säte i Kiruna och Skellefteå får anses vara lika lokala.

Kommunen har utvärderat och gett prispåslag i enlighet med den beskrivning som finns i förfrågningsunderlaget. Anledningen till att Oppstore fick högre prispåslag är att de inte uppfyller de kvalitativa kriterierna fullt ut och inte genomförde intervjun på det sätt som premierades enligt beskrivningen i förfrågningsunderlaget.

Referenser har inte utvärderats utan varit en del av kvalificeringen. Det är inte korrekt att Oppstore var den enda anbudsgivaren som fick högsta poäng.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om kommunen brutit mot LOU genom att tillämpa en upphandlingsmodell med prispåslag och intervjuer, genom utvärderingen eller genom att ange att anbud understigande viss timkostnad kommer att förkastas samt om Oppstore därigenom har lidit eller kan komma att lida skada.

Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 6 § LOU).

Strider utvärderingsmodellen och anbudsutvärderingen mot de grundläggande principerna?

Oppstore har anfört att de skulle ha vunnit ett eller flera avtalsområden om grunden för tilldelning varit lägsta pris. Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga priset kommer att antas.

En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som innehåller det lägsta priset eller det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Vilken grund som kommer att tillämpas ska anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget (12 kap. 1 § LOU).

Det står den upphandlande myndigheten fritt att välja mellan dessa grunder för tilldelning. Kommunen har därmed inte brutit mot LOU genom att använda tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktigt.

Vid bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd (12 kap. 1 § LOU).

Den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning (12 kap. 2 § LOU).

Av förfrågningsunderlaget framgår att en sammantagen bedömning av pris och kvalitet kommer att göras. Det framgår vidare att de kvalitativa kriterierna kommer att bedömas av en jury och att bedömningen kommer att resultera i ett prispåslag som läggs till anbudspriset. Anbudspriset med eventuellt prispåslag utgör jämförelsetal. Lägst jämförelsetal är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av förfrågningsunderlaget (2.10.2 Kvalitativa kriterier) framgår följande.

För delområde a) skriva ansökningar kommer kvalitet att bedömas utifrån konsulternas CV. 2-4 års erfarenhet inom området ger prispåslag om 600 kr, 4-6 års erfarenhet ger påslag om 300 kr och mer än 6 års erfarenhet ger påslag om 0 kr.

För delområden b) projektledare kommer bedömningen baseras på dels en intervju, dels konsulternas erfarenhet. Minst ett års erfarenhet inom ett eller flera av landsbygdsprogrammet, socialfondprogrammet och regionalfondsprogrammet ger ett påslag om 100kr, minst två års erfarenhet av två eller flera av programmen ger ett påslag om 50 kr och minst tre års erfarenhet av alla program ger påslag om 0 kr. 2-4 års erfarenhet av arbete som projektledare ger påslag om 150 kr, 4-6 års erfarenhet ger påslag om 75 kr och mer än 6 års erfarenhet ger påslag om 0 kr. Angående intervjun anges följande.

- Kompetens inom området – utbildning och styrkt erfarenhet. Visar att man kan tillgodose sig kunskaperna från tidigare erfarenhet och utbildning i sitt kommande arbetet och dess utförande.

- Förmågan att självständigt kunna driva ett projekt och de ingående projektmedlemmarnas arbetsinsatser.
- Förmåga att prestigelöst kunna samarbeta i grupp.
- Förmågan att nå uppsatta mål inom angivna tidsramar på ett strukturerat sätt.
- Erfarenhet av projektledning i projekt som omfattar samverkan mellan offentlig, provat och ideell sektor
- Erfarenhet av uppföljning och utvärdering av EU finansierade projekt

Bedömning vid intervjun kommer att ske enligt nedan:

- Uppfyller mycket liten del av uppsatta förmågor, kompetenser och erfarenhet, icke godkänd
 - Prispåslag om 400 kr [...]
- Uppfyller flertalet av förmågorna, kompetenserna och erfarenheterna på ett godkänt sätt
 - Prispåslag om 200 kr [...]
- Uppfyller alla förmågor, kompetenser och erfarenheter och visar på mervärde samt mer kompetens/erfarenhet
 - Prispåslag om 0 kr [...]

För delområde c) nyföretagarrådgivning och utbildning sker bedömningen på dels intervju, dels konsulternas erfarenhet. 2-4 års erfarenhet av arbete med nyföretagarrådgivning ger påslag om 100 kr, 4-6 år påslag om 50 kr och mer än 6 år påslag om 0 kr. Angående intervjun anges följande.

- Anbudsgivaren kommer att få ett fiktivt case, en affärsidé som de sedan ska göra en kort rådgivning utifrån vid intervjutillfället. Bedömningen på "rådgivningen" kommer att ske utifrån följande parametrar:
- Vid bedömningen av den fiktiva rådgivningen kommer vikt att läggas vid möjligheten att kunna lyfta fram de väsentliga utvecklingspotentialen, hindren och möjligheter för att affärsidén ska kunna utvecklas. Att kunna ge konkreta och realiserbara råd för att ta verksamheten vidare. Koppling mot den specifika företagarens förutsättningar och

idéer. Att kunna lägga upp en strategi både för det korta och det längre perspektivet. Att med ett coachande förhållningssätt hjälpa företagaren att fatta nödvändiga beslut.

Bedömningen kommer att ske enligt nedan:

- Icke godkänd, påvisar endast enstaka del av premierade förmågor
 - Prispåslag om 500 kr [...]
- Uppfyller flertalet av förmågorna, kompetenserna och erfarenheterna på ett godkänt sätt
 - Prispåslag om 250 kr [...]
- Uppfyller alla förmågor, kompetenser och erfarenheter och visar på mervärde samt mer kompetens/erfarenhet
 - Prispåslag om 0 kr [...]

För delområde e) projektadministratör kommer bedömningen ske på utbildning och erfarenhet. 2 års erfarenhet av arbete med projektadministration ger prispåslag om 250 kr, 3-6 års erfarenhet ger påslag om 125 kr och mer än 6 års erfarenhet ger påslag om 0 kr. Gymnasieutbildning inom ekonomi eller motsvarande alternativt projektledarutbildning ger påslag om 250 kr, högskoleutbildning eller KY utbildning eller motsvarande minst två år inom relevant område såsom ekonomi ger påslag om 125 kr och högskoleutbildning inom ekonomi minst tre år ger påslag om 0 kr.

Det är den upphandlande myndigheten som utformar utvärderingsmodellen och denne får därmed fritt välja viktning mellan pris och andra kriterier så länge inte de grundläggande principerna åsidosätts. Kommunen har i förfrågningsunderlaget, på ett tydligt och förutsebart sätt, redogjort för viktningen mellan pris och kvalitet.

Förvaltningsrätten finner att den angivna viktningen är förenlig med syftet att utvinna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vad Oppstore har anfört om att priset blir irrelevant medför inte heller att kommunen brutit mot LOU eller unionsrätten.

En utvärdering av kvalitet innehåller ofrånkomligen ett visst mått av subjektivitet, men utrymmet för godtycke får inte vara för stort. Detsamma gäller användandet av intervjuer som utvärderingsmetod.

Förvaltningsrätten finner att det i förfrågningsunderlaget anges tydligt hur kvalitet bedöms och hur intervjuerna genomförs samt att det framgår vad som krävs för att erhålla viss poäng och hur poängsättningen påverkar priset.

Det kan inte anses ha krävts ytterligare upplysningar avseende viktning för att kraven enligt LOU eller unionsrätten skall vara uppfyllda.

Den valda utvärderingsmodellen får därmed anses uppfylla kravet på transparens och proportionalitet, kan inte anses innebära att det funnits utrymme för fritt skön för kommunen, och den strider inte mot LOU eller unionsrätten.

Vad Oppstore har anfört om att de angivna underkriterierna inte är kopplade till effektivitet föranleder ingen annan bedömning eftersom detta inte har angetts som ett utvärderingskriterium.

Oppstore har anfört att de kvalitativa kraven är märkliga och att det saknas anledning att premiera högskoleutbildning i ekonomi inom avtalsområde e.

Mot bakgrund av att uppdraget omfattar exempelvis stöd till ekonomisk uppföljning och hantering av rekvisitioner av projektmedel finner förvaltningsrätten att ekonomisk utbildning är ett proportionerligt kriterium.

Oppstore har inte visat att kraven i övrigt är felaktiga eller oproportionerliga och att kommunen därigenom brutit mot LOU eller unionsrätten.

Kriterierna erfarenhet, utbildning och intervjuer får anses vara lämpliga och effektiva för att kommunen ska kunna få tillgång till den för uppdraget bäst lämpade kompetensen med hänsyn till upphandlingsområdets karaktär.

Eftersom kriterierna inte utgör krav utan ingår som en del i utvärderingen kan de inte anses vara särskilt ingripande. Det är inte visat att det finns mindre ingripande alternativ för att uppnå den avsedda effekten.

Kriterierna har förvisso en negativ effekt för bolag med färre års erfarenhet eller viss utbildning genom att dessa tilldeles lägre poäng och därmed högre prispåslag, men förvaltningsrätten finner att denna effekt inte är oproportionerlig i förhållande till upphandlingens syfte, även med beaktande av de poäng- och prispåslagsintervaller som använts.

Att det kan finnas personer som har erfarenhet av stort antal uppdrag men under kort tid föranleder ingen annan bedömning.

Vad gäller Oppstores kritik mot att poängsättning vid referenstagning inte påverkat jämförelsetalet finner förvaltningsrätten att det inte framgått annat än att referenstagning skett i kvalificeringsfasen och att ingen sammanblandning mellan kvalificerings- och utvärderingsfaserna skett. Oppstore har inte visat att kommunen har brutit mot LOU eller unionsrätten i denna del.

Oppstore har anfört att kommunen har fastställt en otillåten gräns för anbud om 400 kr/tim. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren inte får "avlämna priser understigande 400 kr/tim" och att "anbud som innehåller lägre priser än 400 kr/tim kommer att förkastas i sin helhet".

En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar (12 kap. 3 § LOU).

Kommunen har genom att inte låta anbudsgivare förklara anbud understigande 400 kr/tim, eller, i vart fall, ge intrycket för en normalt aktsam anbudsgivare att möjlighet till sådan förklaring inte skulle ges, brutit mot LOU.

Vad Oppstore har anfört avseende bl.a. bedömningen av intervjun, frågorna om vem som suttit i juryn, dokumentation eller vad de i övrigt har anfört innebär inte att de har gjort sannolikt att kommunen brutit mot LOU eller unionsrätten i någon annan del.

Har Oppstore lidit skada eller kan komma att lida skada?

Förvaltningsrätten har konstaterat att kommunen brutit mot LOU genom att ange i förfrågningsunderlaget att anbud understigande 400 kr/tim skulle förkastas utan att ge anbudsgivare möjlighet att förklara sitt anbud.

Frågan som förvaltningsrätten nu ska pröva är om Oppstore har visat att de har lidit eller kan komma att lida skada med anledning av detta.

Av anbudsutvärderingen framgår att Oppstore lämnat anbud som klart överstiger gränsen om 400 kr/tim.

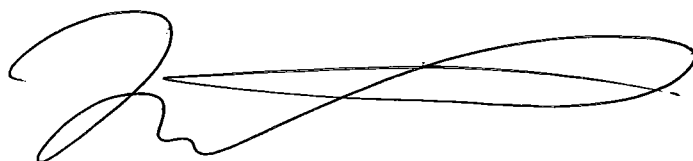
Oppstore har inte påstått att de har haft för avsikt att lämna anbud som understiger gränsen. Oppstore har därmed inte visat att de lidit eller kan komma att lida skada av brottet mot LOU.

Sammantaget saknas skäl att ingripa mot upphandlingen.

Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'J' followed by a long, horizontal, wavy line that ends in a small loop.

Jonas Hägerlind

Sanne Carlsson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.