



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**
Förvaltningsrättsnotarien
M Abrahamsson

DOM
2011-04-26
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
141-11 E

KONKURRENSVERKET	
2011-04-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE
KPMG AB, 556043-4465
Box 16106
103 23 Stockholm

Ombud: advokaten Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Linda Dahlström
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART
Härnösands kommun
871 80 Härnösand

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 17618

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00
E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-15:00

BAKGRUND

Härnösands kommun, som genomför upphandling av konsulttjänster inom revisionsområdet, dnr UPP 10/036.055, har i tilldelningsbeslut den 4 januari 2011 meddelat att kontraktet tilldelats Öhrlings Pricewaterhouse Coopers. I beslutsunderrättelsen angavs att avtalsspärr gäller vilket innebär att avtal tidigast kommer att tecknas då tio kalenderdagar gått efter att underrättelse om beslutet lämnats. Förlängd avtalsspärr gäller eftersom ansökan om överprövning kommit in till förvaltningsrätten.

YRKANDEN M.M.

KPMG AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om och att bolaget tilldelas full poäng avseende utvärderingskriterierna Kompetens och Genomförande. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande.

Felaktig utvärdering

Kommunen har genomfört utvärderingen utan att hänsyn tagits till de grundläggande principer som följer av 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har erhållit lägre poäng jämfört med vinnande anbudsgivare avseende utvärderingskriterierna Kompetens och Genomförande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget inte efterfrågat att anbudsgivaren skulle ha kontor i Härnösand och förfrågningsunderlaget har varit otydligt avseende kriteriet kunskap om kommunens förhållanden. Förfrågningsunderlaget i denna del är således bristfälligt vad avser kraven på förutsebarhet och transparens.

Kommunen har gjort en felaktig utvärdering av bolagets anbud eftersom bolaget uppfyller utvärderingskriterierna Kompetens och Genomförande till fullo såsom de är utformade i förfrågningsunderlaget. För det fall bolaget hade erhållit full poäng avseende såväl utvärderingskriteriet Kompetens

som utvärderingskriteriet Genomförande hade bolaget erhållit den högsta totalpoängen och därmed vunnit upphandlingen.

Proportionalitetsprincipen och principen om icke-diskriminering

Kommunen har ställt upp ett utvärderingskriterium avseende kunskap om kommunens förhållanden. Ett sådant kriterium strider mot principerna om ickediskriminering, likabehandling och proportionalitet. Utvärderingskriteriet avseende kunskap om kommunens förhållanden innebär en restriktion som inte ger lika möjlighet för de leverantörer som inte tidigare levererat tjänster till kommunen att tilldelas kontrakt som de anbudsgivare som haft kontrakt med kommunen tidigare. Innebörden av kriteriet blir vidare att leverantörer som inte tidigare levererat tjänster till kommunen inte kan komma i fråga för uppdraget. Kommunen har redan ställt som kvalificeringskrav att anbudsgivaren ska ha praktisk erfarenhet av revisionsuppdrag i kommuner samt motsvarande krav avseende bemanningen. Ett kriterium avseende kunskap om kommunal verksamhet i allmänhet skulle kunna vara ett proportionerligt krav men kunskap om just Härnösands kommun när det gäller utförandet av revisionstjänster kan inte anses relevant. Utförandet av de revisionstjänster som innefattas i uppdraget skiljer sig inte från utförandet av revisionstjänster i andra kommuner.

Kommunen har vid utvärderingen vidare tagit hänsyn till att bolaget inte har ett kontor i Härnösand. Av praxis följer att det inte är förenligt med upphandlingsbestämmelserna att ställa krav på att anbudsgivarna vid anbudstillfället ska förfoga över lokaler på den ort där tjänsten ska tillhandahållas. Vidare är det inte tillåtet att ge högre poäng till en anbudsgivare som har lokaler för visst ändamål belägna inom ett visst avstånd. De ställda utvärderingskriterierna avseende kunskap om kommunens förhållanden och att poäng ges om anbudsgivaren har ett kontor i Härnösand står således i strid med principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och transparens.

Förutsebarhet och transparens

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett vilka utvärderingskriterier som ska användas och viktat dess samt angett att de olika kriterierna kommer att åsättas maximalt 30 poäng. Respektive delkriterium har sedan åsatts en viss maximal poäng. I förfrågningsunderlaget saknas ledning för vad som vägts in för att anbudsgivaren ska erhålla en viss poäng för de olika kriterierna. Det framgår inte heller av tilldelningsbeslutet vilka omständigheter som haft betydelse för utvärderingen. Vidare har det inte av förfrågningsunderlaget framgått krav på specialistkompetens i det absoluta närområdet eller att kunskap om kommunens förhållanden innefattar ett kontor i Härnösand. Det har heller inte framgått att dessa omständigheter skulle medföra att anbudsgivaren erhöll höga poäng.

Kommunen har generellt brustit vad avser förutsebarhet och transparens eftersom någon närmare vägledning för vad som medför en viss poäng överhuvudtaget inte finns för de av kommunen använda utvärderingskriterierna. Anbudsgivarna har helt saknat möjlighet att förutse vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövning av anbuden. Anbudsunderlaget lämnar ett stort utrymme för godtycklighet och kommunen har härmed gett sig själv i princip fri prövningsrätt. Att inte närmare dokumentera utvärderingen eller på annat sätt visa hur utvärderingen skett är ytterligare indikation på att kommunen förbehållit sig fri prövningsrätt och obegränsad valfrihet.

Sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen

Kommunen har då upphandlingen genomförts använt sig av utvärderingskriterier som i praktiken hänför sig till kvalificeringsfasen. Kommunen har därutöver använt samma krav/kriterier i såväl kvalificeringsfasen som utvärderingsfasen. Ett sådant agerande är inte tillåtet då en åtskillnad måste göras mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. De av kommunen uppställda utvärderingskriterierna utgör sådana kriterier som avser anbuds-

givarens förmåga att utföra uppdraget och är därmed inte att hänföra till föremålet för kontraktet, varför utvärderingskriterierna inte utgör tillåtna tilldelningskriterier. Kriterier som hänför sig till anbudsgivarens organisation eller kapacitet faller under kvalificeringsfasen.

Till följd av att kommunen genomfört upphandlingen utan att iaktta de grundläggande principerna som följer av 1 kap. 9 § LOU har bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Även andra potentiella anbudsgivare har lidit skada genom att de ansett sig inte kunna lämna anbud i upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten konstaterar att den aktuella upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010, varför LOU ska tillämpas i dess lydelse enligt SFS 2010:571.

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 (1 kap. 9 § LOU).

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 1 och 5 §§ LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är i första hand om förfrågningsunderlaget är utformat på ett transparent sätt och på ett sätt som inte strider mot likabehandlingsprincipen.

Regeringsrätten har uttalat 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 (RÅ 2002 ref. 50). EU-domstolen har angett att upphandlingskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se bl.a. EU-domstolens dom C-19/00 p. 42).

Av förfrågningsunderlaget framgår att huvudkriterierna kommer att viktas mot varandra i enlighet med där angivna procenttal och vad som utgör maximal poängnivå för respektive kriterium. Utvärderingen har vidare enligt förfrågningsunderlaget innefattat poängsättning av underkriterier.

<u>Bedömningskriterier</u>	<u>Vikt %</u>	<u>Poäng möjliga</u>
A. Pris	30 %	0-30
B. Kompetens	40 %	0-30
1. Praktiskt revisionserfarenhet		10
2. Tillgänglig specialistkompetens		8
3. Utvecklingsarbete		6
4. Kunskap om kommunens förhållanden		6
C. Genomförande	30 %	0-30
1. Revisionsmodell, metoder, verktyg		5
2. Kvalitetssystem, kvalitetssäkring		3
3. Koncept, förslag, idéer, angreppssätt, synsätt		7
4. Praktisk uppläggning, tillgänglighet		5
5. Verifierade effekter och resultat		5
6. Utvecklingsinsatser		5

I punkten 4.5 i förfrågningsunderlaget redovisas vad kommunen kommer att ta hänsyn till vid utvärderingen av kriteriet Kompetens.

B. Kompetens

Här sker en fördjupad kvalitets- och kompetensbedömning av lämnade uppgifter avseende kompetens i föreslagen bemanning. Därtill en fördjupad kvalitets- och kompetensbedömning av specialistkompetens i företaget.

För revision i den kommunala förvaltningen

Fördjupad bedömning av föreslagen bemanning av:

- praktisk revisionserfarenhet i kommunal verksamhet i tid överstigande en mandatperiod för befattningshavare beskriven under 4.2.4.
- praktisk erfarenhet för anbudsgivaren av ledande/utvecklande ställning, ekonomi, juridik, informationsteknik, särskilda verksamhetsområden, kvalitetsarbete, utbildningsverksamhet, forskning samt konsulting, samtliga inom kommunal verksamhet.
- fördjupad bedömning av anbudsgivarens tillgång till specialistkompetens, tillgänglighet, hur den kan utnyttjas via nätverk, avtal och samarbetspartners.
- Anbudsgivarens utvecklingsarbete i termer av kompetens och pengar som investeras i utveckling av personal, metoder och system.
- Anbudsgivarens kunskap om kommunens förhållanden som rör uppdraget

Vidare framgår av punkten 4.5 bl.a. följande avseende bedömningen av Genomförande.

Här värderas presenterade koncept och idéer, verktyg och metoder utifrån hur tillförlitlig, prövad, men också intressant och nyskapande företagets förslag är samt hur förslagen förhåller sig till uppdragsbeskrivningen i förfrågan dvs uppdragets behov. Hur företaget beskriver sitt sätt att arbeta, sina synsätt och förhållningssätt och utvecklingsinsatser har här stor betydelse. Inom ramen för detta kriterium värderas också hur kvalitetssäkringen ska gå till i praktiken, samt tillgänglighet. Verifierade effekter och resultat.

Kommunen har vid utvärderingen bl.a. bedömt att bolaget inte i tillräcklig utsträckning har specialistkompetens tillgänglig i närområdet, att bolagets kunskaper om Härnösands kommuns förhållanden är begränsade, samt att tillgängligheten inte är fullt tillfredställande då bolaget saknar kontor i Härnösand.

Förfrågningsunderlaget ger dock inte någon ledning i vad som närmare avses med anbudsgivarens tillgång till specialistkompetens och kunskap om kommunens förhållanden som rör uppdraget. Inte heller framgår att tillgång till kontor i Härnösand värderas under punkten tillgänglighet och hur det kommer att påverka utvärderingen.

Förvaltningsrätten finner att bolaget visat att den poängsättning av underkriterierna som skett inte varit förutsebar för bolaget eller andra anbudsgivare. Om förutsättningarna varit kända för anbudsgivarna när dessa utformade sina anbud hade det kunnat påverka utformandet av anbuden. Särskilt gäller detta med beaktande av att det i förfrågningsunderlaget saknas närmare ledning för vad som vägs in för att anbudsgivaren ska erhålla en viss poäng för de olika kriterierna.

Förvaltningsrätten noterar även att vad gäller kompetens har vid utvärderingen anbudsgivare 1 (bolaget), 2 och 3 erhållit olika poäng (27, 26 resp. 25) med exakt samma motivering.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget brister i transparens. Kommunerna har därmed brutit mot de EU-rättsliga principerna i LOU.

För att åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU i tillämplig lydelse ska beslutas av rätten krävs dock, förutom att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav.

Förvaltningsrätten anser att bolaget visat att det inte är osannolikt att deras anbud kunde ha varit annorlunda om de av domstolen konstaterade bristerna inte funnits. Bolaget har således åtminstone riskerat lida skada.

Eftersom bristerna hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång i målet saknas skäl att gå in på övriga av bolaget anförda invändningar mot genomförandet av upphandlingen.

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



Kerstin Widmark



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

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

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

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

DV 3109/1C LOU

