

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM
2009-10-16
Meddelad i Stockholm

Mål nr
18335-09
Enhet 15

SÖKANDE

Vergenta AB
Observatoriegatan 17
113 29 Stockholm

MOTPART

Kemikalieinspektionen
Box 2
172 13 Sundbyberg

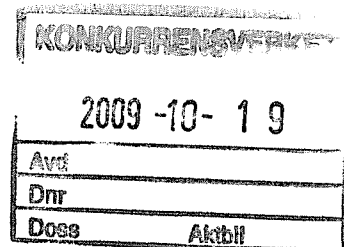
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Vergenta AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut av den 10 september 2009 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 459802

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		09:00-15:00

BAKGRUND

Kemikalieinspektionen (nedan KemI) genomför en upphandling benämnd ”Utveckling av arbetsformer och stöd för verksamheter inom avdelningen Industri och Konsumentkemikalier”, dnr 240-1066-09.

Enligt tilldelningsbeslut meddelat den 31 augusti 2009 har KemI antagit anbud från annan anbudsgivare än Vergenta AB (nedan Vergenta).

Vergenta har hos länsrätten ansökt om överprövning av ovan angiven upphandling.

Länsrätten har den 10 september 2009 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN OCH GRUNDER M.M.

Vergenta yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först när rättelse skett i form av att Vergenta väljs som leverantör samt i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Vergenta bl.a. följande.

KemI har fattat tilldelningsbeslut baserat på andra kriterier än de som angivits i förfrågningsunderlaget. Av KemI:s utvärdering framgår att anbuden 1 (Vergenta), 2 (vinnande anbudsgivare) och 4 har i anbudsunderlagen beskrivit kompetens, erfarenhet och utförande på ett likvärdigt sätt. Vidare anges att utslagsgivande för beslutet därför har varit den vinnande anbudsgivarens tidigare uppdrag åt KemI. KemI:s tolkning av den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen som gjorts vid utvärderingen är inte korrekt. Tilldelningsbeslutet är baserat på andra kriterier än de som angivits i förfrågningsunderlaget. Enligt Vergentas tolkning av den aktuel-

la utvärderingsmodellen ska KemI använda följande kriterier och rangordning i sin utvärdering:

1. Leverantörens och utförarens kompetens, bedömt utifrån referenser och dokumenterade erfarenheter inom området, med avseende på stycke 1 och 2 under avsnittet Kravspecifikation på leverantören/utföraren.
 - **Stycke 1:** Leverantören och utföraren/na ska ha dokumenterad erfarenhet av processutveckling i syfte att höja kvaliteten och effektiviteten i arbetet i statlig verksamhet.
 - **Stycke 2:** Utföraren/na ska ha dokumenterad erfarenhet av liknande arbete och ha dokumenterad förmåga/erfarenhet av att stödja, hantera och motivera personer i förändringsarbete.
2. Erfarenhet av statlig verksamhet och/eller kännedom om KemI:s verksamhet.
3. Startdag. Ju tidigare utförandet kan påbörjas efter den 7 september 2009, desto bättre.
4. Offererat pris.

KemI har använt ett utslagsgivande utvärderingskriterium som inte återfinns i utvärderingsmodellen. KemI hävdar att det utslagsgivande utvärderingskriteriet har varit den vinnande anbudsgivarens tidigare uppdrag åt KemI. Detta kriterium går inte att återfinna i utvärderingsmodellen. Genom att KemI felaktigt har tillämpat de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna samt brutit i skyldigheten att möjliggöra transparens och insyn har KemI brutit mot bestämmelserna i LOU och grundprinciperna likabehandling, transparens och öppenhet. Vergenta har utformat bästa möjliga anbud givet de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Genom KemI:s brott mot grundprinciperna likabehandling, transparens och öppenhet samt avsiktligt eller oavsiktligt gynnande av en leverantör har Vergenta lidit skada genom att inte tilldelas ett för bolaget mycket viktigt och strategiskt avtal.

KemI vidhåller att förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier använts i enlighet med LOU och att de grundläggande principerna beaktats och använts i utvärderingen samt att upphandlingen därför ska fortgå som planerat. Vid utvärderingen ansåg KemI att tre av anbuden, varav ett var Ver-

gentas, var jämbördiga vad gäller kriterierna 1, 3 och 4. Beträffande kriterium 2 bedömde däremot KemI att det var skillnad mellan anbudena. Detta gäller lydelsen "kännedom av KemI:s verksamhet". Den vinnande anbudsgivaren har större erfarenhet och kännedom av KemI:s verksamhet när det gäller liknande arbetsuppgifter än vad Vergenta har. Eftersom flera anbudsgivare var kvalificerade bedömdes detta vara utslagsgivande vid valet av leverantör.

Vergenta har därefter anfört bl.a. följande. I utvärderingen återfinns inte kriterium 2 som en del av den sammanvägda bedömningen. Alternativt ingår kriterium 2 i någon av de punkter som utgjorde den sammanvägda bedömningen. I yttrandet motiverar KemI beslutet genom att hänvisa till kriterium 2 och lydelsen "kännedom av KemI:s verksamhet" samt den vinnande anbudsgivarens tidigare uppdrag åt KemI. Den fullständiga lydelsen av kriterium 2 enligt utvärderingsmodellen är "Erfarenhet av statlig verksamhet och/eller kännedom om KemI:s verksamhet". Sammanslagningen av "statlig verksamhet" å ena sidan och "KemI" å andra sidan, i kombination med ordalydelsen "och/eller", i ett och samma utvärderingskriterium omöjliggör en inbördes rangordning mellan erfarenhet från statlig verksamhet och kännedom om KemI. Likväl är det just detta utvärderingskriterium som motiverar KemI:s beslut. Det framgår ingenstans, i vare sig förfrågningsunderlag, utvärdering eller yttrande, hur eller på vilka grunder som ordalydelsen i kriterium 2 ska/har värderats. KemI har således genom sitt agerande brutit mot grundprinciperna för transparens och likabehandling.

KemI har därefter anfört bl.a. följande. Kriterium 2 lyder "erfarenhet av statlig verksamhet och/eller kännedom om KemI:s verksamhet". Erfarenhet av statlig verksamhet bedömdes av KemI som att de båda leverantörerna var jämbördiga. Den vinnande anbudsgivaren har dessutom kännedom om KemI:s verksamhet baserad på fyra uppdrag under perioden januari 2007

till november 2008. Vergenta har enligt anbudet ingen kännedom om KemI:s praktiska verksamhet.

Vergenta har därefter anfört bl.a. följande. KemI har genom sitt agerande inte motsvarat grundprinciperna för transparens och likabehandling. KemI har anfört att de båda leverantörerna var *jämbördiga* när det gäller erfarenhet av statlig verksamhet, men att den vinnande anbudsgivaren *dessutom* har kännedom av KemI:s verksamhet. I efterhand framstår det alltså tydligt att kriterium 2 skulle kunna ha formulerats på ett transparent och likabehandlande sätt. Detta eftersom kännedom om KemI:s verksamhet i efterhand visar sig ha en självständig betydelse i utvärderingen och därmed inte utgör ett substitut till erfarenhet av statlig verksamhet, på vilket sätt kriterium 2 bör tolkas. Formuleringen av kriterium 2 har påverkat Vergentas formulering av sitt anbud eftersom ett explicit kriterium om specifik erfarenhet av KemI:s verksamhet hade gett andra förutsättningar som inte uttrycktes i förfrågningsunderlaget. Efter att Vergenta erhållit det vinnande anbudet kan det även konstateras att kriterium 4 (offererat pris) skiljer sig åt till det vinnande anbudets nackdel:

- Vinnande anbud: fast pris för grunduppdraget uppgår till 300 000 kr, exklusive moms. Kostnader för tillägg till grunduppdraget uppgår till 1 600 kr per timme.
- Vergentas anbud: fast pris för grunduppdraget uppgår till 300 000 kr, exklusive moms. Kostnader för tillägg till grunduppdraget uppgår till 1 200 kr per timme.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU föreskrivs följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen 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.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 12 kap. 2 § LOU föreskrivs följande. Den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket 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.

Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller i
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken "Kravspecifikation på leverantören/utföraren" bl.a. följande.

Leverantören och utföraren/na ska ha dokumenterad erfarenhet av processutveckling i syfte att höja kvaliteten och effektiviteten i arbetet i statlig verksamhet.

Utföraren/na ska ha dokumenterad erfarenhet av liknande arbete och ha dokumenterad förmåga/erfarenhet av att stödja, hantera och motivera personer i förändringsarbete.

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken "Kommersiella villkor" bl.a. följande.

Den maximala budgeten för uppdraget är SEK 300 000 (exklusive mervärdesskatt). Priset ska anges som fast pris för hela uppdraget, med specificering av timkostnader samt delkostnader (i SEK). Rese- eller traktamentsersättningar utgår enbart om särskilt överenskommit med KemI om detta.

En eventuell förlängning kan vara möjlig, ange timkostnad för en sådan eventuell förlängning eller beskriv möjligheter till alternativ finansiering.

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare under rubriken "Anbudsutvärdering" bl.a. följande.

Vid utvärderingen kommer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att antas med hänsyn tagen till följande rangordnade kriterier:

1. Leverantörens och utförarens kompetens, bedömt utifrån referenser och dokumenterade erfarenheter inom området, med avseende på stycke 1 och 2 under avsnittet *Kravspecifikation på leverantören/utföraren*.
2. Erfarenhet av statlig verksamhet och/eller kännedom om KemI:s verksamhet.
3. Startdag. Ju tidigare utförandet kan påbörjas efter den 7 september 2009, desto bättre.
4. Offererat pris.

Av utvärderingsrapporten framgår under rubriken "Utvärderingskriterier" bl.a. följande.

De anbud som uppfyllde kraven har utvärderats mot varandra och då har nedanstående kriterier använts, angivna i förfrågningsunderlaget.

- Leverantörens och utförarens kompetens
- Startdatum
- Offererat pris

KemI anser att anbudet från den vinnande anbudsgivaren är det mest fördelaktiga med hänsyn tagen till den sammanvägda bedömningen av ovanstående utvärderingskriterier, se nedan

Erfarenheter och kompetens

Den vinnande anbudsgivaren har stor erfarenhet av liknande arbete och dokumenterad erfarenhet av att stödja, hantera och motivera personer i förändringsarbete. De har vidare dokumenterad erfarenhet av processarbete i syfte att förhöja kvaliteten och effektiviteten i arbetet i statlig verksamhet, och en bred kompetens inom processarbete och inom IT-området. Dessutom har den vinnande anbudsgivaren stor kännedom om KemI:s verksamhet genom tidigare uppdrag på KemI.

Pris

Då ett maximalt belopp för upphandlingen angivits i underlaget (max 300 000 SEK) har flertalet anbudsgivare kvalificerats sig för uppdraget. Skillnader i belopp har enbart skiljt sig marginellt mellan anbudsgivarna. Detta kriterium har därför haft en underordnad betydelse vid beslutet. Den vinnande anbudsgivaren har offererat att utföra arbetet till priset 300 000 SEK.

Av utvärderingsrapporten framgår under rubriken ”Utvärdering av övriga anbudsgivare” bl.a. följande.

Anbud nr 1, 2 och 4 har i anbudsupplagen beskrivit kompetens, erfarenhet och utförande på ett likvärdigt sätt. Utslagsgivande för beslutet har därför varit den vinnande anbudsgivarens tidigare uppdrag åt KemI.

Länsrättens bedömning

Länsrätten, som anser att målet är så utrett som krävs för prövning, vill inledningsvis anföra följande avseende länsrättens uppgift. Länsrättens överprövning av ett upphandlingsförfarande utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlande myndigheten har åsidosatt någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne lidit eller kan komma att lida skada på

grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU. Länsrättens uppgift är således inte att göra en ny utvärdering.

Vergenta har i ansökan om överprövning anfört att KemI har fattat tilldelningsbeslut som grundats på andra kriterier än de som angetts i förfrågningsunderlaget då KemI ansett att den vinnande anbudsgivarens tidigare uppdrag åt KemI varit utslagsgivande trots att det i förfrågningsunderlaget inte angivits någon inbördes rangordning av *erfarenhet av statlig verksamhet* och *kännedom om KemI:s verksamhet*. Detta går inte att återfinna i utvärderingsmodellen.

KemI har anfört att Vergenta, den vinnande anbudsgivaren samt en tredje anbudsgivare ansågs vid utvärderingen ha lämnat jämbördiga anbud beträffande kriterierna 1, 3 och 4. Beträffande kriterium 2 var det dock en skillnad mellan anbuderna på så sätt att Vergenta och den vinnande anbudsgivaren båda hade jämbördiga erfarenheter av statlig verksamhet men att den vinnande anbudsgivaren dessutom har kännedom om KemI:s verksamhet sedan tidigare och detta bedömdes vara utslagsgivande vid valet av leverantör.

Det aktuella kriteriet anges med följande lydelse i förfrågningsunderlaget, ”Erfarenhet av statlig verksamhet och/eller kännedom om KemI:s verksamhet”. I utvärderingen har KemI bedömt att Vergentas och den vinnande anbudsgivarens anbud är jämbördiga vad gäller erfarenheter av statlig verksamhet men att den vinnande anbudsgivaren dessutom har kännedom om KemI:s verksamhet sedan tidigare. Det är således det sistnämnda som varit utslagsgivande för valet av leverantör. Länsrätten finner att KemI:s utvärdering får anses ha skett i enlighet med den utvärderingsmodell som angivits i förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner vidare att den tillämpade utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget inte kan anses ha sådana

brister att de grundläggande principerna om t.ex. transparens och likabehandling har åsidosatts (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Vergenta har vidare anfört att den vinnande anbudsgivaren lämnat ett högre pris vad gäller tilläggskostnader än Vergenta. Den vinnande anbudsgivaren har angett tilläggskostnader om 1 600 kr per timme att jämföras med Vergentas tilläggskostnader om 1 200 kr per timme.

När utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används ska det anbud antas som uppfyller alla förfrågningsunderlagets krav och som vid en relativ bedömning mellan anbuden med hjälp av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna, är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Utvärderingskriterierna ska dessutom bedömas enligt den viktning eller prioritetsordning som angetts i förfrågningsunderlaget. Av det aktuella förfrågningsunderlaget framgår att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som ska antas med hänsyn tagen till de fyra kriterierna som anges i förfrågningsunderlaget och att offererat pris har fått lägst placering i rangordningen.

KemI har i utvärderingsrapporten beträffande kriteriet offererat pris angett att skillnader i belopp enbart skiljt sig marginellt mellan anbudsgivarna och att kriteriet därför har fått en underordnad betydelse vid utvärderingen.

Länsrätten har funnit att KemI inte brutit mot bestämmelserna i LOU beträffande utvärderingen av kriteriet erfarenhet av statlig verksamhet och/eller kännedom om KemI:s verksamhet. Då detta kriterium har fått en högre prioritet i förfrågningsunderlaget än kriteriet offererat pris ska också detta kriterium tillmätas en större betydelse. Länsrätten bedömer mot bakgrund av detta att KemI:s utvärdering inte strider mot bestämmelserna i LOU.

Sammanfattningsvis finner länsrätten, med anledning av de grunder som Vergenta gjort gällande, att grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU inte föreligger. Vergentas ansökan härom ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A).



Susanne Bagge
Rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarien Caroline Sandlin.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

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 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 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 uppges sitt namn, adress och telefonnummer.

