



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2018-11-01

Meddelad i Göteborg

Mål nr

2752-18

SÖKANDE

Canon Business Center /Trollhättans Kontorsmaskiner AB, 556478-1150

Magnetvägen 3

461 38 Trollhättan

MOTPART

Vänersborgs kommun

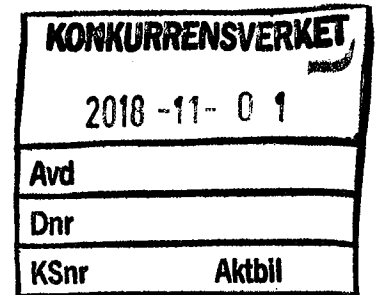
462 85 Vänersborg

Ombud: Stefan Griwall

Trollhättans stad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, förkortad LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och bestämmer att upphandlingen av skrivare, dnr 2017/44 Vbg, ska göras om.

Dok.Id 569585

Postadress

Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

031 - 711 78 59

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

BAKGRUND

Vänersborgs kommun (Kommunen) genomför en upphandling som avser skrivare, dnr 2017/44 Vbg. Upphandlingens syfte är att tillgodose behovet av utskrift, kopiering, skanning och faxning från nya skrivare, multifunktionsmaskiner (MFP) samt service och toner till dessa. Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande. Så kallad omvänd utvärdering har tillämpats. Enligt upphandlingsdokumentet ska kontrakt tilldelas den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den upphandlade utrustningen ska leasas från vinnande anbudsgivare. I det avtal som ska tecknas ingår att vinnande anbudsgivare ska köpa ut Kommunens befintliga utrustning. Avsikten är att även Visit Trollhättan-Vänersborg AB och AB Vänersborgsbostäder via Kommunens IT-kontör ska kunna avropa från avtalet.

Kommunen meddelade tilldelningsbeslut den 5 februari 2018. Av beslutet framgår att endast en anbudsgivare kvalificerats för slutlig utvärdering och att Kommunen då avsåg att teckna avtal med den leverantören. Kommunen återkallade sedan detta tilldelningsbeslut.

Kommunen meddelade nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen den 26 februari 2018. Av tilldelningsbeslutet framgår att Kommunen avsåg att teckna kontrakt med anbudsgivaren Utec, som bedömdes ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av kommunens upphandlingsprotokoll framgår att tre av de leverantörer som lämnat anbud i upphandlingen kvalificerades för slutlig anbudsutvärdering. Bland de anbud som kvalificerades ingick Trollhättans Kontorsmaskiner AB:s (Bolaget) anbud.

YRKANDEN M.M.**Vad Bolaget yrkar och anför**

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska bestämma att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar Bolaget att vinnande anbud ska diskvalificeras. Bolaget anför i huvudsak följande.

Grunden för Bolagets förstahandsyrkande är att det inte av upphandlingsdokumentet gått att utläsa vad Kommunen skulle komma att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen. Inte heller går det av utvärderingsprotokollet att utläsa vad Kommunen tillmätt betydelse vid utvärderingen. Detta har gett ett otillåtet stort utrymme för en skönsmässig bedömning från Kommunens sida. Vidare görs gällande att prispåslagen för bör-kraven i utvärderingsmodellen är oproportionerligt stora i förhållande till upphandlingens omfattning. Mot den bakgrunden framgår att upphandlingsdokumentet och genomförandet av anbudsutvärderingen strider mot de grundläggande principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet. Detta har medfört att Bolaget inte har haft möjlighet att utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Bolaget har därmed lidit, eller riskerar att lida, skada som avses i LOU.

Grunden för andrahandsyrkandet är att det vinnande anbudet inte uppfyller kravet i upphandlingsdokumentet på referenser.

Kommunen har valt att använda en uppräkningsmodell utifrån hur väl anbudsgivaren uppfyller ställda bör-krav. Kommunen har refererat till detta som ”viktning av kvalitet”. Kommunen har delat in detta i sex kategorier: Beskrivning av införande, Beskrivning av förvaltning, Teknisk förmåga och

kapacitet (referenser), Övervakning av minnesaktivitet, Administratörsnotifiering och Access till administrationsprogramvara.

”Viktning av kvalitet” kan generera ett prispåslag med maximalt sju och en halv (7 500 000) miljoner kronor. Om anbudsgivaren enligt kommunens definition inte når kommunens förväntade kriterier tilldelas anbudet maximalt påslag.

Av upphandlingsdokumentet framgår att leverantörernas anbud, utifrån respektive tilldelningskriterium, ska poängsättas enligt följande skala.

- 4: Utmärkt – Mycket bättre än kriteriet
- 3: Bra – Kriteriet uppfylls på ett normalt sätt
- 2: Ganska bra – Kriteriet uppfylls till stor del
- 1: Dåligt – Mycket sämre än kriteriet
- 0: Mycket dåligt – Kriteriet uppfylls inte alls

Det framgår emellertid varken av upphandlingsdokumentet, utvärderingsmallen eller av Frågor & Svar i Tendsign, där frågan ställdes två gånger av olika leverantörer, vad som är Mycket dåligt, Dåligt, Ganska bra, Bra eller Utmärkt i förhållande till varje utvärderingskriterium. Genom att Kommunen inte på förhand angav vad man skulle komma att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen har leverantörerna inte haft möjlighet att utforma sina mest konkurrenskraftiga anbud. Kommunen har dessutom i princip haft en fri prövningsrätt vid anbudsutvärderingen. Den utvärderingsmodell som Kommunen har tillämpat strider därmed mot såväl transparens- som likabehandlingsprincipen.

Det går inte heller av upphandlingsprotokollet att utläsa vad Kommunen har tillmätt betydelse vid anbudsutvärderingen. Av protokollet framgår endast den poäng som vinnande anbudsgivare har erhållit. Även detta strider mot principerna om transparens och likabehandling.

I upphandlingsdokumentet, punkten 3.1.17 *Beskrivning av införande*, anges följande.

”Anbudsgivaren ska beskriva införande som beskriver:

- Aktivitets- och tidplan: beskriv hur införandet och utbytet av hela maskinparken kommer att genomföras för Vänersborgs kommun, ska genomföras på 6 månader.
- Anbudsgivarens organisation t ex säljorganisation, service support (SDM, SPOC).
- Uppstart av webbshop, beskrivning av aktiviteter och tidplan.

Beskrivningen av införande kommer att utvärderas.”

I punkten 3.1.18 *Beskrivning av förvaltning* anges följande.

”Anbudsgivaren ska beskriva förvaltning enligt följande punkter:

- Hur hanteras support och serviceärenden?
- Hur kommer man arrangera möten löpande under avtalstiden?
- Hur hanteras reklamationer?
- Beskriv hur er SDM arbetar.

Beskrivning av förvaltning kommer att utvärderas.”

Inte i någon av punkterna går det att utläsa av kravet vad som kan föranleda ett högt eller lågt prispåslag. Kriterierna är dessutom otydliga då Kommunen inte specificerar vilka uppgifter leverantören ska uppge för att nå respektive poängnivå. Bolaget ställer sig även frågande till prispåslagens storlek (2 500 000 kr respektive 1 500 000 kr) i utvärderingen som Bolaget anser strida mot proportionalitetsprincipen.

I punkten 2.3.3 *Teknisk förmåga och kapacitet* anges följande.

”Anbudsgivaren ska ha dokumenterad erfarenhet, kompetens och resurser inom området. Anbudsgivaren ska lämna tre referenser (detta ändrades sedan till en) och innehålla en beskrivning av uppdraget samt kontaktperson och dennes telefonnummer. Uppdraget ska vara från en likvärdig verksamhet i storlek. Uppdragen får inte vara äldre än två år.

Kravet är att anbudsgivare ska utfört uppdraget enligt avtal. Upphandlande myndighet kan komma att kontrollera anbudsgivarens uppgifter.”

Utec har enligt det första tilldelningsbeslutet inte klarat kraven på referensuppdrag. Bolaget ställer sig frågande till hur Utec i

tilldelningsbeslutet nr 2 helt plötsligt erhåller full poäng (4) i utvärderingen och klarar kravet som tidigare medförde att dess anbud inte kvalificerade sig till utvärdering.

I punkten *1.1.2 Syfte och omfattning* anges bland annat följande.

Vinnande anbudsgivare ska köpa loss befintlig utrustning till bokfört värde enligt bilaga (...) Dessa summor ska krediteras till Vänersborgs kommun.”

Detta krav strider kraftigt mot LOU:s grundläggande principer om likabehandling och konkurrens. Det tillåter leverantörer att använda strategisk prissättning eftersom leverantörerna kan omsätta maskinerna på en ”begagnad marknad” medan andra leverantörer endast kan få tillbaka ”skrotvärdet” hos en så kallad broker eller mäklare.

I punkten *3.4.4 Övervakning av minnesaktivitet* anges att ”Samtliga TK ska ha kontinuerlig övervakning av minnesaktivitet för att detektera malware-attack” och i punkten *3.4.5 Administratörsnotifiering* att ”Samtliga TK ska kunna notifiera administratören om malware-attack drabbat maskinen via standardverktyg inklusive SIEM-verktyg”.

Då det är ytterst få leverantörer (ett fabrikat) som på marknaden som klarar dessa krav, vilket även har påpekats i Frågor & svar, så har Kommunen aktivt valt att snedfördela konkurrensen och ge fördel till ett fabrikat. Detta strider mot LOU:s grundprincip om konkurrens. Bolaget ställer sig även frågande till prispåslagets storlek (750 000 kr per krav) i utvärderingen om Bolaget anser strider mot proportionalitetsprincipen. Bolaget ställer sig också mycket frågande till hur vinnande leverantör kunnat erhålla maxpoäng (4) för båda dessa krav.

Det är också märkligt att Trollhättans kommun som ansvarar för två liknande upphandlingar (även KS 2017/68 för Trollhättans kommun), vilka

tidigare var en gemensam upphandling, kommit fram till helt olika bedömningar enligt samma bedömningskala av näst intill identiska frågeställningar (punkterna 3.1.17 och 3.1.18). Detta om något visar att det är omöjligt att förstå vad Kommunen tillmätt betydelse vid utvärderingen av anbud, att utvärderingsmodellen är otydlig, att det framstår som godtyckligt vad som bedöms samt hur det bedöms och poängsätts, vilket inte gör det möjligt för en anbudsgivare att utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Kommunens inställning

Kommunen anser att Bolagets ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

I upphandlingsdokumentet punkten 1.1.18 står beskrivet hur prövning av anbud kommer att ske samt att så kallad omvänd utvärdering kommer att tillämpas. I bilagan *Utvärdering* redovisar Kommunen vilka delar som ingår i utvärderingen, deras viktning samt poängindelning och deras värde. I upphandlingsdokumentets punkter 3.1.17 *Beskrivning av införande* och 3.1.18 *Beskrivning av förvaltning* samt i *Referensformuläret* har konkretiserats vad som kommer att beaktas vid poängbedömningen. Förtydligande har även skett via *Frågor & svar*. Punkterna 3.4.4, 3.4.5 och 3.5.7 ändrades under tiden för anbudsinslämnande från obligatoriska krav till bör-krav.

Tilldelningsbeslut meddelades den 5 februari 2018. Efter påtalande från anbudsgivare och efterkontroll upptäckte Kommunen att utvärderingsgruppen hade missat att vissa obligatoriska krav hade ändrats till bör-krav. För att minimera skadan återkallades tilldelningsbeslutet. Därefter genomfördes ny kontroll av kvalificeringskraven, vilket medförde att tre leverantörer gick vidare till anbudsutvärdering, däribland det vinnande anbudet (genom kontroll av referensobjekt) och Bolagets anbud, vilka båda

varit uteslutna i det första tilldelningsbeslutet. Kommunen har agerat i enlighet med likabehandlingsprincipen då samtliga anbudsgivare erhållit samma möjlighet till ny kontroll, kvalificering och utvärdering.

Vad Bolaget anför rörande att det inte har gått att utläsa vad Kommunen skulle komma att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen måste ifrågasättas, då Bolaget kunnat tillgodoräkna sig full poäng på fyra av sex utvärderingskriterier. Bolaget har inte uppfyllt två av efterfrågade bör-krav och har därav fått prispåslag. Att i två separata upphandlingar ha samma utvärderingskriterier strider inte mot LOU. Att två separata referensgrupper (olika personer) poängbedömer olika strider inte heller mot LOU.

Någon snedvridning av konkurrens kan inte anses ha ägt rum då Kommunen under tiden för lämnande av anbud tagit till sig marknadens synpunkter och ändrat obligatoriska krav till bör-krav just för att tydliggöra att man inte vill utestänga någon leverantör, men att det dock är av vikt för verksamheten att kunna utvärdera kriterierna.

Kommunen har heller inte, som Bolaget anför, agerat i strid med proportionalitetsprincipen genom viktningen av utvärderingskriterierna. Viktningen återspeglar i stället verksamhetens önskemål på tjänsten.

Efter återkallelse av det tidigare tilldelningsbeslutet och nykontroll av angivna referensobjekt kvalificerade sig vinnande anbud (Utecs) till anbudsutvärdering. Grund för att förkasta vinnande anbud föreligger inte. Dessutom agerade Kommunen i enlighet med likabehandlingsprincipen eftersom samtliga anbudsgivare fick samma chans till ny kvalificering.

Kommunen har agerat helt enligt samtliga grundläggande principer i LOU såväl när det gäller upphandlingsdokumentet som utvärderingen. Vidare har Bolaget inte lidit, och kan inte komma att lida, skada då Bolagets anbud inte

skulle ha blivit mest ekonomiskt fördelaktigt även om vinnande anbud (Utecs) skulle ha förkastats, vilket framgår av utvärderingen av anbuden.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot en upphandling på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är i första hand om upphandlingsdokumentet varit tillräckligt tydligt för att en normalt omsorgsfull och rimligt informerad leverantör ska

kunna förstå vad som har betydelse vid utvärderingen och därmed ha möjlighet att utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Utvärderingsmodellen

Som framgått ovan bygger utvärderingen av vilket anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt – utöver erbjudet pris – bland annat på den beskrivning som anbudsgivaren gör av hur de upphandlade skrivarna ska införas i Kommunens organisation och hur den kommande förvaltningen/supporten avseende skrivarna ska organiseras och genomföras (punkterna 3.1.17 och 3.1.18 i upphandlingsdokumentet). Beskrivningarna ska poängsättas från 0 – 4 där 4 inte ger något prispåslag medan 0 ger betydande påslag. Bedömningen ska göras med hänsyn till hur beskrivningen förhåller sig till respektive kriterium.

Av upphandlingsdokumentet framgår inte närmare vilka kriterier som avses. Det är också oklart vilka avvikelser från respektive kriterier som är acceptabla och inte medför något prispåslag och vilka som kan medföra prispåslag med olika belopp. Det framstår därmed oklart och svårförståeligt även för en rimligt informerad och normalt noggrann anbudsgivare hur ett anbud ska utformas för att bli konkurrenskraftigt. Förvaltningsrätten anser att utvärderingsmodellen i detta avseende strider mot den grundläggande principen om öppenhet eller transparens.

Utvärderingen

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte heller av utvärderingen framgår vilka faktorer i de aktuella beskrivningarna som haft betydelse för poängsättningen. Samtliga kvalificerade anbudsgivare fick högsta poäng vid utvärderingen av de efterfrågade beskrivningarna i punkterna 3.1.17 och 3.1.18. I motsvarande utvärdering som gjordes i den upphandling som Trollhättans kommun genomfört parallellt med nu aktuell upphandling var poängtilldelningen avsevärt lägre (se förvaltningsrättens mål nr 2418-18).

Detta framstår som något anmärkningsvärt och talar för att modellen lämnat utrymme för tämligen skönsmässiga bedömningar.

Utköp av gammal utrustning

Av punkten 1.1.2 *Syfte och omfattning* samt frågorna 6 och 23 i Frågor & svar framgår att vinnande anbudsgivare ska ”köpa loss” befintlig utrustning och att 200 enheter ägs av Kommunen och 25 enheter av nuvarande leverantör. Enligt förvaltningsrättens mening innebär ett sådant upplägg – i vart fall när det gäller de enheter som ägs av leverantören – en otillbörlig konkurrensfördel för denne. Förfarandet strider i denna del mot principen om likabehandling.

Sammanfattande bedömning

Förvaltningsrätten anser att Kommunens upphandling i vissa delar strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet i 4 kap. 1 § LOU. Bristerna i Kommunens förfarande är av sådan art att de medfört svårigheter även för normalt noggranna och rimligt informerade leverantörer att utforma ett konkurrenskraftigt anbud – vilket även medför att Bolaget till följd av bristerna i vart fall riskerat att lida skada. Även utvärderingsmodellen som sådan där rimligheten i de olika prispåslagen ifrågasatts medför risk för skada. Eftersom bristerna i huvudsak hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är den lämpliga åtgärden att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Kristian Karlemon

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Per Olofsson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.