



SÖKANDE

Enera International AB, 556496-2321

MOTPART

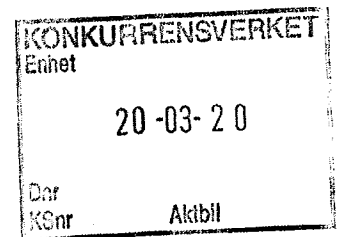
Skellefteå kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå kommun (Kommunen) har infortrat anbud avseende system för loggning av sommar- och vinterväghållning (dnr UH-2019-64).

Tre anbud, varav ett har diskvalificerats, har inkommit i upphandlingen. Kommunen har beslutat att anta det anbud som lämnats av B&M Systemutveckling aktieföretag (B&M). I det anbudet har lämnats ett pris om 3 401 000 kr och anbudet har efter utvärdering erhållit jämförelsetalet 2 851 000. Anbudet från Enera International AB har rangordnats som nummer två vid anbudsutvärderingen. I det anbudet har lämnats ett pris om 3 339 500 kr och anbudet har efter utvärdering erhållit jämförelsetalet 3 039 500.

Enera International AB (Enera) ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Enera

Upphandlingen inkluderade en utvärderingsmodell där kvalificerade anbudsgivare skulle visa att kraven för användbarhet och funktion uppfylldes. De kvalificerade anbudsgivarna genomförde en demonstration baserad på sex olika scenarion. Fyra personer i utvärderingsgruppen hade som uppgift att poängsätta och motivera varje del i respektive scenario utgående från tre nyckelfaktorer: Ändamålsenlighet, Effektivitet och Tillfredsställelse. Poängbedömningen skulle göras med ett betyg 0-3 samt motivering av betyget.

En av grundprinciperna med LOU är att en upphandling ska genomföras på ett transparent sätt. Detta innebär att en utomstående person i detta fall ska

kunna förstå varför en leverantör fått en viss poäng i de olika delarna i respektive scenario. Det enda sättet för en utomstående att förstå den poäng som tilldelas en leverantörs system för en del av ett scenario är genom en tydlig motivering av poängsättningen. Vidare krävs att utvärderaren använder sig av de tre nyckelfaktorer som i förväg bestämts och kommunicerats till leverantörerna. Av Kommunens egna protokoll framgår att motiveringarna är mycket bristfälliga och i många fall inte utgår från de nyckelfaktorer som bestämts. Poängsättningen är inte gjord på ett transparent sätt och strider därmed mot en av LOU:s principer.

Upphandlingen strider även mot likabehandlingsprincipen. Av utvärderingsprotokollen framgår på flera ställen att leverantörernas system bedömts på olika sätt. Ett exempel är när respektive leverantör visar något som är under utveckling men inte är lanserad ("release"). I scenario 5.1 får Enera noll poäng med motiveringen att den "ser bra ut" men är under utveckling. För en motsvarande situation i scenario 4.4 och 4.5 ges B&M full poäng trots att funktionen är under utveckling och lanseras först senare. För scenario 6.3 får Eneras lösning lägre poäng trots mer positiva motiveringar än B&M:s lösning.

B&M uppfyller inte avtalsvillkor 16.8 med hänsyn till tillämpningen beskriven i scenario 5 varför anbudet bör förkastas, alternativt att upphandlingen görs om med tydligare kravställning. I p. 16.8 ställs krav på att information till medborgarna vad gäller status på infrastruktur ska kunna skickas ut för ett visst område. I kapitel 15 i samma avtalsvillkor anges att "För kontroll av att kraven för användbarhet och funktion uppfylls ska Leverantören ha en genomgång av systemet på plats hos kommunen".

I scenario 5 beskrivs mer om hur man ska kunna arbeta med de områden som nämns i 16.8. Scenariouppgiften 5 beskrivs med orden: "Visa hur man geografiskt begränsar t ex ett bostadsområde (geofence) för att kunna skicka

ut pushnotiser om något inträffat, endast till de medborgare som berörs”. Även av p. 13.3 i avtalsvillkoren framgår att leverantören ska kunna definiera ett unikt område/sträcka vilken informationen ska pushas ut till.

Ur ovan ställda krav och beskrivningar ska leverantören, när en händelse inträffat, kunna definiera ett unikt område och skicka pushnotiser enbart till medborgare i just detta område.

Den lösning B&M visat bygger på att man i förväg definierat områdena (statiska områden). För respektive område ska ett Twitterkonto sättas upp. Medborgarna ska sedan registrera sig som följare på de fördefinierade områden man vill ha information om. Denna lösning uppfyller inte beskrivningen i scenario 5.

I kapitel 15 framgår klart att scenariouppgifterna är till för att kontrollera att ett system uppfyller kraven. Enera kan inte göra någon annan tolkning än att beskrivningen i scenariouppgifterna kompletterar och förtydligar kraven i kapitel 16 i avtalsvillkoren.

Att stödja dynamiska områden är mer komplicerat och dyrare än att bara stödja statiska områden baserade på Twitter-konton. Detta gör att Eneras anbud blir cirka 500 000 kr dyrare än om man hade kunnat bortse från kravet på dynamiska grupper.

Kommunen

Systemet för loggning av vinter- och sommarväghållning ska i första hand underlätta bevisföring i försäkringsärenden, förenkla uppföljning av utförda väghållningsarbeten samt positionera utrustning. Samtliga krav är beskrivna som kontraktsvillkor i avtalsbilagan, de ska således vara uppfyllda vid avtalsstart. Det finns även särskilda kontraktsvillkor beskrivna i avtalsbilagan, dessa ska vara uppfyllda 6 eller 12 månader efter avtalsstart.

Utvärdering av systemens användbarhet och funktioner gjordes genom att de kvalificerade leverantörerna fick visa sina system utifrån sex huvudscenarion indelade i ett antal underscenarion. En referensgrupp bestående av fyra tjänstemän på samhällsbyggnadskontoret bedömde varje delscenario utifrån att dels ställda krav uppfylldes och dels hur väl kraven uppfylldes utifrån de definierade nyckelfaktorerna. Referensgruppen bedömde och poängsatte systemen utifrån följande nyckelfaktorer från ISO 9241-11:

Ändamålsenlighet: Detta innebär i vilken utsträckning ett mål eller en uppgift är uppnådd. Hur systemet upplevs som helhet, är det enkelt att använda och ändamålsenligt.

Effektivitet: Vilken ansträngning som krävs för att slutföra och uppnå målet eller uppgiften. Ju mindre ansträngning desto bättre effektivitet. Användargränssnittets tydlighet och anpassning för olika användare.

Tillfredsställelse: Graden av tillfredsställelse och positiva känslor när systemet används. Hur lätt det är att navigera och orientera sig.

Utvärderingen utfördes genom att varje tjänsteman enskilt gav leverantörerna poängen 0–3 för varje delscenario enligt nedanstående:

Inget mervärde (0p): Scenariot är möjligt att genomföra men upplevs som krångligt och svårt i förhållande till nyckelfaktorerna.

Svagt mervärde (1p): Scenariot går att genomföra med vissa svårigheter i förhållande till nyckelfaktorerna.

Ett klart urskiljbart mervärde (2p): Scenariot går att genomföra utan svårigheter i förhållande till nyckelfaktorerna.

Stort mervärde (3p): Scenariot går att genomföra utan svårigheter i förhållande till nyckelfaktorerna. Innehåller parametrar och/eller funktioner som underlättar för användaren. Upplevs som lätt och stödjande.

Det framgår av utvärderingsprotokollet att sammanställningen för varje delscenario är utvärderingsgruppens sammanvägda mervärdespoäng baserat på

deltagarnas individuella poängsättning. Den muntliga genomgången av motiveringar är ett sätt att komma fram till ett gemensamt omdöme baserat på de individuella motiveringarna. Ett gemensamt resultat för mervärdespoäng beräknas matematiskt genom att räkna ut en snittpoäng baserat på de individuella mervärdespoängen.

Enera gör ett antagande att vid den ”muntliga genomgång av samtliga betyg” gör Kommunen ”endast en generell bedömning av presentationen som helhet...”. I den muntliga genomgången lämnar deltagarna i utvärderingsgruppen sina motiveringar för varje delscenario på samma sätt som i den skriftliga enligt ISO 9241-11. Syftet är att komma fram till ett gemensamt resultat för utvärderingen. Kommunen frångår därför inte från sin utvärderingsmodell.

Under utvärderingen presenterade B&M färdiga fungerande lösningar på samtliga krav. B&M nämnde muntligen att en ny funktion är under vidareutveckling (scenario 4.4 och 4.5), men de presenterade den befintliga funktionen som finns i dag och som uppfyller ställda krav. Enera har 3 av de 18 punkterna ”under utveckling” vilka inte kunde visas och varför låga poäng gavs för dessa (scenario 4.4, 4.5 och 5.1).

Utvärderingen har genomförts genom att leverantörerna fått visa sina system utifrån fördefinierade scenarion. B&M:s system visade sig totalt sett ge ett högre mervärde jämfört med Eneras system.

Det finns ingen skrivning i upphandlingsdokumenten att man för varje enskild händelse ska kunna definiera ett unikt område i vilken information ska pushas ut. Det finns heller ingen skrivning om statiska eller dynamiska områden. Ovanstående är tolkningar Enera gjort avseende p. 16.8 i avtalsvillkoren. B&M har tolkat kravet på det sätt som Kommunen avsett. Kommunen

anser att kraven är tydliga och beskriver att man ska kunna definiera ett geografiskt område för att skicka ut pushnotiser till berörda medborgare om något inträffat. B&M uppfyller kraven eftersom man kan definiera ett antal geografiska områden som medborgare kan prenumerera på. Om det händer något i dessa områden kommer medborgaren att få en pushnotis. Denna funktion är dessutom ett särskilt kontraktsvillkor som ska vara avropbart 12 månader efter avtalstecknande enligt avtalsvillkorsbilagan. För händelser som rör samtliga medborgare i ett område (inte enbart prenumeranter) använder B&M SMS-tjänst. Denna funktion är en option enligt avtalsvillkorsbilagan.

Som Kommunen tolkar sakfrågan i detta fall handlar den om det ställts ett specifikt krav på att leverantören ska kunna rita på en digitalkarta vilket område som berörs (det som Enera kallar för dynamiskt område) eller om kravet även innefattar att områdets geografiska avgränsning kan bestå av fördefinierade områden som väljs från en lista när behov uppstår (det som Enera kallar för statiskt område). Svaret är att kravet omfattar bägge lösningarna. Det framgår i avtalsvillkorsbilagan, punkt 14.1, att inte någon teknisk begränsning enligt ovan föreligger i kravet.

För medborgare (inte enbart prenumeranter) ska få information om akuta/planerade aktiviteter/underhåll i infrastrukturen skickas via pushnotis eller liknande kostnadsfri tjänst.

Scenario 5.3 ska styrka att kravet 14.1 uppfylls: Visa hur man geografiskt begränsar t ex ett bostadsområde (geofence) för att kunna skicka ut pushnotiser om något inträffar, endast till de medborgare som berörs.

Om Enera ansett att p. 16.8 varit ottydligt har man haft möjlighet att kontakta Kommunen för ett förtydligande fram till sista dag för Frågor och svar.

B&M uppfyller helt kraven i 16.8, detta har visats i scenario 5 vid visningen av systemet.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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 de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 § LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att det normalt sett ankommer på den sökande i ett upphandlingsmål att på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (jfr RÅ 2009 ref. 69) samt att klargöra och utveckla påstådda felaktigheter i en upphandling.

Enera menar att utvärderingsmodellen, såvitt avser Kommunens motivering av hur de olika scenariona bedömts, strider mot den upphandlingsrättsliga principen om transparens samt att utvärderingen strider mot principen om likabehandling på grund av att bedömningen av leverantörerna inte genomförts på ett rättvist sätt. Vidare menar Enera att Kommunen vid prövningen av anbudet avviker från vad som föreskrivits i avtalsvillkor 16.8.

Förvaltningsrätten noterar att det av upphandlingsdokumenten framgår att utvärdering av anbudet till stor del kommer att göras utifrån hur anbudsgivarna hanterat sex fördefinierade scenarion inklusive ett antal delscenarion.

Varje delscenario betygsätts utifrån hur väl de motsvarar Kommunens behov. Bedömning görs utifrån tre nyckelfaktorer och poängsättning görs i en skala 0-3. Förvaltningsrätten anser att det vid tjänsteupphandlingar, beroende på uppdragets art, kan vara godtagbart med den typen av bedömningsgrunder, även om det kan vara svårt att i förväg exakt ange hur de kommer att värderas. Med hänsyn till det aktuella uppdragets art finner förvaltningsrätten inte hinder mot att använda den typen av utvärderingskriterier. Även om det hade varit önskvärt med tydligare information avseende poängsättningen anser förvaltningsrätten att såväl utvärderingsmodellen i sig som Kommunens motivering av bedömningen är förenlig med den upphandlingsrättsliga principen om transparens.

Vad gäller frågan om själva utvärderingen är felaktig noteras följande. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra en detaljerad utvärdering i upphandlingen utan domstolens prövning inskränker sig till frågan om principerna i 4 kap. 1 § LOU, samt övriga regler i LOU, har överträtts. Vidare har en upphandlande myndighet visst tolkningsföreträde avseende egna krav och kriterier och ett relativt betydande bedömningsutrymme vid värdering av kriterier. Enera menar bl.a. att de och B&M bedömts olika i likartade situationer då de erhållit noll poäng när en funktion under utveckling visats medan B&M i motsvarande situationer fått full poäng. Kommunen menar dock att B&M i dessa situationer presenterat färdiga fungerande lösningar, vilket Enera inte kunnat göra. Därutöver har B&M uppgett att nya lösningar är under vidareutveckling. Vad som framkommit i målet visar enligt förvaltningsrättens mening inte att Kommunen överskridit sitt bedömningsutrymme vid bedömningen av de olika scenariona.

Vidare menar Enera att B&M inte uppfyller avtalsvillkor 16.8.

I avtalsvillkor 16.8 anges följande:

STATUS PÅ INFRASTRUKTUR

Information till medborgare om aktiviteter/underhåll i infrastrukturen.

- För prenumeranter på tjänsten ska information som gäller ett geografiskt område skickas via pushnotis eller liknande kostnadsfri tjänst angående underhåll på vägar, avstängda vägar pga vattenläcka mm. (särskilt kontraktsvillkor)

- För medborgare (inte enbart prenumeranter) ska information om akuta/planerade aktiviteter/underhåll i infrastrukturen skickas via pushnotis eller liknande kostnadsfri tjänst (option)

I delscenario 3 i scenario 5 anges att anbudsgivare ska visa hur man geografiskt begränsar t.ex. ett bostadsområde (geofence) för att kunna skicka ut pushnotiser om något inträffat endast till de medborgare som berörs. B&M och Enera har presenterat olika lösningar för att fullgöra uppgiften. Enera menar att den av B&M visade lösningen inte motsvarar vad som efterfrågats. Kommunen menar att kravet uppfylls såväl av lösningar som bygger på statiska områden som på dynamiska områden. Mot bakgrund av villkorens utformning och med beaktande av vad som i övrigt framkommit i målet finner förvaltningsrätten inte anledning att ifrågasätta vad Kommunen anför. Härmed måste B&M, vars lösning bygger på statiska områden, anses uppfylla villkoret ifråga. Förvaltningsrätten anser också att villkoren i fråga om detta varit tillräckligt tydliga.

På grund av det ovan anförda, och då inte heller vad som i övrigt anförts av Enera medför att förfarandet kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna, ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Karin Granholm
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma 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 infaller på en lördag, söndag eller 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.

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.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.