



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-01-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
46737-10
Enhet 12

SÖKANDE

Swedish Net Communication AB, 556690-3737
Kyrkofallet 238
694 91 Hallsberg

Ombud

Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

KONKURRENSVERKET	
2011-03-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Tullverket
Box 12854
112 98 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 2 december 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 92353

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Tullverket har inbjudit leverantörer att lämna anbud avseende upphandling av röntgenutrustning till Tullverkets kontrollhall i Värtan, dnr TV3-2010-88. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt LOU. Tullverket har i tilldelningsbeslut som är daterat den 22 november 2010 meddelat att man har för avsikt att teckna avtal med annan leverantör än Swedish Net Communication AB.

Swedish Net Communication AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen enligt LOU.

YRKANDEN, M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen skall göras om och anför i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget har brister på sätt att det inte är transparent. Det går inte att på förhand förstå hur utvärderingen skall komma att ske. Utvärderingen som är utförd följer inte heller den i förfrågningsunderlaget angivna modellen. Upphandlade myndighet har vid upphandlingen inte iakttagit grundläggande princip om transparens. Vidare har anbudsgivarna inte likabehandlats.

Förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen

I de angivna utvärderingskriterierna har upphandlade enhet inte på ett tydligt sätt angivit hur utvärdering skall komma att ske. Utvärderingsprincipen som anges i förfrågningsunderlaget är att hälften av viktningen sker på utrustningen och hälften på priset. Det finns inte någon som helst anvisning om hur poängsättningen avseende priset ska ske. Tullverket har endast angivit att det lägsta priset på utrustningen erhåller maxpoäng, inte någonstans framgår vad maxpoängen är. Hur proportionering skett är dessutom oklart. Det framgår inte någonstans att antalet poäng styrs av hur många

anbudsgivare som är aktuella. Inte heller har angivits vad högst respektive lägst betyg är för pris för serviceavtalet. Det framgår inte hur fördelningen skall ske mellan underkriterierna pris Utrustning, pris Serviceavtal och pris rotation lösning pallar. Av tilldelningsbeskedet tycks framgå att Tullverket har tilldelat så många poäng avseende pris som det finns antal anbudsgivare i respektive upphandling. Det blir helt missvisande om priset skall ha en inverkan till hälften, som föreskrivits. Prispoängen, totalt sett, borde ha varit motsvarande, det vill säga 31, poäng och sedan fördelats på ett icke angivet sätt mellan de tre underkategorierna för pris och proportionerat mellan anbudsgivarna på icke angivet sätt. - När det gäller kriterierna för utvärderingen av utrustningen har Tullverket avseende kraven 13.5 (1), 13.5 (2), 13.9, 13.11 och 13.12 förbehållit sig ett alldeles för stort skönsmässigt utrymme och det går inte att på förhand förutse vilka kriterier Tullverket tillmäter betydelse i dessa avseenden.

Utvärderingen

Av tilldelningsbeslutet framgår att Tullverket inte har poängsatt anbudet i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. När det gäller utvärdering av pris för serviceavtalet har Tullverket inte alls kommit att utvärdera indexeringen på sätt som angivits i prisbilagan. Tullverket har dessutom utdelat så mycket som 35 poäng trots att utvärderingsmodellen föreskrivit 31 poäng såvitt gäller utrustningen. - Vid Tullverkets tillämpning av utvärderingen ges priset avseende serviceavtalet lika stort utrymme som priset för utrustningen i sig. Det framgår vare sig i förfrågningsunderlaget eller någon annanstans att det var så Tullverket avsett att utvärderingen skulle gå till, och det innebär dessutom att inte det lägsta sammanlagda priset av utrustningen och serviceavtalet erhåller maxpoäng vilket man får uppfattningen skall ske. - I tilldelningsbeslutet anges endast de poäng som Tullverket har tilldelat respektive anbudsgivare. Det framgår överhuvudtaget inte varför Tullverket har tilldelat respektive anbudsgivare viss poäng och hur proportioneringen har gått till. Mot bakgrund av den

ytterst knapphändiga information som Tullverket lämnat i tilldelningsbeskedet ifrågasätts om tiodagarsfristen överhuvudtaget har börjat löpa.

Likabehandlingsprincipen

Det förfarande kring utvärderingen som Tullverket gjort och som framgår av kravspecifikationen angående kostnaden för den fysiska utvärderingen åsidosätter likabehandlingsprincipen. Av kravet framgår att samtliga kostnader vid utvärdering bärs om det finns ett referensexemplar i Europa men att kostnader för utvärdering inte ersätts alls om referensexemplaret finns utanför Europa, och eftersom bolagets referensexemplar inte befinner sig i Europa har bolaget fått betala samtliga dessa kostnader. Detta krav har naturligtvis påverkat att priset blivit högre eftersom bolaget tvingats ta högre kostnader än sina konkurrenter.

Tullverket har bestridit att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin inställning har Tullverket anfört i huvudsak följande. De anser sig i förfrågningsunderlaget ha lämnat tillräckliga uppgifter för att anbudsgivare innan de lämnat anbud ska ha varit införstådda med vad som efterfrågats, hur anbudssvaren kommer att prövas och vad som kommer att bedömas vid utvärdering. Tullverket har i tilldelningsbeslutet redovisat erhållna poäng vid utvärdering och beräkningar vilka legat till grund för poängtilldelning, och fler uppgifter finns ej att redovisa.

Bolaget anför härefter bland annat följande. Det tredje utvärderingskriteriet avseende pris, lösning av rotation pallar, har inte som tidigare angetts utgått. Det innebär att såvitt gäller utvärderingskriteriet Pris har inte uppgivits i förfrågningsunderlaget i vilken utsträckning det ska viktas eller hur poängsättning skall ske. Inte heller har utvärderingen följt förfrågningsunderlaget eftersom någon utvärdering avseende lösning av rotation av pallar och när det gäller serviceavtalet indexeringen inte alls beaktats. När det gäller utvärderingskriteriet Utrustning har fler än möjliga poäng delats

ut. Tilldelningsbeslutet har inte heller på något sätt motiverat poängsättningen i fråga om utrustningen.

Tullverket har i yttrande genmält bland annat följande. Tullverket har efter den annons, i vilken förfrågningsunderlag funnits tillgängliga, skickat ut förtydliganden och svar på inkomna frågor och där bland annat angivit att kravet om rotationsbord utgått. Detta har annonserats via en allmänt tillgänglig databas och klaganden har även underrättats via e-post. Tullverket har i förfrågningsunderlaget angivit för vilka geografiska områden man kommer att stå för rese- och logikostnader i samband med den fysiska utvärderingen. Klaganden har trots detta valt en annan geografisk plats för fysisk utvärdering. Samtliga anbudsgivare har getts möjlighet att välja plats för den fysiska utvärderingen.

Förvaltningsrätten har den 2 december 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Eftersom upphandlingen påbörjades före den 15 juli 2010 ska LOU tillämpas i den lydelse som var gällande vid denna tidpunkt.

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bland annat att 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bland annat att det anbud som för Tullverket är det mest ekonomiskt fördelaktiga är det anbud som uppfyller samtliga ställda skallkrav och erhåller det sammanlagt högsta betyget vid utvärdering enligt en viktningmodell där kriterierna kvalité och pris viktas till 50 procent vardera. Kriteriet pris gäller numera utrustning och serviceavtal, och utvärdering av pris för utrustning kommer att utvärderas genom att lägsta pris tilldelas högsta poäng och priser mellan lägsta pris och 350 000 kr kommer att rangordnas sinsemellan. Utvärdering av pris för serviceavtal sker dels på den fasta kostnaden och dels enligt den utveckling angivet index haft tre år tillbaka. Lägst offererad kostnad för serviceavtal första året kommer att erhålla högst betyg och högst offererad kostnad lägst betyg. Index vilket skulle ha givit lägst kostnadsutveckling för Tullverket kommer att erhålla högst betyg, och högst kostnadsutveckling kommer att erhålla lägst betyg.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att utvärderingsmodellen i aktuellt förfrågningsunderlag strider mot transparensprincipen genom att det inte på ett tillräckligt tydligt sätt har redovisats hur bedömningen och poängsättningen skulle ske.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i 1 kap. 9 §. Av förarbeten och praxis framgår emellertid att principen om transparens innebär 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 (se härom bland annat rättsfallet RÅ 2002 ref. 50) och inte heller får innehålla motsägelsefulla krav eller förutsättningar.

Tullverkets utvärderingsmodell avseende pris är en relativ utvärderingsmodell där utslaget har berott på antalet anbudsgivare och relationen mellan deras respektive anbud. Relativa utvärderingsmodeller kan vara förenliga med LOU förutsatt att kraven på likabehandling och transparens är

uppfyllda (se härom bland annat Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3772-10).

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår inte avseende pris utrustning vad maxpoäng är eller hur den relativa fördelningen kommer att ske. Avseende kostnad för serviceavtal och index framgår inte vad högst respektive lägst betyg är eller enligt vilken skala betygen ska fördelas mellan anbudsgivarna. Vidare framgår inte hur viktning kommer att ske mellan underkriterierna pris utrustning och pris serviceavtal eller mellan pris serviceavtal och index serviceavtal. Effekten härav blir enligt förvaltningsrättens bedömning oförutsägbar och utrymmet för subjektiva bedömningar i samband med utvärderingen förefaller stort, varför utvärderingsmodellen inte uppfyller gemenskapsrättens krav på transparens. Vid detta förhållande och då bristerna i förfarandet har inneburit en sådan skada eller risk för skada för leverantör som avses i 16 kap. 2 § LOU föreligger skäl för ingripande enligt samma lag. Bristerna är att hänföra till förfrågningsunderlaget och därmed saknas möjlighet för förvaltningsrätten att förordna om en mindre betungande åtgärd än att upphandlingen ska göras om, varför bolagets ansökan om överprövning ska bifallas och upphandlingen göras om. Mot bakgrund härav finns inte skäl att pröva bolagets ytterligare invändningar avseende upphandlingen.

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

Patrik Ernby
Förvaltningsrättsassessor

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Lina Hjorth.