

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-05-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2842-08
Rotel 551

SÖKANDE

Akademin Stigborg AB, 556574-4553
Allégatan 165
232 31 Arlöv

KONKURRENSVERKET	
2008-05-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och advokat Maria Lidbom
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Verket för förvaltningsutveckling, Verva
Box 214
101 24 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår Akademin Stigborg AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut av den 8 februari 2008 avseende anbudsområde 5 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 314396

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Verket för förvaltningsutveckling (Verva) har genomfört en samordnad regional upphandling för myndigheter inom Stockholms län avseende "IT-konsulttjänster 2007". Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling. Upphandlingen omfattar åtta olika anbudsområden. Akademin Stigborg AB (Akademin) har lämnat anbud avseende område 5. I tilldelningsbeslut avsänt från Verva den 30 januari 2008 beslutade den upphandlande enheten att anta annat anbud än anbud från Akademin.

Akademin ansöker om överprövning enligt LOU avseende område 5 och yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* görs om. I andra hand yrkar Akademin att upphandlingen ska göras om. Akademin yrkar även muntlig förhandling. Som grund för sin talan anför Akademin i huvudsak följande.

Verva har genomfört utvärderingen av utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* på ett felaktigt sätt och i strid med vad som angetts i förfrågningsunderlaget beträffande utvärderingen av det aktuella utvärderingskriteriet. Akademin har tilldelats för låga poäng, vilket står i strid med såväl likabehandlingsprincipen som principen om transparens och därmed kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Upphandlingen ska därför rättas på så vis att utvärderingen beträffande det aktuella utvärderingskriteriet görs om. För det fall länsrätten skulle finna att Verva har utfört utvärderingen på ett korrekt sätt gör Akademin i andra hand gällande att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt utformat att det måste anses stå i strid med principerna om förutsebarhet och transparens och därmed kravet på affärsmässighet. Verva har i förfrågningsunderlaget föreskrivit att myndigheten kan välja att antingen göra en förnyad konkurrensutsättning eller avrop med samtliga villkor fastställda enligt en särskild avropsordning. Det finns i den klassiska

sektorn ingen rättslig möjlighet i LOU att använda förnyad konkurrensut-sättning. Denna möjlighet följer av bestämmelserna i den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, vilken dock inte är tillämplig på upphandlingar som påbörjats före 1 januari 2008. Upphandlingen är därför rättsstridig och ska göras om.

Av utvärderingsrapporten framgår dels att Akademinns anbud upptagits till utvärdering, dels vilka poäng de olika anbudsgivarna erhållit i Vervas utvärdering av anbuderna. Av utvärderingsrapporten kan vidare utläsas att Akademinns anbud hamnat på 17:e plats. Endast de 16 första anbuderna fick möjlighet att teckna ramavtal.

Utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* beskrivs i förfrågningsunderlagets Bilaga A punkt 4.3. Det som efterfrågades i förfrågningsunderlagets punkt 4.3 var att fem punkter skulle finnas med i den beskrivning som anbudsgivarna hade bifoga till sina anbud. Av utvärderingsrapporten framgår att Akademin erhållit 1,875 av möjliga 3,000 poäng avseende utvärderingskriteriet. Eftersom Akademin i sitt anbud utförligt har redogjort för de fem punkter som krävs utan att erhålla full poäng anser Akademin att utvärderingen har utförts på ett felaktigt sätt. Med anledning härav begärde Akademin att få till stånd ett möte med Verva för att på så vis få förklarat för sig på vilket sätt Verva funnit att Akademin inte fullgjort det som efterfrågades i förfrågningsunderlaget. På fråga av Akademin uppgav Verva att Akademin för att få full poäng avseende utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* tydligt skulle beskriva Akademinns kvalitetssäkringsmetodik i enlighet med de fem punkter som fanns angivna i förfrågningsunderlaget. Eftersom Akademin var av uppfattningen att Akademin tydligt beskrivit dessa punkter frågade Akademin vidare vad det var som gjort att Akademin fått poängavdrag. Företrädare för Verva svarade då att Akademin inte tydligt nog hade beskrivit de två första punkterna, varför Akademin fått poängavdrag på dessa. Däremot hade Akademin fått full poäng på

de tre sista punkterna. Akademien bad om ytterligare förtydligande, varefter Verva förklarade att Verva ansåg att Akademien hade missat följande.

- På punkt 1 hade Akademien endast skrivit hur länge metoden *använts* men missat att beskriva när den etablerades.
- På punkt 2 hade Akademien endast skrivit att alla nyanställda utbildas i metodiken och Verva kunde då inte veta hur många detta är.

Den metod Akademien använder etablerades samtidigt som den togs i anspråk. Vidare är alla som idag utför konsulttjänster anställda efter 2001, varför samtliga anställda fått utbildning i metoden.

Beträffande den utvärdering som Verva utfört framkom vidare att Verva för att "underlätta utvärderingen" hade slagit ihop punkt 3 och 4 eftersom anbudsgivarnas svar på dessa "i stort var identiska". Konsekvensen av Vervas sammanslagning blir således att varje punkt inom kriteriet 4.3 blir värt 25 procent av poängen istället för 20 procent av poängen. Resultatet av denna sammanslagning gör att Akademien går från att få full poäng på 60 procent av kriterierna till 50 procent, vilket i kombination med det enskilda kriteriets ökade värde gör att Akademien får mindre poäng än vad Akademien skulle ha fått om Verva tillämpat den i förfrågningsunderlaget föreskrivna utvärderingsmetoden. Läggs de poäng till som Akademien inte erhållit blir Akademiens nya totala poäng $81,079 + 0,225 = 81,304$, dvs. 0,09 poäng mer än vad anbudsgivaren på plats 16 fått. Eftersom anbudsgivaren på plats 16 redan fått full poäng på kvalitetssäkring av uppdrag kommer denne anbudsgivares poäng inte att påverkas av den nya beräkningsmetoden. Denna av Verva ensidigt utförda justering innebär således att utvärderingen av utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* avviker från vad som föreskrevs i förfrågningsunderlaget. Utvärderingen står därför i strid med lika-behandlingsprincipen och kravet på transparens. Utvärderingen står därmed även i strid med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Flera av de anbudsgivare som har erhållit högre poäng än Akademin avseende *kvalitetssäkring av uppdrag* har inte beskrivit de fem punkter som Verva efterfrågade på ett mer utförligt sätt än Akademin. Akademin har tagit fram några exempel på leverantörer som har tilldelats högre poäng på utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* trots att de inte gjort en bättre beskrivning av punkterna 1 och 2 i punkten 4.3. Uppgiften för anbudsgivaren i punkt 1 var att beskriva *när metoden etablerades och hur länge den använts*. Akademin fick avdrag på grund av att Akademin talat om hur länge bolaget använt metoden men inte när den etablerades. De övriga tre anbudsgivarna har endast talat om när metoden etablerades men inte beskrivit hur länge denna har använts. Vervas utvärdering strider mot lika-behandlingsprincipen.

I punkt 2 skulle anbudsgivarna redogöra för *hur många av de offererade konsulterna som utbildats i metoden*. Akademin fick avdrag på grund av att Akademin endast talade om att alla nyanställda utbildats i metodiken. Svaret från Know IT är i stort sett identiskt även om de använder andra ord. Qbranch använder en vag beskrivning att de utbildat mer än 100 konsulter i ITIL. Detta är inte en exakt siffra på hur många de verkligen har utbildat. Dessutom hänvisar de till utbildning i ITIL, vilket inte ens är en kvalitetssäkringsmetodik. SWCG anger i sitt anbud att de utbildat 22 företag i sitt kvalitetsarbete. Detta besvarar inte frågeställningen som gick ut på att besvara hur många av de offererade konsulterna som utbildats och inte hur många företag. Flera anbudsgivare har brustit i sina beskrivningar. Vervas utvärdering står därför i strid med likabehandlingsprincipen och därmed kravet på affärsmässighet.

Det aktuella utvärderingskriteriet har varit så otydligt utformat att anbudsgivarna inte förstått hur de skulle besvara frågorna i punkten 4.3. Förfrågningsunderlaget har varit så otydligt att till och med Verva vid utvärdering-

en känt sig tvingat att slå ihop två av de fem punkterna. Resultatet av utvärderingen är inte rättvisande och Akademien har ovan visat på den orimliga följd som uppstår vid Vervas felaktiga tillämpning av utvärderingsmodellen avseende kriteriet. För det fall att länsrätten skulle finna att rättelse inte ska ske genom att utvärderingen görs om avseende utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* gör Akademien gällande att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt utformat att de måste anses stå i strid med principerna om förutsebarhet och transparens och kravet på affärsmässighet. Upphandlingen ska därför göras om.

Verva har i såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingsrapporten föreskrivit att avrop kan komma att ske genom förnyad konkurrensutsättning. Förfarandet med förnyad konkurrensutsättning följer bestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling, vilken inte är tillämplig på upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2008. Förfarandet följer vidare bestämmelserna i artikel 32 i det klassiska direktivet (2004/18/EG), vilken inte har direkt effekt. Verva har således ingen laglig rätt att i förfrågningsunderlaget föreskriva att myndigheten kan "välja" huruvida den vid avrop ska avropa enligt den i tilldelningen fastställda avropsordningen eller göra en förnyad konkurrensutsättning. Upphandlingen genomförs enligt 5 kap. LOU och avrop ska därför också ske i enlighet med de bestämmelser som gäller beträffande avrop från ramavtal enligt LOU. Som stöd härför åberopar Akademien Länsrätten i Vänersborgs dom den 18 januari 2007 i mål nr 3102-06. Sammanfattningsvis strider det föreskrivna alternativa avropsförfarandet med förnyad konkurrensutsättning mot bestämmelserna och praxis enligt LOU. Upphandlingen ska därför göras om redan av detta skäl.

Verva bestrider Akademiens ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

Verva har inte brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Upphandlingen har genomförts i enlighet med det grundläggande kravet på affärsmässighet och de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ska gälla för all upphandling. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna medfört att Akademien lidit eller kan komma att lida skada. Någon grund för beslut att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts föreligger därför inte.

Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt 5 kap. LOU med åtta anbudsområden; användbarhet, verksamhetsutveckling och strategi, ledning och styrning, systemutveckling och systemförvaltning, infrastruktur, informationssäkerhet, GIS-kompetens samt uppdragskonsulttjänster. Anbud fick avges avseende ett eller flera av anbudsområdena 1-7 eller enbart anbudsområde 8.

I 6.1.1 i det inledande dokumentet i förfrågningsunderlaget beskrivs tydligt hur utvärderingen i upphandlingen skulle gå till. Av beskrivningen framgår att utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* är kopplat till krav 4.3 i Bilaga A, 1-7. Vidare framgår att utvärderingskriteriet skulle viktas till 3 procent inom anbudsområde 1-7, vilket innebär att det så kallade styrketalet för kriteriet skulle vara 3. I 4.3 i Bilaga A, 1-7 beskrivs utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag*. Enligt utvärderingskriteriet bör anbudsgivaren tillämpa kvalitetssäkring i samband med konsulttjänsternas planering, genomförande och uppföljning. Med kvalitetssäkring avses hur anbudsgivaren agerar för att säkra verksamhetens och uppdragets kvalitet. Beskrivningen ska avse anbudsgivarens metodik. Enligt bör-kravet ska anbudsgivare bilägga beskrivning av sin kvalitetssäkringsmetodik för konsulttjänster till anbudet. Av beskrivningen ska tydligt framgå när metoden etablerades och hur länge den använts, hur många av de offererade konsulterna som har

utbildats i metoden, rutin för förebyggande åtgärder, rutin för hantering av avvikelser, fel och/eller brister samt rutin för revision av kvalitetssäkringsmetoden. Bedömningen av respektive anbud avseende utvärderingskriteriet skulle baseras på en helhetsbedömning av den beskrivna kvalitetssäkringsmetodiken, dvs. anbudsgivarens kvalitetssäkring. Helhetsbedömningen skulle göras utifrån den i anbudet lämnade informationen om de i 4.3 Bilaga A, 1-7 nämnda omständigheterna. För att erhålla fullt styrketal, dvs. 3, avseende utvärderingskriteriet måste därför beskrivningen av kvalitetssäkringsmetodiken innehålla information avseende samtliga dessa omständigheter.

Akademinns anbud inom anbudsområde 5 hamnade efter utvärdering på 17:e plats och tilldelades således inte ramavtal. Akademinns anbud innehöll en beskrivning av bolagets kvalitetssäkringsmetodik för konsulttjänster. Av beskrivningen framgick emellertid inte tydligt *när metoden etablerades och hur länge den har använts* eller *hur många av de offererade konsulterna som har utbildats i metoden*. Detta har påverkat bedömningen av Akademinns anbud. Akademin hade i anbudet angett att det "sedan 2001-01-01 [sker] en kontinuerlig utvärdering av alla konsulttjänster enligt kvalitetssäkringsmetoden". Av informationen att Akademin tillämpar en "kontinuerlig utvärdering" sedan visst datum framgår inte tydligt när bolagets *kvalitetssäkringsmetod etablerats* eller hur länge den använts. Som framgår av 4.3 Bilaga A, 1-7 innebär en kvalitetssäkringsmetod mycket mer än *utvärdering* av konsulttjänster. Verva bestrider Akademinns påstående att företrädare för Verva skulle ha uppgett att Akademinns brist i denna del bestod i att "Akademin endast skrivit hur länge metoden *använts* men missat att beskriva när den *etablerades*". Akademin hade vidare angett i anbudet att "alla nyanställda konsulter får utbildning i den ovan beskrivna kvalitetssäkringsmetoden innan de skickas ut på uppdrag". Av informationen att alla hos Akademin nyanställda konsulter får utbildning framgår inte tydligt *hur många av de offererade konsulterna som faktiskt erhållit utbildning*. Vervas bedöm-

ning av Akademin anbud innebar att anbudet erhöll styrketallet 1,875 avseende utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag*. Verva bestrider Akademin påstående att flera av de anbud som erhållit högre styrketal än Akademin anbud avseende utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* inte innehåller en mer utförlig beskrivning av de i 4.3 i Bilaga A, 1-7 angivna omständigheterna än vad Akademin anbud innehåller. Verva vill understryka att det inte är möjligt att, på sätt som Akademin gjort, jämföra ur sitt sammanhang tagna utdrag ur anbud. I detta sammanhang får också nämnas att beskrivningarna i anbuderna av bolagens respektive kvalitetssäkringsmetodik ofta varit mycket omfattande och detaljerade. Såvitt avser de utdrag ur andra anbud som Akademin återgett framgår den av Verva efterfrågade omständigheten när metoden etablerades och hur länge den använts av dessa utdrag eller utdragen tillsammans med ytterligare information i anbuderna. Naturligtvis ska inte 4.3 i Bilaga A, 1-7 förstås så att beskrivningen uttryckligen måste ange både när metoden etablerades och hur länge den använts för att den lämnade informationen avseende denna omständighet ska kunna bedömas. Bedömningen av respektive anbud avseende utvärderingskriteriet skulle baseras på en helhetsbedömning av den beskrivna kvalitetssäkringsmetodiken, dvs. anbudsgivarens kvalitetssäkring. Helhetsbedömningen skulle göras utifrån informationen i anbudet om de i 4.3 i Bilaga A, 1-7 nämnda omständigheterna. För att erhålla fullt styrketal, dvs. 3, avseende utvärderingskriteriet måste därför beskrivningen av kvalitetssäkringsmetodiken innehålla information avseende samtliga dessa omständigheter. Sammanfattningsvis har Vervas bedömning av anbuderna avseende utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* genomförts i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget och varit korrekt. Anbuderna har bedömts utifrån samma förutsättningar och erhållit styrketal efter resultatet av helhetsbedömningen. Bedömningen har således inte stått i strid med likabehandlingsprincipen eller på annat sätt skett i strid med kravet på afärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Akademien gör gällande att Verva skulle ha ensidigt justerat principerna för utvärderingen så att dessa kom att avvika från vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Konsekvensen av justeringen skulle enligt Akademien vara att angivandet av var och en av de i 4.3 i Bilaga A, 1-7 uppräknade omständigheterna skulle vara värt 25 procent istället för 20 procent av styrketalet vid utvärderingen av utvärderingskriteriet kvalitetssäkring av uppdrag. Detta påstående är inte korrekt och saknar grund. Som ovan redogjorts för skulle bedömningen av respektive anbud avseende utvärderingskriteriet kvalitetssäkring av uppdrag baseras på en helhetsbedömning av den i anbudet beskrivna kvalitetssäkringsmetodiken. Helhetsbedömningen skulle göras utifrån informationen i anbudet om de i 4.3 i Bilaga A, 1-7 nämnda omständigheterna. Förfrågningsunderlaget anger således inte, som Akademien gör gällande, att lämnandet av information om respektive av de i 4.3 i Bilaga A, 1-7 nämnda omständigheterna skulle innebära 20 procent av det totala styrketalet. De delar av en kvalitetssäkringsmetodik som består av *rutin för förebyggande åtgärder* och *rutin för hantering av avvikelser, fel och/eller brister* är så nära förknippade med varandra att en beskrivning av den ena i det närmaste uteslutande innebär en beskrivning av den andra. Verva fann därför ingen anledning att särskilja dessa båda omständigheter vid utvärderingen. Eftersom utvärderingen alltjämt skulle utgå från en helhetsbedömning på sätt som ovan beskrivits innebär detta inte att Verva förändrade principerna för utvärderingen av utvärderingskriteriet kvalitetssäkring av uppdrag. Verva krävde alltjämt för fullt styrketal att beskrivningen av kvalitetssäkringsmetodiken innehöll all efterfrågad information. Vad som nu anförts innebär att Akademiens resonemang och hypotetiska "poängberäkning", vilken utgår från att Verva skulle ha förändrat "poängvärdet" för de i 4.3 i Bilaga A, 1-7 angivna omständigheterna från 20 procent till 25 procent, helt saknar grund. Utvärderingen av utvärderingskriteriet kvalitetssäkring av uppdrag, liksom för övrigt utvärderingen av alla andra utvärderingskriterier, har naturligtvis tillämpats på samma sätt för alla anbudsgiva-

re. Något brott mot 1 kap. 4 § LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna föreligger inte.

Akademien gör gällande dels att utvärderingskriteriet kvalitetssäkring av uppdrag varit så otydligt utformat att anbudsgivarna inte förstått hur de skulle besvara frågorna i 4.3 i Bilaga A, 1-7, dels att Verva tillämpat utvärderingskriteriet på annat sätt än vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Verva bestrider detta. Den omständigheten att Verva inte funnit skäl att särskilja två av de i 4.3 i Bilaga A, 1-7 nämnda omständigheterna vid utvärderingen innebär inte att det förelegat någon som helst otydlighet i fråga om vilken information anbudsgivarna skulle lämna rörande sin kvalitetssäkringsmetodik. Detta framgår klart och tydligt av 4.3 i Bilaga A, 1-7. Anbudsgivarna har således kunnat avge sina anbud med full insikt om vad som skulle tillmätas betydelse vid utvärderingen och skulle inte ha utformat sina anbud annorlunda med informationen att Verva inte skulle särskilja de båda nämnda omständigheterna vid utvärderingen. Verva har inte på något sätt förändrat förutsättningarna för utvärderingen av utvärderingskriteriet kvalitetssäkring av uppdrag. Inte heller har det förelegat några otydligheter för Verva beträffande hur Verva skulle genomföra utvärderingen av utvärderingskriteriet. Sammanfattningsvis har utvärderingen genomförts på sätt som angetts i förfrågningsunderlaget vilket är förutsebart. Resultatet av utvärderingen är rättvisande och rimligt. Förfrågningsunderlaget samt utvärderingsmodellen och tillämpningen av denna är i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna (se t.ex. EG-domstolens dom den 24 november 2005 i mål C-331/04). Även om länsrätten skulle finna att det förekommer brister i förfrågningsunderlaget innefattande tillämpningen av utvärderingsmodellen är dessa i vart fall inte av den art eller omfattning att kravet på affärsmässighet eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ska gälla för all upphandling åsidosatts (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Akademien gör gällande att förfarandet med förnyad konkurrensutsättning inte kan tillämpas vid upphandlingar enligt LOU. LOU innehåller inte några regler för hur avrop ska gå till. Frågan om förnyad konkurrensutsättning vid avrop är tillåten enligt LOU har varit föremål för prövning bl.a. i det länsrättsavgörande som Akademien åberopar. Länsrätten i Stockholm har emellertid i flera avgöranden godkänt förnyad konkurrensutsättning enligt LOU. Enligt 3.2 i det inledande dokumentet till förfrågningsunderlaget ska avropande myndigheter, såvitt avser anbudsområdena 1-7, välja mellan att göra en förnyad konkurrensutsättning eller avrop med samtliga villkor fastställda. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget hur avrop ska ske och vilka villkor som gäller såväl vid en förnyad konkurrensutsättning som vid avrop med samtliga villkor fastställda. Upphandlingen och dess avropsförfarande tillgodoser således de gemenskapsrättsliga principerna och LOU:s krav på affärsmässighet. Vidare har den förstudie som föregått upphandlingen visat att samtliga myndigheter och leverantörer i branschen är angelägna om att avrop ska kunna ske genom en förnyad konkurrensutsättning. Det klassiska direktivet (2004/18/EG) behandlar förnyad konkurrensutsättning i artikel 32. Det är helt klart att förfarandet sedan länge är tillåtet enligt EU:s upphandlingsregelverk. Det kan också konstateras att Sverige, genom den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, har infört regler om förnyad konkurrensutsättning. Mot bakgrund av det nu anförda samt möjligheterna till direktivkonform tolkning är det Vervas bestämda uppfattning att den enda rimliga slutsats som kan dras är att upphandlingens tillämpning av förnyad konkurrensutsättning är tillåten även enligt LOU. För det fall länsrätten skulle finna att tillämpning av förnyad konkurrensutsättning strider mot LOU är rättelse en tillräcklig åtgärd. Avrop kan i sådana fall göras uteslutande med samtliga villkor fastställda. Beslut om annan åtgärd skulle vidare vara processekonomiskt oförsvarbart eftersom en ny upphandling skulle genomföras enligt den nya lagen och således resultera i avrop genom förnyad konkurrensutsättning. I detta sammanhang måste framhållas att

kostnaden för genomförandet av upphandlingen uppgår till utomordentligt höga värden.

Akademien har därefter anfört i huvudsak följande.

Inte någonstans i förfrågningsunderlaget, och särskilt inte i punkt 4.3, framgår att Verva vid utvärderingen av bör-kravet kvalitetssäkring vid uppdrag skulle göra en helhetsbedömning. Tvärtom har Verva angett vilka fem punkter som ska framgå av anbudsgivarnas beskrivning av kvalitetssäkringsmetodik för erhållande av maximal poäng.

NOU har i sitt uttalande den 17 mars 2007, dnr 2004/0046-29, fastlagt att ett ramavtal inom den klassiska sektorn enligt 1 kap 5 § LOU måste innehålla samtliga villkor för avrop som görs under en fastställd period. Ramavtal i vilka samtliga villkor inte fastställts är inte tillåtna i den klassiska sektorn. Detta medför att rangordningen alternativt fördelningsnyckeln måste vara fastställd. Detta får till följd att det inte kan ske en förnyad konkurrensutsättning.

Verva synes i sitt yttrande göra gällande att artikel 32 i det klassiska direktivet skulle ha direkt effekt. Detta påstående är intressant mot bakgrund av att Verva i Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5024-06, anförde att "[a]rtikel 32 i direktiv 2004/18/EG saknar direkt effekt i Sverige. Artikelns tillhör en icke-obligatorisk del av direktivet som medlemsstaterna kan välja om de vill införa eller ej i den nationella lagstiftningen. Det är Vervas uppfattning att en direktivbestämmelse, som en medlemsstat kan välja att inte införa i sin nationella lagstiftning, aldrig kan anses vara ovillkorlig på sådant sätt att bestämmelsen kan tillmätas direkt effekt," Kammarrätten konstaterade i domskälen att den aktuella artikeln inte har direkt effekt. Efter-

som felet föreligger i förfrågningsunderlagets utformning kan inte felet botas genom rättelse utan upphandlingen måste göras om.

Verva har därefter anfört i huvudsak följande.

Av 4.3 i Bilaga A, 1-7 framgår inte, som Akademien gör gällande, att lämnandet av information om respektive nämnd omständighet skulle medföra 20 procent av det totala styrketalet. Det torde vara fullständigt klart utifrån 4.3 i Bilaga A, 1-7 att utvärderingen av utvärderingskriteriet skulle baseras på en helhetsbedömning av anbudsgivarens beskrivna kvalitetssäkring i samband med konsulttjänsternas planering, genomförande och uppföljning, dvs. i praktiken en bedömning av att anbudsgivaren har en kvalitetssäkringsmetodik för konsulttjänster samt innehållet i denna.

Enligt 3.2.2 i det inledande dokumentet av förfrågningsunderlaget innebär avrop med samtliga villkor fastställda, vilket kan tillämpas i upphandlingen, en rangordning av ramavtalsleverantörerna per anbudsområde utifrån upphandlingens utvärderingsresultat. Rangordningen innebär att den ramavtalsleverantör som är nummer ett (1) ska avropas i första hand. Om denna inte kan erbjuda tjänsten ska myndigheten vända sig till den ramavtalsleverantör som är nummer två (2) på listan o.s.v. till dess att tjänsten kan erbjudas. Ramavtalen som blir följden av upphandlingen innehåller således en fördelningsnyckel (rangordning) mellan ramavtalsleverantörerna och fastställer därmed samtliga villkor för avrop. Ramavtalen är alltså förenliga med såväl LOU som lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Verva vill påpeka att den upphandling som var föremål för prövning i Kammarrätten i Stockholms dom den 31 oktober 2006 i mål nr 5024-06 påbörjades före den tidpunkt då det klassiska direktivet (2004/18/EG) skulle ha implementerats i svensk rätt, dvs. före den tidpunkt då någon direkt effekt överhuvudtaget kunde ha inträtt. Detta är bakgrunden till det av Aka-

demin citerade uttalandet från Verva. Kammarrätten fastslog i enlighet härmed att artikel 32 i direktivet inte kunde ha direkt effekt såvitt avsåg den upphandling som målet gällde.

Akademien har därefter tillagt i huvudsak följande.

Verva synes göra gällande att artikel 32 har direkt effekt på den upphandling som nu är gällande, eftersom denna upphandling påbörjats efter den 31 januari 2006, eftersom direktivet då skulle ha varit implementerat i svensk lag. Akademien vill i detta hänseende återupprepa det faktum att artikel 32 i direktivet tillhör de frivilliga delarna av direktivet, vilka inte kan ha direkt effekt utan blir tillämpliga först när den nationella lagstiftaren valt att införa bestämmelsen i nationell lag.

Länsrätten beslutade den 8 februari 2008 om inhibition i målet avseende anbudsområde 5.

Länsrätten avslog den 29 februari 2008 Akademiens yrkande om muntlig förhandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 1 kap. 4 § LOU anges följande. Upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras afärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 5 § samma lag anges bl.a. följande. Ramavtal är ett avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

I 1 kap. 22 § samma lag anges följande. En upphandlande enhet ska anta anbudet som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten ska i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

I 7 kap. 1 § första stycket samma lag anges att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 7 kap. 2 § samma lag anges bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § 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.

Av punkten 6.1.1 i förfrågningsunderlagets Inledande dokument framgår följande. Viktningen avseende anbudsområde 1-7 är följande.

Utvärderingskriterium	Styrketal skala	VIKT Anbudsområde 1-7 (vikten 100% fördelas)
Pris	0-100	35%
Referens	0-100	60%
Kvalitetssäkring av uppdrag	0-100	3%
E-faktura	0-100	2%

Utvärderingskriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* bestäms av den poängsättning som redovisas i Bilaga A, 1-7 krav 4.3. Av nämnda punkt framgår följande. Anbudsgivaren bör tillämpa kvalitetssäkring i samband med konsulttjänsternas planering, genomförande och uppföljning. Med kvalitetssäkring avses hur anbudsgivaren agerar för att säkra verksamhetens och uppdragens kvalitet. I praktiken kan avropande myndighet ha en egen metodik för att säkra uppdragens kvalitet, beskrivningen ska dock avse anbudsgivarens metodik.

Länsrättens bedömning

Grund för att ingripa mot upphandlingen kan föreligga om det visas att den upphandlande enheten åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsynstaganden i 1 kap. 4 § LOU, t.ex. genom att påtagligt avvika från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Prövningen kan också avse huruvida andra gemenskapsrättsliga principer som ska beaktas vid all offentlig upphandling har trätts för när. Detta förutsätter emellertid att sökanden för fram sådant som kan utgöra brister i dessa avseenden.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga 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 och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. (RÅ 2002 ref. 50).

Akademien har pekat på följande felaktigheter i upphandlingen.

- Utvärderingen av kriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* är inte rättvisande och den strider mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens.

- De ursprungliga fem punkterna under kriteriet *kvalitetssäkring av uppdrag* har slagits ihop till fyra vid anbudsutvärderingen. Totalpoängen är densamma som tidigare vilket innebär att viktningen har förändrats. Detta strider mot principerna om förutsebarhet och transparens.
- Förfrågningsunderlaget är otydligt och strider därmed mot principerna om förutsebarhet och transparens.
- Avrop genom förnyad konkurrensutsättning är rättstridigt enligt den äldre lagen avseende den klassiska sektorn då artikel 32 i direktivet inte har direkt effekt.

Under punkt 4.3, Kvalitetssäkring av uppdrag, i Bilaga A, 1-7 i förfrågningsunderlaget uppmanas anbudsgivarna att beskriva sin kvalitetssäkringsmetodik för konsulttjänster. Det anges också att det i beskrivningen tydligt ska framgå när metoden etablerades och hur länge den använts, hur många av de etablerade konsulterna som har utbildats i metoden, rutin för förebyggande åtgärder, rutin för hantering av avvikelser, fel och/eller brister samt rutin för revision av kvalitetssäkringsmetoden. Akademin har i fråga om när metoden etablerades och hur länge den använts uppgett att det sedan 2001-01-01 sker en kontinuerlig utvärdering av alla konsulttjänster enligt kvalitetssäkringsmetoden. Akademin har vidare i fråga om hur många av de etablerade konsulterna som har utbildats i metoden uppgett att alla nyanställda konsulter får utbildning i den ovan beskrivna kvalitetssäkringsmetoden innan de skickas ut på uppdrag. Länsrätten finner att det av dessa uppgifter inte framgår det som efterfrågas och att det är rimligt att detta förhållande påverkar helhetsbedömningen av utvärderingskriteriet.

Vad härefter gäller det Akademin betecknar som sammanslagning av två svarskriterier avseende utvärderingskriteriet Kvalitetssäkring av uppdrag gör länsrätten följande överväganden. Uppmaningen i ovan nämnda punkt 4.3 avser en beskrivning av kvalitetssäkringsmetodik vari vissa angivna

uppgifter tydligt ska framgå. Enligt Verva skulle bedömningen av respektive anbud avseende detta utvärderingskriterium baseras på en helhetsbedömning av den beskrivna kvalitetssäkringsmetodiken. För att erhålla fullt styrketal avseende kriteriet måste därför beskrivningen innehålla information avseende samtliga angivna omständigheter. Länsrätten kan inte finna att förfrågningsunderlaget eller Vervas utvärdering avseende kriteriet Kvalitetssäkring av uppdrag i något av de hänseenden som Akademin påtalat åsidosätter reglerna i LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som gäller på området.

Akademin gör gällande att förfarandet med förnyad konkurrensutsättning strider mot LOU.

I 1 kap. 5 § LOU anges följande definition på ramavtal: Avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera underleverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period. Frågan blir således om formuleringen i definitionen, att avtalet ingås ”i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop”, leder till att en andra konkurrensutsättning är utesluten.

I det nya direktivet avseende den klassiska sektorn (2004/18/EG), artikel 1, punkterna 1 och 5 anges följande.

1. I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som anges i punkterna 2-15:
5. ramavtal: ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

Lydelserna skiljer sig således åt genom att definitionen i LOU talar om fastställande av *samtliga* villkor för avrop medan det nya direktivet endast talar om fastställande av villkoren för tilldelning av kontrakt, särskilt tänkt pris och uppskattad kvantitet.

Den nationella lagstiftningen synes ställa högre krav på att den upphandlande enheten skall fastställa villkoren för avrop redan i ramavtalet.

I artikel 32 i det nya direktivet regleras användningen av ramavtal. I denna artikel anges följande:

1. Medlemsstaterna får tillåta de upphandlande myndigheterna att sluta ramavtal.
2. En upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal skall följa de förfarandebestämmelser som anges i detta direktiv i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som grundar sig på detta ramavtal. Valet av parter i ramavtalet skall ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i artikel 53.

Kontrakt som bygger på ett ramavtal skall tilldelas i enlighet med de förfaranden som avses i punkterna 3 och 4. Dessa förfaranden får bara tillämpas mellan de upphandlande myndigheterna och de ekonomiska aktörer som från början är parter i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal får parterna inte i något fall väsentligen ändra villkoren i detta ramavtal, bland annat i det fall som avses i punkt 3.

Ett ramavtal får inte löpa längre fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet.

En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

3. Om ett ramavtal sluts med en enda ekonomisk aktör, skall kontrakt som bygger på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet.

Vid tilldelningen av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med den ekonomiska aktör som är part i ramavtalet och vid behov anmoda denne att komplettera sitt anbud.

4. Om ett ramavtal sluts med flera ekonomiska aktörer måste dessa vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal ekonomiska aktörer som uppfyller urvalskriterierna och/eller godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med flera ekonomiska aktörer kan ske antingen

- genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud, eller
- om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud på grundval av samma villkor, som, om det är nödvändigt skall preciseras, och, vid behov, andra villkor, som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet i enlighet med följande förfarande:

- a) För varje kontrakt som skall tilldelas skall den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med de ekonomiska aktörer som är i stånd att genomföra kontraktet.
- b) Den upphandlande myndigheten skall fastställa en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud beträffande varje särskilt kontrakt, med hänsynstagande till faktorer som hur komplext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att lämna anbud.
- c) Anbudet skall lämnas skriftligen, och innehållet i dem skall vara hemligt tills den angivna svarstiden har löpt ut.
- d) Den upphandlande myndigheten skall tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

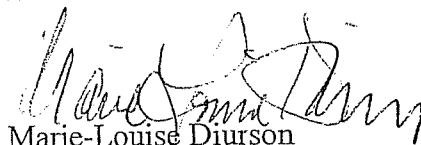
I artikel 32 punkt 4 ges den upphandlande enheten således rätt att, om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, göra parterna till föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud på grundval av samma villkor, som om det är nödvändigt ska preciseras, och, vid behov, andra villkor, som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Direktivets bestämmelser öppnar således enligt länsrättens mening för möjligheten till en andra konkurrensutsättning på andra villkor än som tillämpades vid den första konkurrensutsättningen, under förutsättning att de villkor som ska tillämpas vid den andra konkurrensutsättningen anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. En andra konkurrensutsättning på andra villkor anses således förenligt med det nya direktivets definition av ramavtal som avtal, som ingås i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, detta under förutsättning att den upphandlande enheten redan i förfrågningsunderlaget anger vilka de andra villkor som ska tillämpas vid den andra konkurrensutsättningen är. Länsrätten gör bedömningen att det torde möta svårigheter att fastställa samtliga tänkbara villkor för kommande avrop redan i ramavtalet. Detta med hänsyn till att den upphandlande enheten vid detta tillfälle saknar vetskap om exakt vilka produkter och vilka kvantiteter som avropande myndigheter kommer att efterfråga. Den i LOU fastställda definitionen av ramavtal som avtal i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop, kan av denna anledning enligt länsrättens mening inte tolkas på så sätt att den upphandlande enheten är tvingad att fastställa alla tänkbara villkor för alla tänkbara avrop i ramavtalet. Med hänsyn till att det nya direktivet, vars definition av ramavtal också anger att det rör sig om avtal i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, öppnar för möjligheten till en andra konkurrensutsättning på andra villkor gör länsrätten bedömningen att det föreligger en möjlighet att söka ledning i det nya direktivet.

Enligt länsrätten öppnar således, som nämnts ovan, det nya direktivets bestämmelser för möjligheten till en andra konkurrensutsättning på andra vill-

kor än som tillämpades vid den första konkurrensutsättningen, under förutsättning att de villkor som ska tillämpas vid den andra konkurrensutsättningen anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Verva har i den aktuella upphandlingen tydligt angett i förfrågningsunderlaget till ramavtalet vilka villkor som ska tillämpas vid den första respektive den andra konkurrensutsättningen. Akademin har inte ifrågasatt de villkor som avses att tillämpas vid den förnyade konkurrensutsättningen, utan har endast ifrågasatt huruvida förfarandet med en andra konkurrensutsättning är tillåtet. Länsrätten finner vid en samlad bedömning att Verva:s förfarande med en andra konkurrensutsättning inte kan anses strida mot LOU eller gemenskapsrätten.

Akademins ansökan om överprövning ska på anförda skäl avslås.

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



Marie-Louise Diurson

chefsrådman

Föredragande har varit Kristin Tallbo.



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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

