



KLAGANDE

Dynamic Code AB, 556601-4683
Westmansgatan 47
582 16 Linköping

Ombud:

Advokaten Kristian Pedersen och Jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Juridiska avdelningen
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 6 september 2010 i mål nr
12944-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut den 16 september 2010 ska inte längre gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011 -02- 1 6	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Dynamic Code AB yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande. Västra Götalandsregionen har använt sig av ett förfrågningsunderlag som är så otydligt att det inte på förhand gått att utläsa vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbud, vilket strider mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Utvärderingskriterierna i underlaget avseende "Utvärdering Steg 3" är mycket knapphändig beskrivna, både på den övergripande nivån som rör funktion, kvalitet och pris samt på detaljnivå. Det framgår att anbudsgivaren ska beskriva sin lösning, men är helt oklart hur regionen sedan ska utvärdera denna information, d.v.s. vad som ansetts önskvärt eller vilka omständigheter som skulle komma att utvärderas och premieras. I praktiken saknas helt en beskrivning av kriteriernas innebörd och av vad som ger vilken poäng, vilket lämnar utrymme för stort mått av godtycke och subjektivitet från regionens sida. Vidare har det varit oklart hur upphandlingen skulle komma att genomföras. Båda anbudsgivarna har t.ex. uppfattat inbjudan till anbudsgivning som att de redan i första skedet skulle lämna ett anbud istället för en ansökan om att lämna anbud. Det har först vid slutförhandlingarna framkommit vad som ska ingå i uppdraget och i prissättningen. Först i detta sena skede fick bolaget information om att de försändelser i form av testmaterial som ska distribueras skulle komma att skickas från olika laboratorier och i emballage av varierande form och storlek. Vid slutförhandlingarna gavs bolaget endast 15 minuter att ta ställning till dessa nya uppgifter, vilket väsentligen påverkar både uppdragets utförande och kostnadsbilden för uppdraget. Detta har inneburit att det varit svårt för bolaget att utforma ett anbud som motsvarar regionens behov och önskemål, samtidigt som den befintliga leverantören har fått en påtaglig konkurrensfördel i förhållande till bolaget då denna anbudsgivare på ett bättre sätt känt till vad regionen värdesätter. Konkurrensfördelen är direkt hänförlig till förfrågningsunderlagets otydliga utformning. Det framgår inte heller någonstans i upphandlingsdokumenten vilka obligatoriska krav som har ställts på anbudsgivarna, eller

hur prövningen av dessa skall-krav har skett. Regionen har exempelvis i inbjudan till anbudsgivning avsnitt 2.6 ställt upp ett antal mycket svårtolkade krav, som innebär att beskrivningar ska lämnas. Det framgår dock inte på vilket sätt dessa ska vara utformade, eller vad de ska innehålla och det har därför inte heller framgått vad regionen skulle anse nödvändigt eller tillräckligt för att skall-kraven ska vara uppfyllda. – Sammanfattningsvis har bristen på information om hur upphandlingen skulle genomföras och vad som skulle ingå i det upphandlande uppdraget tillsammans med användandet av otydliga och bristfälliga utvärderingskriterier gjort det omöjligt för bolaget att lämna ett så ekonomiskt fördelaktigt anbud som möjligt. Regionens agerande har således inneburit att bolaget fått väsentligt försämrade möjligheter till framgång och bolaget har således lidit, eller riskerar i vart fall att lida, skada till följd av regionens brott mot LOU.

Västra Götalandsregionen bestrider bifall till överklagandet och hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten samt tillägger i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget inklusive utvärderingskriterierna har inte lämnat utrymme för godtyckliga bedömningar eller en fri prövningsrätt, utan har varit så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta har kunnat avgöra vad landstinget tillmäter betydelse. För det fall förfrågningsunderlaget eller utvärderingskriterierna i något avseende bedöms brista i tydlighet är dessa brister i vart fall inte av den art eller omfattning att de utgör grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU. Utvärderingen har skett helt i enlighet med det som angetts i förfrågningsunderlaget och inom ramen för de underkriterier avseende funktion och kvalitet som har ställts upp i upphandlingen. I den mån nuvarande leverantör har haft någon fördel ur konkurrenssynpunkt jämfört med övriga leverantörer kan dessa fördelar inte hänföras till utformningen av förfrågningsunderlaget eller genomförandet av upphandlingen.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den aktuella upphandlingen har genomförts genom urvalsförfarande i tre etapper. I den första etappen, "Inbjudan till anbudsgivning" har alla leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud och regionen har därefter prövat om de leverantörer som inkommit med ansökan uppfyller samtliga obligatoriska krav som uppställts i denna del. Därefter har regionen i "Utvärdering Steg 2" låtit de kvalificerade leverantörerna fylla i en specifikation där de krav som regionen har på tjänsten framgår och där det beskrivs genom ett flödesschema hur internetprovtagningen är tänkt att fungera. Efter utvärdering av svaren i denna del har de två leverantörer som bedömts uppfylla kvalifikationskraven bjudits in till "Utvärdering Steg 3", där regionens önskemål om vad som ska ingå i tjänsten framgår och leverantörerna ska beskriva vad som erbjuds i det offererade priset. I den avslutande etappen har regionen valt att förhandla med leverantörerna, varefter anbuden har utvärderats utifrån kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med beaktande av kriterierna funktion, viktat till 40 procent, kvalitet viktat till 40 procent och pris viktat till 20 procent.

Av anbudsinbjudan framgår bl.a. att syftet med upphandlingen är att bibehålla och utveckla den tjänst för provtagning som under de senaste åren bedrivits i projektform. Målsättningen är att under avtalstiden öka antalet tester (18 000 under 2008) för målgruppen, som är mellan 15 och 40 år. Genom urvalsupphandlingen vill regionen öppna upp för nya förbättrade lösningar som kan bidra till en fortsatt hög provtagningsvolym. Leverantörens åtagande består i att under avtalstiden på ett kvalitetssäkrat sätt administrera försändelser av provmaterial till beställaren samt förse regionen med erforderlig information. Leverantören ska under avtalstiden administrera och utveckla den internetbaserade tjänsten samt stå för erforderlig servicekapacitet. Leverantören ska kunna hantera olika lösningar för provtagning, då det idag är olika metoder på de fyra laboratorier som är berörda. Provtag-

ningsmaterialet kommer att tillhandahållas av regionen och för mer information hänvisas till hemsidan för den nuvarande lösningen.

Frågan i målet är om förfrågningsunderlaget kan anses vara utformat på ett sådant sätt att det uppfyller kraven på transparens och likabehandling i LOU.

Otydlighet med avseende på hur upphandlingen skulle komma att gå till samt obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget

Kammarrätten gör i denna del samma bedömning som förvaltningsrätten, d.v.s. att det trots vissa otydligheter i förfrågningsunderlaget ändå med tillräcklig klarhet får anses framgå hur upphandlingen är tänkt att gå till. Inte heller kan de obligatoriska krav som har ställts upp i förfrågningsunderlaget anses vara så otydliga att de strider mot principerna om transparens och likabehandling.

Otydlighet vad avser uppdragets omfattning

Bolaget har gjort gällande att det först vid slutförhandlingarna i steg 3 av upphandlingen har framkommit att testmaterialet skulle komma att skickas från olika laboratorier och i emballage av olika form och storlek, vilket påverkat uppdragets utförande och kostnadsbilden. Av förfrågningsunderlaget framgår visserligen att leverantörerna ska kunna hantera olika lösningar för provtagning då det är olika metoder på de fyra laboratorier som är berörda, men däremot inte att testmaterial, förpackningar och emballage skulle variera mellan de olika laboratorierna. Då detta är en omständighet som har betydelse för prissättningen borde informationen ha framkommit redan i förfrågningsunderlaget för att kraven på transparens och likabehandling ska anses vara uppfyllda.

Otydliga utvärderingskriterier i steg 3

Av förfrågningsunderlagets "Utvärdering Steg 3" framgår regionens önskemål avseende den tjänst som ska upphandlas. Önskemålen är viktade och kommer att sammantaget utgöra en total funktionspoäng, som kommer att viktas med en pris- och en kvalitetspoäng. Leverantörerna ska beskriva vad som erbjuds i det offererade priset. Detta värderas av projektgruppen på en ograderad skala. Det är viktigt att det beskrivs var i framtagandet/driften leverantören är idag avseende varje funktion.

Utvärderingskriteriet funktion kan ge max 90 poäng fördelade på följande underkriterier:

Beställning av prover via SMS	0-10 poäng
Mobilt Internet	0-30 poäng
Support externt mot medborgaren	0-10 poäng
Support internt mot VGR	0-10 poäng
Statistikgenerering i realtid på hemsidan	0-10 poäng
Marknadsföring	0-20 poäng

Utvärderingskriteriet kvalitet kan ge max 90 poäng fördelade på följande underkriterier:

Uppföljning av positiva samt ej uthämtade svar	0-10 poäng
Begränsning av beställning "per dag" samt "busbeställningar"	0-10 poäng
Tillgänglighetskrav på webben	0-10 poäng
Info/spärr för de under 15 år	0-10 poäng
Möjlighet att kunna logga in från behandlande läkare för uppföljning/registrering av besök, istället för att skicka brev	0-10 poäng
Er lösning för att öka antalet inskickade tester	0-40 poäng

I relation till varandra viktas de tre egenskaperna enligt följande modell:

Funktion	40 procent
Kvalitet	40 procent
Pris (lägsta pris ger 90 poäng)	20 procent

Av regionens utvärderingsprotokoll framgår leverantörernas beskrivningar samt den poäng som de fått för respektive underkriterium. Någon motivering till hur poängsättningen har genomförts finns inte. Enligt regionen kan de efterfrågade tjänsterna uppnås genom olika lösningar, vilket är en anledning till att regionen valt att inte begränsa anbudsgivarna genom ett alltför detaljerat förfrågningsunderlag. Utvärderingen har, enligt regionen, gjorts utifrån den beskrivning av vad regionen vill ska ingå i tjänsten och utifrån syftet med upphandlingen – att öka antalet distribuerade tester i målgruppen 15 till 40 år – som tydligt framgår av förfrågningsunderlaget.

Även om det i förfrågningsunderlaget har angetts vilka utvärderingskriterier som ska användas samt att dessa och underkriterierna har viktats framgår, enligt kammarrättens mening, inte någon information om vad regionen avser att tillmäta betydelse vid utvärderingen av dessa kriterier. Leverantörerna har således utifrån förfrågningsunderlaget inte kunnat utläsa vad som kan medföra ett mervärde vid poängsättningen av respektive underkriterium. Ett exempel på detta är att regionen motiverar poängskillnaden mellan bolagets och vinnande leverantörs anbud i kriteriet funktion – ”beställning av prover via sms” med att bolaget tar ut en kostnad om fem kronor av kunden, som inte tas ut av den vinnande leverantören. Det framgår dock inte någonstans av förfrågningsunderlaget att priset skulle komma att påverka bedömningen vid utvärderingen av kriteriet funktion, särskilt som ”pris” i sig är ett eget utvärderingskriterium.

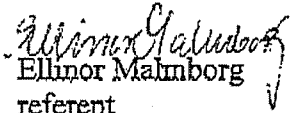
Med hänsyn till vad som framkommit ovan anser kammarrätten att förfrågningsunderlagets utformning i denna del, liksom beträffande uppdragets omfattning, strider mot principerna om transparens och likabehandling.

Detta innebär att bolaget riskerat att lida skada och det finns därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Eftersom bristerna hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Överklagandet ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Berit Nilsson


Roland Nordberg


Ellinor Malmberg
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM
2010-09-06
Meddelad i
Göteborg

Beleggen MAUtbl 19

Sida 1 (19)

Mål nr
12944-10 E
Enhet 1:1

SÖKANDE

Dynamic Code AB, 556601-4683
Westmansgatan 47
582 16 Linköping

Ombud:

Advokaten Kristian Pedersen och jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg

Ombud:

Regionjuristen Lina Kolsmyr
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 10 juni 2010 upphör därmed
att gälla.

Dok.Id 32240

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsratten@goteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag - fredag 09:00-15:00

NR. 424 S. 9

KAMMARRÄTTEN

16. FEB. 2011 14:12

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (regionen) har genomfört en upphandling av Internetjänst Klamydia, SN 414-2009. Upphandlingen har genomförts som urvalsupphandling. Av tilldelningsbeslut den 17 maj 2010 framgår att Karlsson & Novak Medical AB (Karlsson & Novak) vunnit upphandlingen.

Förvaltningsrätten har den 10 juni 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Dynamic Code AB

Dynamic Code AB (bolaget) yrkar att upphandlingen i första hand ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska förordna interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Bolaget anför i huvudsak följande.

Felaktig poängsättning vid utvärderingen i steg 3

Av förfrågningsunderlaget, Utvärdering Steg3, framgår att utvärdering av anbudena, ska ske enligt kriterierna funktion, kvalitet och pris. För bedömningen av kriterierna funktion och kvalitet ska anbudsgivarna lämna ett antal olika beskrivningar av den offererade tjänstens funktion. Av regionens utvärderingsdokument framgår att bolaget har beskrivit tjänsten mer ingående och mer detaljerat än Karlsson & Novak. Av utvärderingen framgår även tydligt att bolaget fått orimligt låga poäng i den del som avser kriteriet funktion när bolaget har erhållit 26 viktade poäng, medan

Karlsson & Novak har tilldelats 31,2. Eftersom det står klart att båda anbudena beskriver i allt väsentligt samma lösning utgör det en överträdelse av likabehandlingsprincipen att bolaget har fått färre poäng. Bolaget hänvisar till ett expertutlåtande från Robert Johansson och Stefan Selvander vid Litium Affärskommunikation AB, av vilket framgår att bolaget till och med har bättre förutsättningar att leverera den önskade tjänsten än Karlsson & Novak. Detta har även framgått av bolagets beskrivning av tjänsten.

Det har inte framgått av förfrågningsunderlaget att uppgiften kostnadsfri tjänst för beställning av prover via SMS skulle premieras, eller att regionen skulle komma att lägga intrycket av hemsidorna till grund för utvärderingen i stället för anbudsgivarnas beskrivningar, en omständighet som dessutom är utpräglad subjektiv. Regionen har således tagit hänsyn till omständigheter som inte framgår av förfrågningsunderlaget.

Bolaget har därutöver, utan att det funnits några skäl, fått samma poäng som Karlsson & Novak med avseende på kriteriet kvalitet, trots att bolaget rätteligen borde ha fått högre poäng.

Bolaget, som har placerat sig på andra plats i utvärderingen, har lidit skada, eftersom bolaget genom regionens felaktiga utvärdering har gått miste om att tilldelas ramavtal.

Otydligt förfrågningsunderlag

Otydliga utvärderingskriterier i steg 3

Utvärderingskriterierna i steg 3 framstår genomgående som mycket knapphändigt beskrivna, både på den övergripande nivån, funktion, kvalitet och pris, och på detaljnivå. Inledningsvis anges endast följande vad avser utvärderingskriterierna. *Nedan beskrivs vad vi vill ska ingå tjänsten,*

det vill säga det ni erbjuder för det offererade priset. Detta värderas av projektgruppen på en ograderad skala. Viktigt är att ni beskriver vart ni är i framtagandet/driften i dag av varje funktion. Poängen kommer att sättas av projektgruppen innan slutförhandlingen och fastställas i och med slutförhandlingen.

Under funktion och kvalitet anges dessas respektive underkriterier. Avseende underkriterierna anges endast att den aktuella lösningen ska beskrivas. I praktiken saknas helt beskrivning av kriteriernas innebörd. Det är således helt oklart för anbudsgivaren hur regionen skulle komma att utvärdera informationen, dvs. vad som ansetts önskvärt eller vilka omständigheter som skulle komma att utvärderas och premieras. Angiven viktning av underkriterierna blir intetsägande, eftersom anbudsgivarna ändå svävar i ovisshet avseende vad dessa egentligen innebär. Viktningen av underkriterierna kan därför inte tillmätas någon betydelse i sammanhanget. Det blir än tydligare att underkriterierna inte har beskrivits på ett tydligt sätt, eftersom beskrivningen i sådant fall rätteligen skulle ha skett i underlaget för Utvärdering Steg3, och inte som regionen nu anför, i inbjudan att komma in med anbudsansökan.

Bolaget har för underkriterierna till kriteriet funktion, Mobilt internet och Support externt mot medborgaren erhållit 20 respektive 7 poäng, medan befintlig leverantör, dvs. Karlsson & Novak, har erhållit 25 respektive 10 poäng. Det framstår som uppenbart att Karlsson & Novak på ett bättre sätt än bolaget har känt till vad regionen värdesätter och efterfrågar, och därmed har dragit fördel av sin ställning som befintlig leverantör.

Därutöver framgår endast att anbudsgivaren ska beskriva var anbudsgivaren är i framtagandet av varje funktion, inte att denna omständighet ska ligga till grund för utvärderingen. Det är den tjänst som offereras i anbudet, dvs. den slutliga tjänsten som kommer att

tillhandhållas regionen som ska värderas. Bolaget brukar regelmässigt anpassa och skräddarsy varje enskild tjänst efter kundens behov, och det är därför vissa delar av den slutprodukt som bolaget har beskrivit i sitt anbud ännu inte är helt framtagna. Självklart kommer den tjänst bolaget har offererat att vara färdig att tas i drift vid det tillfälle som avtalet med regionen träder i kraft. Det är därför helt irrelevant för anbudsutvärderingen hur långt anbudsgivarna vid anbudstillfället har kommit i framtagandet av den offererade tjänsten. Detta ska, helt i enlighet med förfrågningsunderlagets ordalydelse, inte heller ligga till grund för anbudsutvärderingen. Genom att, utan stöd för det i förfrågningsunderlaget, basera anbudsutvärderingen på den omständigheten att bolaget inte har färdigutvecklad funktion i drift, har regionen brutit mot principerna om likabehandling och transparens.

Otydlighet avseende hur upphandlingen skulle komma att gå till

Upphandlingen har genomförts i tre steg, trots att det inte framgått av förfrågningsunderlaget, Inbjudan till att lämna anbud, att så skulle ske. Det har därför varit oklart hur upphandlingen skulle komma att genomföras. Både bolaget och Karlsson & Novak har uppfattat att de redan i första skedet skulle lämna ett *anbud* i stället för en *anbudsansökan*. Att bolaget har kvalificerat sig för fortsatt deltagande innebär inte att bolaget inte kan lida skada av regionens agerande i denna del.

Otydlighet vad avser uppdragets omfattning

Först i samband med slutförhandlingarna har det framkommit vad som ska ingå i uppdraget. I detta sena skede av upphandlingen fick bolaget t.ex. information om att de försändelser (testmaterial) som ska distribueras inom ramen för det upphandlade uppdraget skulle komma att skickas från olika laboratorier och i emballage av både varierande form och storlek. Vid slutförhandlingen gavs bolaget endast femton minuter att ta ställning till dessa nya uppgifter, vilka väsentligen påverkar både uppdragets utförande

och kostnadsbilden för uppdraget. Den knapphändiga information som funnits avseende hanteringen av olika lösningar för provtagning, med avseende på emballagens storlek och hur de varit beskaffade, har inte gjort att det på förhand gått att utläsa att det skulle vara fråga om skrymmande, dvs. mer kostsamma försändelser. Regionen har inte angett hur dessa olika förpackningsmaterial och emballage ser ut. Denna för prissättningen viktiga information har alltså saknats i förfrågningsunderlaget.

Det har således i stora delar saknats väsentlig information om uppdragets omfattning och kraven på dess utförande. Detta har dels inneburit att det varit mycket svårt för bolaget att på förhand bedöma uppdragets omfattning och att utforma ett anbud som motsvarat regionens behov och önskemål, dels att Karlsson & Novak, som befintlig leverantör med kännedom om hur uppdraget tidigare genomförts, fått en påtaglig konkurrensfördel i förhållande till bolaget.

Otydlighet vad avser obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget

Det framgår inte heller någonstans av upphandlingsdokumenten vilka obligatoriska krav som har ställts på anbudsgivarna, eller hur prövningen av dessa krav har gjorts. Som ett exempel på denna oklarhet kan nämnas avsnitt 2.6 Övriga krav i Inbjudan till anbudsgivning, i vilket regionen har ställt upp ett antal krav som varit mycket svårtolkade. Av avsnittet framgår att ett antal beskrivningar ska lämnas. Dock framgår inte på vilket sätt beskrivningarna skulle vara utformade, eller vad de skulle innehålla.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis framgår inte av handlingarna i upphandlingen hur denna skulle komma att genomföras, vad som omfattas av det upphandlade uppdraget, hur utvärderingen av de olika anbuden skulle gå till, vad regionen ansett nödvändigt eller önskvärt, eller vad som krävs för minimi- respektive maximipöäng med avseende på de olika kriterierna i

utvärderingen. Utvärderingskriterierna är därmed, i enlighet med rättspraxis, så otydliga att det inte på förhand gått att utläsa vad regionen skulle komma att tillmäta betydelse vid utvärderingen av anbuden (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 mars 2009, mål nr 6996-10, den 7 april 2009, mål nr 6411-08, och den 10 juli 2009, mål nr 2295-10). Av praxis framgår tydligt att utvärderingskriterier som leder till godtyckliga bedömningar och fri prövningsrätt inte är tillåtna. Utvärderingskriterierna, och därmed förfrågningsunderlaget, är därmed så otydligt att det utgör ett brott mot principerna om likabehandling och transparens.

Upphandlingens brister har gjort det omöjligt för bolaget att lämna ett så ekonomiskt fördelaktigt anbud som annars varit möjligt. Regionens agerande har inneburit att bolaget fått väsentligt försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen. Bolaget har således lidit, eller riskerar i vart fall att lida skada till följd därav. Eftersom regionens överträdelse av LOU är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör upphandlingen göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47).

Västra Götalandsregionen

Regionen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Utvärdering i steg 3

Bolaget och Karlsson & Novak har offererat internettjänster för provtagning för klamydia som påminner om varandra. Av de beskrivningar som de båda anbudsgivarna lämnat i sina anbud framgår emellertid att det också finns skillnader mellan de lösningar som anbudsgivarna erbjuder i fråga om efterfrågade funktioner. I enskilda delar är de beskrivna lösningarna därmed inte identiska. Vid utvärderingen av de olika underkriterierna avseende funktion har anbudsgivarna tilldelats poäng

utifrån hur väl deras respektive lösningar tillgodoser regionens behov såsom dessa framgår av förfrågningsunderlaget i angivna avseenden.

Det torde vara möjligt för samtliga anbudsgivare att på grundval av de uppgifter som ges i förfrågningsunderlaget avgöra vad regionen tillmäter betydelse vid utvärderingen av bör-kraven och således inse att det för poängtilldelningen är negativt att en offererad lösning riskerar att motverka målet att fler kunder använder tjänsten och testar sig för klamydia. Fråga är om funktionella/kvalitativa bör-krav. Utvärderingen av den typen av krav bygger alltid på ett visst mått av subjektiv bedömning utan att utvärderingen för den skull strider mot LOU.

Robert Johansson och Stefan Selvander går i sitt utlåtande endast in på två av sex underkriterier till utvärderingskriteriet funktion, nämligen Beställning av prover via SMS och Mobilt Internet.

Beställning av prover via SMS

Maximal poäng för underkriteriet Beställning av prover via SMS är 10 poäng. Bolaget har vid utvärderingen i denna del erhållit 5 poäng och Karlsson & Novak 10. Av den beskrivning som bolaget lämnat av sin lösning av funktionen framgår att den bygger på att kunden skickar SMS till ett fast nummer mot en kostnad om 5 kr. Motsvarande kostnad tas inte ut av kunden vid den lösning som Karlsson & Novak erbjuder.

I förfrågningsunderlaget, Anbudsinbjudan, avsnitt 1.1.1 Bakgrund och syfte, anges att målgruppen för den efterfrågade tjänsten är personer mellan 15 och 40 år samt att målsättningen är att under avtalstiden öka antalet distribuerade tester, eftersom mörkertalet är stort. I förfrågningsunderlaget anges tydligt att målsättningen är att öka användningen av tjänsten så att fler personer testar sig för klamydia. Varje kostnad som drabbar kunderna vid användande av tjänsten riskerar att motverka detta mål. Den kostnad

om 5 kr som utgår vid användande av bolagets lösning är således negativ i förhållande till det som regionen har efterfrågat i upphandlingen och motiverar att bolaget har erhållit 5 poäng såvitt gäller denna funktion.

Mobilt Internet

Vid utvärderingen av underkriteriet Mobilt internet kopplade utvärderingsgruppen via mobilt Internet/mobiltelefon upp sig mot de hemsidor som ingår i de av anbudsgivarna offererade tjänsterna. Utvärderingsgruppen bedömde att den hemsida anpassad för mobil som ingår i Karlsson & Novaks lösning i något högre grad motsvarade regionens önskemål genom att hemsidan var tydligare och mer lättillgänglig för en användare, än motsvarande i bolagets lösning. Maximal poäng i denna del är 30 poäng. Båda anbudsgivarna har här erhållit höga poäng. Karlsson & Novak tilldelades därför i denna del 25 poäng och bolaget 20 poäng.

Av de beskrivningar som anbudsgivarna har lämnat beträffande sina lösningar vad gäller underkriteriet Mobilt Internet framgår att såväl den av bolaget som av Karlsson & Novak offererade lösningen bygger på respektive anbudsgivares befintliga system. Att regionen vid sådant förhållande vid utvärderingen av detta underkriterium tar del av de hemsidor anpassade för mobil som ingår i anbudsgivarnas offererade lösningar kan inte anses strida mot LOU.

När det gäller poängtilldelningen för underkriteriet Mobilt Internet ska vidare beaktas att regionen i förfrågningsunderlaget har angett att det är viktigt att anbudsgivaren i anbudet beskriver var denne befinner sig i framtagandet/driften i dag av varje funktion. Regionen har därför vid utvärderingen tagit hänsyn till vad som framgår av anbudsgivarnas beskrivningar beträffande i vilket stadium de befinner sig. Av Karlsson & Novaks beskrivning framgår att den funktion som offereras är i drift sedan

september 2009 och fungerar stabilt. Av bolagets beskrivning framgår däremot att den offererade funktionen inte finns i drift i dag, utan kommer att tas fram efter anpassningar av nuvarande system. Den skillnad som således finns beträffande var anbudsgivarna befinner sig i framtagandet/driften av offererad funktion motiverar, i enlighet med det som angetts i förfrågningsunderlaget, i sig skillnaden i tilldelade poäng.

Support externt mot medborgaren

Beträffande underkriteriet Support externt mot medborgaren har Karlsson & Novak i sin beskrivning av offererad lösning angett att de har en FAQ-funktion (Frequently Asked Questions) samt att möjlighet finns till engelsk text. Att support sker även genom en FAQ-funktion och inte bara på svenska utan även på engelska externt mot medborgaren innebär att tjänsten görs tillgänglig för en bredare krets och bidrar till en ökad spridning och användning av tjänsten, vilket i sin tur bidrar till målsättningen att fler kunder kan använda tjänsten och testa sig för klamydia, och således till det som efterfrågats i upphandlingen. Att dessa förhållanden påverkar poängtilldelningen vid utvärderingen av underkriteriet följer således av förfrågningsunderlaget.

Ötydligt förfrågningsunderlag

Ötydliga underkriterier

Så länge det inte strider mot kraven i LOU har en upphandlande myndighet frihet att själv specificera kraven på det som ska upphandlas, välja anbudsutvärdering och utforma förfrågningsunderlaget i en upphandling.

Upphandlingen avser en internetjänst för provtagning för klamydia. Regionen har i förfrågningsunderlaget, Anbudsinbjudan, avsnitt 1.1.1. angett bakgrund och syfte för upphandlingen och i avsnitt 1.1.2 angett leverantörens åtagande. Förfrågningsunderlaget är en helhet och ska även

läsas som en sådan. Beskrivningen av underkriterierna i fråga om funktion och kvalitet, ska läsas och tolkas mot övriga formuleringar i förfrågningsunderlaget. Det är således av betydelse för bl.a. underkriteriet Beställning av prover via SMS att beskrivna lösningar bidrar till att öka antalet distribuerade tester. Det har därmed inte varit helt oklart för anbudsgivaren vad som ansetts önskvärt med underkriteriet eller vilka omständigheter som skulle komma att utvärderas och premieras.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det anbud antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna funktion (40 procent), kvalitet (40 procent) och pris (20 procent). Ett anbud kan maximalt erhålla 90 poäng vid utvärderingen av såväl funktion som kvalitet. I förfrågningsunderlaget beskrivs det som ska ingå i tjänsten och det som efterfrågas avseende funktion och kvalitet, vilka har sex underkriterier vardera. Dessa kriterier har åsatts poängskalor utifrån viktningen av respektive kriterium. Varje underkriterium har således en egen poängskala, som tydligt visar vilken vikt som sätts vid funktionen inom respektive kriterium.

Även underkriterierna Mobilt Internet och Support externt mot medborgaren är en del av den helhet som förfrågningsunderlaget utgör och ska även läsas och tolkas på det sättet. En hemsida som är tydlig och lättillgänglig för användarna är en fördel i sammanhanget och bidrar till en ökad spridning och användning av efterfrågad tjänst. Detta bidrar till att nå den målsättning som beskrivs i avsnitt 1.1.1 Bakgrund och syfte.

De funktioner som efterfrågas genom underkriterierna kan erhållas genom olika lösningar. Vid upprättandet av förfrågningsunderlaget fästes stor vikt vid att inte utforma detta på ett sådant sätt att det riskerade att utestänga anbudsgivare med nya lösningar. I förfrågningsunderlaget beskrevs därför vad som skulle ingå i tjänsten såvitt avser funktion och kvalitet, varvid

anbudsgivaren skulle beskriva sina lösningar som offererad tjänst innebär i efterfrågade delar. På så sätt tvingas inte leverantörer till en viss form av lösning. Underkriterierna är således öppet ställda och utvärderingen har gjorts utifrån hur väl de av anbudsgivarna beskrivna lösningarna tillgodoser regionens behov.

I en upphandling som den aktuella torde det vara omöjligt att utforma ett förfrågningsunderlag där det framgår exakt vad som ska uppnås för att ett anbud ska erhålla en viss poäng avseende visst funktions- eller kvalitetskriterium. Således är det anbudsgivarna som ska föreslå lösningar för att uppnå de efterfrågade kriterierna. Lösningarna kan i mycket vara helt nya för regionen. Det torde stämma väl överens med EG:s strävanden om fri rörlighet av varor och tjänster att ge marknaden möjlighet att konkurrera med de kvalitativa aspekterna av den upphandlande tjänsten. Vid utformningen av förfrågningsunderlaget har regionen dessutom gått längre än vad LOU kräver genom att ange viktning inte bara för huvudutvärderingskriterierna utan även för underutvärderingskriterierna, för att efterkomma kraven på förutsebarhet och vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbudena.

Vid slutförhandlingarna gick regionen igenom med respektive anbudsgivare de beskrivningar som lämnats avseende funktion och kvalitet, varvid de fick möjlighet att anpassa sina anbud efter ställda krav. Vid förhandlingarna framkom inget som tyder på att anbudsgivarna uppfattade förfrågningsunderlaget som otydligt eller svårtolkat.

Upphandlingens genomförande

Landstinget bestrider att det varit oklart hur upphandlingen skulle komma att genomföras. I förfrågningsunderlaget, Anbudsinbjudan, avsnitt 2.1, har regionen angett att det valda förfarandet är "urvalsupphandling", vilket bl.a. innebär att den upphandlande myndigheten tar upp förhandling med

en eller flera anbudsgivare. Till samtliga leverantörer som hämtat ut anbudsinbjudan skickades svar på frågor som inkommit från leverantörer i anledning av denna. En av de frågor som besvarades var formulerad på följande sätt. *Vi uppfattar det som att detta första steg av två i anbudsfrågan avser att kvalificera fram de leverantörer som uppfyller de grundläggande kraven för att leverera den efterfrågade tjänsten. Vad gäller exakt beskrivning av vårt utförande av tjänsten och offererade pris, etc. ska lämnas in först i steg två om vi kvalificerar oss? Är detta korrekt uppfattat?* På denna fråga svarade regionen *Stämmer bra*. Regionen har därefter i förfrågningsunderlaget, i Krav på tjänsten Steg2, och i Utvärdering Steg3, tydligt beskrivit de avslutande stegen i upphandlingen, varför det har framgått av förfrågningsunderlaget hur upphandlingen skulle genomföras. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att underlaget i detta avseende är förknippat med vissa brister är dessa i vart fall inte av den art eller omfattning att de motiverar åtgärd enligt LOU. Eftersom bolaget har varit en av de två anbudsgivare som valts ut att delta i samtliga steg i upphandlingen kan bolaget inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av eventuella oklarheter i underlaget i fråga om hur upphandlingen skulle komma att genomföras.

Obligatoriska krav m.m.

Obligatoriska krav är tydligt beskrivna i förfrågningsunderlaget, avsnitt 2.6 Krav på anbudsgivarna, och i bilaga 1:1, Svarsformulär "Inbjudan till anbud".

I förfrågningsunderlaget, Anbudsinbjudan, avsnitt 1.1.2 Åtagande, anges att leverantören ska kunna hantera olika lösningar för provtagning, eftersom olika metoder i dag används på de fyra laboratorier som är berörda. Dessutom finns i förfrågningsunderlaget, Utvärdering Steg2, ett flödesschema för internetprovtagningen. Där framgår att internettjänsten skickar testmaterial per vanlig post till den adress som individen angett i

sin beställning och att individen därefter skickar in prover till sitt laboratorium (det laboratorium där patienten geografiskt hör hemma, ett av fyra). Det är inte fråga om någon större skillnad mellan de olika testmaterial som leverantören sänder med post, utan det handlar om att testmaterialet är anpassat efter utrustningen på det laboratorium där testet ska göras. Testmaterialet visades för bolaget vid slutförhandlingen. Inget framkom då om att bolaget skulle behöva ytterligare information. Att det fortfarande skulle vara en fråga för bolaget hur förpackningsmaterial och emballage ser ut förefaller således märkligt.

Eftersom bolaget var en av de två anbudsgivare som gick vidare till steg 3 kan bolaget för övrigt inte anses lida eller riskerat att lida skada till följd av eventuella brister i underlaget vad gäller nämnda krav. Grund saknas därför för ingripande enligt LOU utifrån det som bolaget anför i detta avseende.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten följer vid sin bedömning den ordning bolaget framställt sina yrkanden, även om det kanske varit mera naturligt att bedöma sakfrågorna i en annan ordning. Förvaltningsrätten bedömer därför först vad bolaget anfört om felaktig poängsättning av bolagets anbud. Bolaget menar att om dess anbud värderats korrekt hade bolaget tilldelats kontraktet. Om så inte är fallet återstår att bedöma om förfrågningsunderlaget varit så otydligt att upphandlingen av denna anledning måste göras om helt, i enlighet med bolagets andrahandsyrkande.

Felaktig poängsättning

Bolaget gör gällande att bolagets anbud vid utvärderingen bort ges högre poäng än vinnande bolags, eftersom bolagets tjänst framför allt har en bättre funktion. Därutöver görs gällande att regionen vid utvärderingen har beaktat omständigheter som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Således har regionen vid utvärderingen beaktat att viss tjänst är kostnadsfri, bedömt befintliga hemsidor samt huruvida liknande tjänst som den offererade redan varit i bruk. Att dessa omständigheter skulle läggas till grund för utvärderingen har inte framgått av förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande enheten kunde ha varit tydligare, när man i förfrågningsunderlaget angett vad man kommer att tillmäta vikt vid utvärderingen. Detta menar nog också regionen när man nu i efterhand möts av bolagets påståenden. Emellertid kan förvaltningsrätten inte se att regionen gått utöver förfrågningsunderlaget och lagt andra omständigheter till grund för utvärderingen än som ligger inom ramen för det tillåtna. Inte heller kan förvaltningsrätten se att utvärderingen är osaklig och partisk till bolagets nackdel.

Sammanfattningsvis menar förvaltningsrätten att det inte har visats sådan fel eller brister vid utvärderingen att bolaget förstahandsyrkade kan vinna bifall.

Otydligt förfrågningsunderlag

A. Otydlighet med avseende på hur upphandlingen skulle komma att gå till samt obligatoriska krav

Bolaget har gjort gällande att bolaget inte har kunnat lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt på grund av att det av förfrågningsunderlaget varit dels svårt att utläsa hur upphandlingen skulle komma att genomföras, dels att det inte gått att korrekt förstå vilka obligatoriska krav som ställts.

Förvaltningsrätten kan hålla med bolaget om att förfrågningsunderlaget har vissa brister när det gäller hur upphandlingen skulle genomföras. Emellertid går det att utläsa de grundläggande förutsättningarna för hur upphandlingen skulle genomföras. Det framgår således av sammanhanget och det av regionen gjorda förtydligandet att upphandlingen skulle genomföras som en urvalsupphandling, och att upphandlingen innefattat en kvalificeringsfas, en anbudsfas och en utvärderingsfas. Att det funnits brister i förfrågningsunderlaget, när det gäller att beskriva gången av upphandlingen, kan enligt förvaltningsrätten inte motivera ett ingripande enligt LOU.

Inte heller kan förvaltningsrätten finna att de obligatoriska krav som ställts av regionen på leverantör och tjänst är otydliga. Bolaget har uppenbarligen förstått vad som efterfrågats, kommit in med det underlag som krävts och gått vidare till upphandlingens sista steg.

Förvaltningsrätten menar sammanfattningsvis att de brister som förvaltningsrätten behandlat under denna rubrik inte är sådana att de motiverar ett ingripande. Att bolaget gått vidare från steg 1 och 2 och fått sitt anbud utvärderat talar också för att bolaget inte lidit någon skada till följd av brister i nu nämnda avseenden.

B. Otydlighet vad avser uppdragets omfattning

Förvaltningsrätten har redan konstaterat att bolaget har lämnat ett anbud som har utvärderats. Redan denna omständighet talar för att bolaget måste ha förstått uppdragets omfattning. Det finns inte heller anledning att anta annat än att bolaget förstått innebörden av den information som lämnats vid slutförhandlingen om tjänstens omfattning. Att lämnad information skulle ligga till grund för utvärderingen måste bolaget rimligen ha förstått.

Det förhållandet att den anbudsgivare som tidigare utfört tjänster för regionen kan ha haft lättare att förstå lämnad information kan inte hänföras till brister eller otydligheter i underlaget för upphandlingen. Lämnad information får bedömas som så tydlig att även bolaget med denna som grund kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Likabehandlingsprincipen kan därför inte anses ha åsidosatts.

C. Otydliga utvärderingskriterier i steg 3

Bolaget gör gällande att kriterierna för utvärdering varit så otydliga att det inte framgått vad som efterfrågats. Förfrågningsunderlaget har enligt bolaget varit så otydligt att bolaget inte kunnat förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbuden.

Det är ett oeftergivligt krav att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Å andra sidan låter det sig inte alltid göras att i exakta termer ange alla utvärderingskriterier. Som regionen framhållit kan en upphandlande enhet inte alltid överblicka de möjligheter till lösningar som marknaden kan erbjuda. Alltför exakta och preciserade utvärderingskriterier skulle kunna avhålla leverantörer med nya lösningar att lämna anbud, något som i sin tur skulle motverka ett av syftena med LOU.

Förvaltningsrätten har tidigare gjort den bedömningen att det inte fanns anledning till ingripande enligt LOU med anledning av bolagets påstående om att poängsättningen varit felaktig. Redan det förhållandet att förvaltningsrätten ansett sig kunna göra en bedömning av poängsättningen mot föreliggande förfrågningsunderlag ligger att förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget varit godtagbart när det gäller utvärderingskriterierna.

Det är givet att ett förfrågningsunderlag i vissa fall kan ge upphov till olika tolkningar, vilket skett i detta fall. Förvaltningsrätten anser dock att efterfrågad tjänst, grunderna för utvärdering och upphandlingens gång med tillräcklig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har bolaget därmed inte visat att upphandlingen har innehållit sådana brister att det finns skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Olle Holmstedt
Chefsrådman

Föredragande har varit Henry Johansson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.