



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2010-07-01
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1648-10

Föredragande:
Carin Gunnarsson

SÖKANDE

SPP Liv Pensionstjänst AB, 556254-6969
Box 1325
105 39 Stockholm

Ombud: Advokat Torbjörn Borg
Öberg & Heijne Advokatbyrå
Fristadstorget 4
632 20 Eskilstuna

MOTPARTER

1. Alvesta kommun
342 80 Alvesta

2. AB Lessebohus, 556089-8339
Box 13
360 50 Lessebo

3. Högsby kommun
579 80 Högsby

4. Lessebo kommun
Box 13
360 50 Lessebo

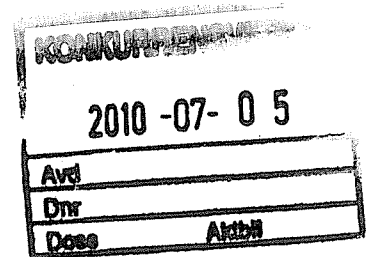
5. Ljungby kommun
341 83 Ljungby

6. Markaryds kommun
Box 74
285 22 Markaryd

7. Regionförbundet Södra Småland, 222000-0372
351 96 Växjö

8. Räddningstjänst Östra Kronoberg, 222000-1479
Box 13
360 50 Lessebo

9. Tingsryds kommun
Box 88
362 22 Tingsryd



Dok.Id 3399

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

10. Uppvidinge kommun
Box 59
360 70 Åseda

11. Värends Räddningstjänstförbund, 222000-1396
Box 1232
351 12 Växjö

12. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

13. Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

Ombud för 2-13: Alvesta kommun
342 80 Alvesta

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår SPP Liv Pensionstjänst AB:s ansökan.

Förvaltningsrätten noterar att domstolen denna dag i dom i mål nr 1685-10 har förordnat att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Alvesta kommun, Växjö kommun, Ljungby kommun, Tingsryds kommun med bolag, Lessebo kommun, Markaryds kommun, Älmhults kommun, Uppvidinge kommun, Högsby kommun, AB Lessebohus, Värends Räddningstjänstförbund, Räddningstjänsten Östra Kronoberg samt Regionförbundet Södra Småland (nedan kommunerna) har i samverkan genomfört en upphandling avseende administration, försäkring och lösen för pensioner. Samordning har skett genom Alvesta kommun.

Enligt tilldelningsbeslut den 9 mars 2010 har de upphandlande myndigheterna gällande administration av pensioner beslutat att anta anbud från Skandia AB.

Förvaltningsrätten har den 18 mars 2010 förordnat att upphandlingen i denna del inte får avslutas i avvaktan på att rätten beslutar något annat.

Förutom SPP Liv Pensionstjänst AB har KPA Pensionservice Aktiebolag ansökt om överprövning av nu aktuell upphandling (förvaltningsrättens mål nr 1685-10).

SPP Liv Pensionstjänst AB (nedan SPP) ansöker om överprövning av kommunernas upphandling och yrkar i första hand att rättelse ska ske och i andra hand att upphandlingen ska göras om. SPP anför följande. Denna ansökan om överprövning avser endast utvärderingen av det ramavtal som avses tecknas beträffande pensionsadministrationen. Kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, särskilt mot kraven på likabehandling, icke-diskriminering, förutsebarhet samt öppenhet (transparens). Kriterier anpassade för att anskaffa datasystem kan inte användas då pensionsadministration är kontraktsföremålet. Kommunerna har förbehållit sig en otillåten fri prövningsrätt genom att kriteriet ”onlinesystem”, viktat till 40 procentenheter i utvärderingen, inte är definierat

och förklarat. Betygsättningen av kriteriet "on-linesystem" skall göras genom skalan betyg 0 – betyg 5. Skalan för utvärdering av de olika kriterierna för betyg 5 och betyg 4 omfattas inte av förfrågningsunderlagets villkor. Kommunernas utvärdering omfattar "mervärden" som inte alls är beskrivna i underlaget. Parametrar som innehåller obekanta "mervärden" strider mot LOU. I förfrågningsunderlaget anges för betyg 3 godkänd, acceptabel, motsvarar förväntningar. När kommunerna anger att ett anbud "motsvarar förväntningarna" måste detta innebära att anbudet uppfyller de krav som ställs i underlaget. Detta resulterar emellertid endast betyget 3. SPP bestrider att samtliga anbudsgivare fått samma förutsättningar då SPP på grund av dåligt väder inte kunnat personligen medverka vid presentationen av det offererade on-linesystemet. Den utvärdering som de upphandlande myndigheterna har genomfört av kriteriet "on-linesystem" i denna upphandling har inte genomförts på ett förutsebart och transparent sätt utan detta har skett i strid med de grundläggande bestämmelserna i LOU. Kommunerna avser att teckna ramavtal under 7 år med optionerna inräknade. I 5 kap 3 § LOU anges att ramavtal får tecknas för längre tid än fyra år endast om särskilda skäl föreligger. Kommunerna har inte angivit några sådana särskilda skäl. Den långa avtalstiden strider mot LOU. Även principen om konkurrensneutralitet och likabehandling har därmed trätts för när. Genom att kommunerna brustit i sina förpliktelser enligt LOU har SPP lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada.

Kommunerna bestrider ansökan och anför följande. On-linesystemet är en viktig del i processen med att administrera pensioner vilket framgår av den omfattande kravspecifikationen. Testprotokollet och testet uppfyller kraven på likabehandling, icke-diskriminering och transparens då det har varit klart sedan start hur utvärderingen av on-linesystemet skulle ske. Testet var förutsägbart då motparten väl visste vilka funktioner som skulle utvärderas. Då de även hade information om vilka befattningar deltagare i testet hade, kunde de förutse vilka resultat de olika grupperna skulle efterfråga. Den

betygsskala som användes var väl känd och de två faktorer som skulle utvärderas, funktion och användarvänlighet, var angivna i testprotokollet. Då det är frågan om en komplex tjänst som utvärderas genom testpersoner bör ett visst mått av subjektivitet tillåtas. Vid testet den 28 januari 2010 var samtliga testdeltagare medverkande i samtliga tester. Utvärderingen har skett på ett affärsmässigt sätt där inkomna anbud har behandlats enligt principer för likabehandling, ickediskriminering, förutsebarhet samt öppenhet (transparens). De förutsättningar och kriterier som gällde upphandlingen var väl kända av anbudsgivarna. Med tanke på den tidsåtgång som har behövts för att genomföra upphandlingen då det är ett komplext område med många parter inblandade är det inte rimligt att ha en kort avtalstid. Vid avtalsstart med en ny leverantör uppkommer flera kostnader t. ex utbildning för samtliga handläggare, integration mellan personalsystem och administrativt system och överföring av uppgifter från befintlig leverantör till den nya leverantören. Det fanns goda skäl till att välja den avtalslängd som är angiven. För det fall domstolen skulle bifalla SPP:s ansökan yrkar kommunerna att upphandlingen ska göras om.

UTREDNINGEN

Av anbudsinbjudan framgår att upphandlingen omfattar ramavtal gällande pensionsadministration avseende perioden den 1 oktober 2010 – 31 mars 2015 med rätt till förlängning i två år med ett år i taget t o m den 31 mars 2017. Upphandlingen omfattar administration, försäkring och inlösen av pensioner. Upphandlingsformen är öppen upphandling.

Av punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget framgår att de leverantörer som har kvalificerat sig till utvärderingsfasen kommer att bli ombudda att presentera sitt on-line system inför en grupp användare (testgrupp). Därefter kommer gruppen att få testa funktionaliteten i systemet både med anbudsgivarens support och på egen hand. Under denna testning av systemet kommer

ett protokoll att fyllas i som sedan kommer att användas för utvärdering av systemets användarvänlighet.

Av punkt 3 i förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas. Utvärderingen kommer avseende pensionsadministration att ske från kriterierna pris (50 %), onlinesystem (40 %) samt support, information och rådgivning (10 %). Vid utvärdering tilldelas betyg inom skalan 0-5.

Av testprotokollet gällande on-linetjänsten framgår att anbudsgivaren ska tillhandahålla en on-linetjänst där det ska finnas möjlighet för rättelser, simuleringar och beräkning av olika pensionsuppgifter/förmåner. Anställnings- och löneuppgifter ska hämtas från respektive upphandlande enhets personal- och lönesystem. I utvärderingen kommer de upphandlande enheterna att bedöma såväl funktion som användarvänlighet. Dessa båda delar är lika viktiga. Under funktion kommer 8 angivna simuleringsfunktioner att utvärderas. Under användarvänlighet kommer t.ex. hjälpfunktioner, gränssnitt, ut- och indata och lärbarhet att utvärderas. Utvärderingen kommer att ske via tester. Anbudsgivaren ska hålla testsystem tillgängligt för de upphandlande enheternas tester.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap 2 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 §

eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

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.

Av 5 kap 3 § LOU framgår att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att det förhållandet att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

En upphandlande myndighet måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden under förutsättning att detta sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Vidare bör kraven för att anse att ett upphandlingsförfarande strider mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten ställas relativt högt. I alla upphandlingar förekommer värderingar av anbuden som görs av den upphandlande myndigheten.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av kommunernas förfrågningsunderlag framgår vilka kriterier som hänsyn ska tas till vid utvärderingen och hur dessa ska viktas. Det framgår vidare hur poängsättning av underkriterierna ska ske och hur dessa ska viktas. Förfrågningsunderlaget får anses vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kunnat avgöra vad kommunerna tillmäter betydelse vid upphandlingen och därigenom även skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Det finns inte något hinder för en myndighet att vid en upphandling av nu aktuellt slag använda sig av utvärderingsmodeller som baserar sig på en testgrupps bedömningar av sina upplevelser av tjänsterna i olika avseenden. De subjektiva utvärderingskriterierna i form av testgruppens upplevelser av tjänsterna i fråga kan inte i sig anses vara av sådan omfattning att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU.

Utgångspunkten vid upphandling av tjänster där utvärderingen väsentligen måste vila på skönsmässiga bedömningar bör vara att den upphandlande myndighetens värdering ska godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning (jfr Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 5-09).

Av utredningen i målet kan inte utläsas annat än att utvärderingen har gjorts inom ramen för förfrågningsunderlaget. SPP:s påstående att kom-

munen brustit i sin värdering och gynnat en särskild part får inte stöd av utredningen i målet. Genom sitt påstående har SPP inte visat att kommunen uppenbart brustit i sin värdering. Utvärderingen får således anses ha skett i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Vad gäller avtalstidens längd är syftet med ovan återgivna bestämmelser i 5 kap. 3 § LOU att förhindra att ramavtal används på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids genom att konkurrensen otillbörligt sätts ur spel genom avtalstidens längd. Av förarbetena till bestämmelserna (prop. 2006/07:128 s. 334) framgår emellertid att det kan vara befogat med en längre avtalsperiod när det exempelvis är fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden.

Förvaltningsrätten finner med hänsyn till vad kommunerna anfört att det finns särskilda skäl för den långa avtalstiden för ramavtalet.

Den övergripande slutsatsen är att de omständigheter SPP åberopat inte medför att kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten noterar att domstolen denna dag har bifallit KPA Pensionsservice Aktiebolags ansökan om överprövning och förordnat att upphandlingen ska göras om (förvaltningsrättens mål nr 1685-10).

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d)



Göran Lundahl