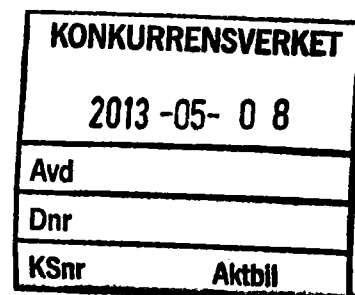




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2013-05-07
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1086-13
Domare 2:4



SÖKANDE

Itslearning AB, 556794-0159
Djäknegatan 4
211 35 Malmö

Ombud: Advokaten Markus Mårline och Magnus Nedström
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

MOTPART

Skövde kommun, Upphandlingsenheten
541 83 Skövde

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Skövde kommun genomför en upphandling, förenklat förfarande, som avser lärplattform för grundskola. Genom tilldelningsbeslut har Skövde kommun förkastat Itslearning AB:s (bolaget) anbud och även tilldelat annan leverantör kontraktet i upphandlingen. Bolaget har därefter ansökt om överprövning.

Av *förfrågningsunderlaget* framgår bl.a. följande. Sista dag för lämnande av anbud är den 6 januari 2013. Avtalstiden är från den 1 mars 2013 till den 30 juni 2015. Avtalet kan komma att förlängas i en eller flera omgångar till sammanlagt maximalt 60 månader med oförändrade villkor förutsatt att båda parter är överens om detta. Kommunen har för avsikt att anta

Dok.Id 98509

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2

DOM

det kvalificerade anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt bedöms enligt kriterierna pris (20 procent), bör-krav (20 procent), bedömning av utförda uppdrag (10 procent) och användarvänlighet (50 procent). Såväl ska-krav som bör-krav anges i förfrågningsunderlagets kravsammanställning. Bedömning av utförda uppdrag sker genom att kommunen kontaktar de två senaste kunder som leverantören färdigställt en likvärdig installation hos, i enlighet med av leverantören inlämnad lista. Ett antal frågor kommer att ställas. Svaren på frågorna utgör underlag för en bedömning vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Ett snitt på minst två poäng måste erhållas för att leverantören ska gå vidare i utvärderingen. Användarvänlighet utvärderas genom att leverantören på plats visar funktioner enligt formulär som tillsänds denna senast två veckor före visning. Leverantören får ca 45 minuter för visningen. Den 29 och 30 januari är bokade för visningar. Om det efter utvärdering av övriga kriterier framkommer att en leverantör inte kan er-hålla uppdraget även om högsta betyg erhålls vid utvärderingen av denna punkt, kommer leverantören inte att kallas till detta tillfälle.

Av tilldelningsbeslutet framgår att sex anbud inkommit. Bolagets anbud har förkastats med motiveringen att det i samband med visningen framkommit att ska-kravet enligt 47.10 inte var uppfyllt. Vid visningen uppgavs att man hade långtgående diskussioner med Novasoftware.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Skövde kommun anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget: Dess lärplattform uppfyller kravet och skulle rätteligen inte ha förkastats. Därutöver föreligger brister i utvärderingsmodellen och upphandlingsprocessen som var för sig är tillräckliga för att läggas till grund för ett ingripande med stöd av LOU. Bolagets anbud hade det näst lägsta priset och det kan inte uteslutas att bolagets anbud hade ansetts ekonomiskt mest fördelaktigt om kommunen tillämpat en förfrågningsmodell som varit i överensstämmelse med LOU.

Uppfyllelse av ska-kravet i 47.10 Kravsammanställningen

Bolaget har i sitt anbud uttryckligen angett att det går att få Novaschem integrerat mot bolagets lärplattform och därmed uttryckligen bekräftat att ska-kravet uppfylls. Detta görs genom att informationen från Novaschem lyfts in i lärplattformen via ett verktyg som heter Novaschem Webviewer. På så sätt kan scheman upprättade i Novaschem visas i plattformen och därmed integreras i denna i enlighet med det ställda kravet. Kommunen har i sitt tilldelningsbeslut angett att bolagets representant vid presentationen uppgivit att man hade långtgående diskussioner med Novasoftwares och att kommunen utifrån detta har dragit slutsatsen att kravet i 47.10 kravspecifikationen inte uppfylls. Vad som diskuterats med Novasoftwares är dock lösningar som innebär ett ännu mer fördjupat samarbete och således en mer komplex integrering av systemen. Detta är dock inget som efterfrågas i aktuell upphandling.

Utvärderingsmodellen

Kommunen har inte tillämpat utvärderingskriteriet bör-krav såsom det är formulerat i förfrågningsunderlaget utan istället relaterat varje anbuds poäng till den maximala poängen, multiplicerat detta tal med fem och därefter viktat framräknad poäng med 20 procent. Om kriteriet skulle tillämpats enligt förfrågningsunderlaget skulle den i förfrågningsunderlaget angivna relativa vikten på 20 procent inte kunnat upprätthållas.

Vad gäller utvärderingskriteriet bedömning av utförda uppdrag framgår inte av förfrågningsunderlaget vad som ska behandlas och bedömas vid kontakterna med referenserna. Inte heller framgår det hur poängsättningen ska gå till. Det kan vidare ifrågasättas om tidigare utförda uppdrag kan användas som utvärderingskriterium.

Avseende utvärderingskriteriet användarvänlighet kan konstateras att schemat med information om presentationen skickades ut till anbudsgivarna efter anbudstidens utgång. Av formuläret framgår de olika underkriterier som ska bedömas, hur poängsättning ska ske av respektive underkriterium och hur totalpoängen sedan ska vägas ihop och viktas. Således har underkriterier på ett otillåtet sätt formulerats och lagts till efter anbudstidens utgång. Kravsammanställningen avser utvärderingskriteriet avseende börkrav. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att även utvärderingskriteriet användarvänlighet ska bedömas utifrån innehållet i detta dokument.

Ett antal leverantörer har fått möjlighet att förbehållslöst visa upp sina system innan den nu aktuella upphandlingen annonserades. Det kan inte uteslutas att dessa leverantörer fått en otillbörlig konkurrensfördel i förhållande till bolaget som inte fått denna möjlighet. Den presentation som gjordes inom ramen för anbudsutvärderingen var styrt mot de funktioner kommunen ville se och det fanns inte utrymme att avvika från den uppgjorda planen och visa upp systemet i övrigt.

Skövde kommun: Kommunen har inte brutit mot de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har inte visat att det lidit skada till följd av de påstådda bristerna. Vidare är bolagets anbud inte kvalificerat.

Utvärderingsmodellen

Förfrågningsunderlaget är tydligt på så vis att det anger vad kommunen kommer att beakta vid utvärderingen för att leverantörerna ska kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Utvärderingskriteriet avseende bör-krav har inte innefattat hänsynstagande till andra kriterier än de som angivits och tillämpningen strider inte mot förfrågningsunderlaget.

Vad gäller utvärderingskriteriet bedömning av utförda uppdrag har kontakten med referenterna syftat till att få en bild av hur tidigare implementering fungerat och hur användarvänligheten upplevs. Ställda frågor avser föremålet för upphandlingen, d.v.s. det offererade systemet. Att frågorna inte visats för leverantörerna innebär ingen nackdel för dem. De kan inte påverka svaren eller anpassa sitt anbud efter referenternas svar.

Avseende utvärderingskriteriet användarvänlighet baseras det aktuella formuläret i sin helhet på förfrågningsunderlagets kravsammanställning. Formuläret innehåller inget nytt, men är omarbetat för att varje presentation ska följa samma disposition. Detta för att flödena i de olika systemen ska vara jämförbara och för att testpersonalen lättare ska kunna bedöma presentationen.

Bolaget har inte redogjort för hur de påstådda bristerna påverkar eller på vilket sätt det kunde utformats annorlunda. Det framgår inte att det finns ett samband mellan de påstådda bristerna och den skada bolaget anser sig lida.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

I Högsta förvaltningsdomstolens dom den 15 februari 2013 i mål nr 351-12 anges bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att upphandlande myndighet kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval"). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier

som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Uppfyllelse av ska-kravet i 47.10 Kravsammanställningen

Skövde kommun har inte närmare bemött de omständigheter som bolaget åberopat till stöd för att dess anbud uppfyller samtliga ska-krav. Omständigheterna framstår i sig rimliga och tillräckliga för slutsatsen att samtliga ska-krav uppfylls. Förvaltningsrätten finner därför att bolaget förmått göra sannolikt att det inte funnits grund för att förkasta dess anbud.

Utvärderingsmodellen

Bolaget har ifrågasatt samtliga kriterier utom pris. Vad gäller utvärderingskriteriet bör-krav har slutresultatet viktats till angivna 20 procent och kraven har såvitt framkommit inte heller ändrats. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att Skövde kommun brutit mot LOU såvitt avser detta krav.

Vad gäller utvärderingskriteriet bedömning av utförda uppdrag saknas uppgifter både om vad som ska utvärderas och hur utvärderingen ska göras. Således uppfylls inte de krav som följer av likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har därför brutit mot LOU genom att ange detta utvärderingskriterium i förfrågningsunderlaget.

Även avseende utvärderingskriteriet användarvänlighet saknas uppgifter i förfrågningsunderlaget om vilka omständigheter kommunen kommer att tillmäta betydelse. Som bolaget angivit har kommunen först genom det formulär som skickats till anbudsgivarna efter anbudstidens utgång lämnat denna information. Kommunen har därför brutit mot likabehandlingsprincipen även genom att ange detta utvärderingskriterium i förfrågningsunderlaget.

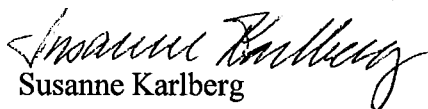
Skaderekvisitet och samlad bedömning

För ingripande med stöd av LOU krävs att sökanden anger omständigheter som gör det sannolikt att upphandlande myndighet brutit mot LOU samt att sökanden till följd av de angivna omständigheterna lidit eller kan komma att lida skada. Med skada förstås att möjligheterna att tilldelas kontrakt eller ramavtal i upphandlingen påverkats negativt.

Av tilldelningsbeslutet framgår att en anbudsgivare kunnat erhålla maximalt fem poäng, varav 1 poäng för pris, 1 poäng för börkrav, 0,50 poäng för bedömning av utförda uppdrag och 2,50 poäng för användarvänligt. Vinnande anbudsgivare har erhållit 3,82 poäng medan bolaget skulle ha

erhållit 2,56 poäng om samtliga ska-krav hade ansetts uppfyllda. Mot bakgrund härav utgör de konstaterade bristerna avseende kriteriet bedömning av utförda uppdrag inte sedd för sig en tillräcklig omständighet för att skaderekvisitet ska anses uppfyllt. Utvärderingskriteriet användarvänlighet har däremot haft avgörande betydelse. Bolaget har i denna del erhållit 0,40 poäng. Vinnande anbudsgivare har erhållit 1,53 poäng och den anbudsgivare som erhållit högst poäng har åsatts 2,17 poäng. Förfrågningsunderlaget innehåller mycket begränsad information om de omständigheter som Skövde kommun haft för avsikt att tillmäta betydelse avseende detta kriterium. Sammantaget har två utvärderingskriterium med en sammanlagd vikt på 60 procent utformats i strid med likabehandlingsprincipen. Bristerna kan därmed ha påverkat anbudsprövningens utgång. Bolaget har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Då felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan mindre ingripande åtgärd än beslut om att upphandlingen ska göras om inte väljas. Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva vad bolaget anfört om möjligheten för andra leverantörer att visa upp sina system före det att förfrågningsunderlaget publicerades.

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


Susanne Karlberg

