

KLAGANDE

e-Avrop AB, 556533-8133
Box 2004
103 11 Stockholm

MOTPART

Värmdö kommun
Ekonomi- och Upphandlingsavdelningen
134 81 Gustavsberg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 5 april 2011 i mål nr 4824-11,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med ändring av förvaltningsrättens dom beslutar kammarrätten att
upphandlingen ska göras om.

Det intermistiska beslutet den 15 april 2011 upphör härmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

e-Avrop AB (bolaget) fullföljer sin i förvaltningsrätten förda talan.

Värmdö kommun bestrider bifall till överklagandet.

Bolaget hänvisar i allt väsentligt till vad som tidigare anförts med bl.a. följande förtydliganden. En leverantör har placerats högt i rangordningen genom att lämna ett lågt pris i anbudet och ett högt pris på optionerna, med en förpliktelse och utfästelse att leverera till offererat anbudspris inklusive optioner. Eftersom optionspriset inte ingår i anbudsutvärderingen får det totala anbudspriset inget genomslag i utvärderingen. Kommunen har underlåtit att upphandla hela kontraktsvärdet i konkurrens. Bolaget lider skada eftersom det förlorar upphandlingen på grund av att kommunen inte utvärderat allt som ingår i förfrågningsunderlaget/kontraktet.

Värmdö kommun hänför sig till vad som tidigare anförts och tillägger bl.a. följande. De fyra funktioner/tjänster som var svåra att både specificera och garantera lyftes ut som optioner, i syfte att inhämta information inför eventuellt kommande behov under avtalsperioden, för att undvika att bryta mot de grundläggande principerna i LOU. På grund av en otydlig kravbild skulle anbudsgivarna kunna komma att lämna så skilda svar och priser att anbuderna inte skulle kunna jämföras på ett likvärdigt sätt. Svaren kunde även ha blivit så otydliga att anbudsgivarna inte skulle kunna se hur deras anbud skulle stå sig i anbudsutvärderingen. Optionerna skulle endast komma att användas perifert i förhållande till upphandlingsstödet. Att priserna på optionerna för vissa anbud är relativt höga beror sannolikt på att dessa anbudsgivare kalkylerat med vissa risker. Andra optionspriser är noll kronor då man meddelat att pris inte kan anges på grund av otydlig kravbild. Konkurrenssituationen bibehålls just därför att det är optioner. Om dessa prissätts för högt kommer de inte att utnyttjas.

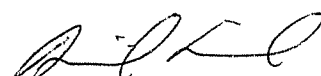
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom.


Enligt EU-domstolens praxis får den upphandlande myndigheten vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet välja de kriterier som den ämnar tillämpa under förutsättning att de syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och att de inte medför att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Tillämpningen av nämnda kriterier ska dessutom ske med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundläggande principer som följer av unionsrätten (C-448/01 p. 37-38).

Genom utvärderingsmodellens utformning där optionernas funktionalitet och användarvänlighet, men inte deras pris, har utvärderats har Värmdö kommun valt kriterier för utvärderingen som inte syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs. Härvid beaktar kammarrätten att optionernas värde vid utnyttjande utgör en beaktansvärd del av kontraktets totala värde. Förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen strider därmed mot såväl bestämmelsen i 12 kap. 1 § LOU som mot unionsrätten. Vad Värmdö kommun anfört i denna del föranleder inte någon annan bedömning. Detta har medfört att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed. Eftersom förfrågningsunderlagets utformning påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede föreligger inte förutsättningar för rättelse. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Anita Linder
kammarrättsråd


Mikael Åberg
kammarrättsråd


Johan Ndure
tf. assessor
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-04-05
Meddelad i
Stockholm

Bilaga A Sida 1 (8)
Mål nr
4824-11
Enhet 13

SÖKANDE

e-Avrop AB, 556533-8133
Box 2004
103 11 Stockholm

MOTPART

Värmdö kommun
Ekonomi- och upphandlingsavdelningen
134 81 Gustavsberg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om inhibition.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 112039

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Värmdö kommun (kommunen) genomför, genom förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU, en upphandling av upphandlingsstöd (IT-stöd) (be-teckning 10KS/0384). Av tilldelningsbeslut daterat den 24 februari 2011 framgår att kommunen har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än e-Avrop AB (bolaget).

Bolaget ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar att rätten ska förordna om att kommunen ska vidta rättelse vad gäller tidigare genomförd anbudsutvärdering, varvid kommunen ska utföra utvär-deringen i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Alter-nativt yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget yrkar vidare att upphandlingen inte får avslutas eller kontrakt tecknas innan rätten av-gjort målet i sak. Bolaget anför i huvudsak följande.

Upphandlingen omfattar ett webbaserat upphandlingsstöd (IT-stöd) för att underlätta arbetet med offentliga upphandlingar och inkluderar följande delar

- * Upphandlingsprocessen
- * Kontraktsdatabas
- * Uppdragshantering och resursplanering
- * Kommunikation till externa parter

Kommunen har endast och felaktigt utvärderat vissa delar av de områden man begärt in pris på. Någon utvärdering av prissatta optioner har kommu-nen inte genomfört. Kommunens anbudsutvärdering strider mot de grund-läggande principerna som gäller vid all offentlig upphandling, särskilt mot principen om transparens. Optionerna ingår i upphandlingskontraktet, vari leverantören är bunden av det pris som offererats och som inte får ändras i efterhand. En märklig situation uppkommer om kommunen framgent be-slutar sig för att utnyttja optionerna i kontraktet. I händelse av det senare

har kommunen inte antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan det anbud som vid en riktigt utförd anbudsutvärdering placerades på plats nummer två.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att optionerna inte ingår i anbudsutvärderingen samt att det av tilldelningsbeslutet framgår att ett av tilldelningskriterierna är "Kommunikation med externa parter". Handläggningen har inte genomförts med vad som har kunnat förväntas framgå av kommunens förfrågningsunderlag. Kommunen har inte utvärderat alla infordrade anbudspriser, priser som anbudsgivare och leverantör är bundna av och som kommunen avser att teckna avtal på. Att optionerna ingår i förfrågningsunderlaget, kontraktet och som ett tilldelningskriterium i tilldelningsbeskedet, samtidigt som optionernas mervärde men inte dess pris utvärderats, kan knappast överensstämma med principen om transparens och förutsägbarhet, då detta inte framgår av kommunens förfrågningsunderlag. Även om kommunen anser att det framgår av underlaget, kvarstår det faktum att om kommunen framgent beslutar sig för att utnyttja optionerna i kontraktet, har kommunen inte antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan det anbud som hamnar på andra plats om alla priser i avtalet också ingått i utvärderingen. I just detta fall överstiger kostnaden för optionen anbudspriset med 300 % och därmed har en betydande del av kontraktssumman inte upphandlats i konkurrens. Detta kan rimligtvis inte stå i överensstämmelse med lagstiftarens intentioner. Att bolaget ska bli bundet av dessa icke utvärderade anbudspriser, som kommunen kan komma att avropa (eller inte avropa), strider inte bara mot transparens- och förutsägbarhetsprincipen utan också mot principen om proportionalitet.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Startdatum för upphandlingen var den 24 september 2010. Utvärderingen av upphandlingen har skett i enlighet med vad som redovisats i anbudsfrågan och upphandlingen har i övrigt genomförts i enlighet med iaktta-

gande av 1 kap. 9 § LOU. Samtliga anbud har utvärderats i enlighet med vad som angivits i anbudsfrågan. Prisbilagan är också så uppbyggd att alla anbudsgivare med full transparens kunnat följa hur deras anbudspris skulle kunna komma att justeras vid utvärderingen samt att optionerna tydligt ligger utanför anbudspriset.

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.

Av 15 kap. 16 § LOU framgår följande. En upphandlande myndighet ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket. Den upphandlande myndigheten ska antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår följande. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 1 § LOU anges bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges bl.a. att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upp-

handlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

I anbudsförfrågan kan utläsas att kommunen kommer anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt, dvs. det bästa förhållanden mellan kvalitet och pris, med hänsyn till de i upphandlingen aktuella utvärderingskriterierna. Av bl.a. avsnitt 2.8.3 i anbudsförfrågan kan vidare utläsas att de aktuella utvärderingskriterierna i upphandlingen utgörs av "anbudspris", "funktionalitet" samt "användarvänlighet". I avsnitt 4. "Kravspecifikation" nämns "Kommunikation med externa parter" som en del av kravet på användarvänlighet. Med "Kommunikation med externa parter" avses bl.a. koppling till beställarens diarium, ärendehanteringssystemet W3D3 alternativt upphandlingsstödet eget E-arkiv samt koppling till kommunens metakatalogtjänst (Novell eDirectory) för identiteter och lösenord. Köp av dessa tjänster villkoras av de i målet aktuella optionerna. I avsnitt 4.13 i anbudsförfrågan anges bl.a. att "värdering av pris sker för hela avtalsperioden inklusive förlängningsmöjligheter". I ett av villkoren i aktuellt kontrakt som reglerar avtalstiden kan även utläsas att kontraktet ska gälla från kontraktstecknande till och med 28 februari 2013, "med option på 1 + 1 års förlängning".

Av punkten 2.8.4.1. i anbudsförfrågan anges att med "anbudspris" menas "totalpriset för År 1, som räknas fram för angivna priser på Kommunlicens, Support och underhåll samt utbildning i fliken 'Anbudspris' i Bilaga 1 'Prisbilaga/Utvärderingsmodell'". Kommunen har även via e-post och på hemsidan för aktuell upphandling förtydligat anbudsförfrågan i form av frågor och svar, som anbudsgivarna har tagit del av. En fråga avser utvärderingskriteriet "anbudspriset" där det av svaret kan utläsas bl.a. att utvärderingen baseras på anbudspriset, som enligt prisbilagan summerar årskostnader och engångskost-

nader för År 1 samt att optioner och timpris ligger utanför utvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt den senaste lydelsen av LOU som trätt i kraft den 15 juli 2010, inträder en avtalsspärr och tidsfrist när tilldelningsbeslut meddelas. Om ansökan om överprövning kommit in till förvaltningsrätten inom denna tidsfrist börjar en automatisk förlängd spärrtid att löpa, utan krav på särskilt yrkande om inhibition. Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om inhibition att upphandlingen tills vidare inte får avslutas innan förvaltningsrättens avgjort målet i sak.

Fråga är huruvida utformningen och tillämpningen av utvärderingskriteriet ”anbudspris”, såtillvida att den utesluter optionspriserna, strider mot de grundläggande principerna stadgade i LOU, framför allt principerna om transparens, förutsägbarhet och proportionalitet. Med principen om likabehandling och transparens ska anbudsgivarna ges samma förutsättningar i anbudsgivningen. Förfrågningsunderlaget måste vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Exempel på kravet på transparens är att utvärderingskriterierna om möjligt ska vara rangordnade och att annan viktning eller betygsättning av kriterierna så långt som möjligt ska framgå för leverantörerna. Det är också viktigt att leverantörerna genom förfrågningsunderlaget får klart för sig hur ett uppfyllande av kravet kommer att värderas, exempelvis var för sig, i förhållande till varandra eller till priset. Endast utvärderingskriterier som är med i förfrågningsunderlag får användas, och kriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder

som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada pga. att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att kraven för att anse ett upphandlingsförfarande strida mot dessa principer numera måste ställas relativt högt.

En myndighet ges i allmänt sätt en stor frihet att inom ramen för ett afärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsvärderingen. Domstolen ska inte göra någon egen utvärdering av anbudet.

Under utvärderingen av anbudet i aktuell upphandling har en justering skett av anbudsgivarnas anbudspris vid bedömning av funktionalitet och användarvänlighet. Detta har enligt förvaltningsrätten på ett tillräckligt tydligt sätt i enlighet med nyss nämnda principer redovisats i anbudsförfrågan. Innebörden av ”anbudspris” i anbudsförfrågan väckte visserligen frågor som dock förtydligades av kommunen, dels via hemsidan för upphandlingen, dels via e-post till anbudsgivarna.

Den omständigheten att kommunen uteslöt optionspriserna vid utvärderingen av anbudspriset, ska enligt bolaget ha medfört att denna del inte upphandlats i konkurrens samt i strid med lagstiftarens intentioner. I förevarande fall rör det sig om ett förhandlat förfarande, och är enligt förvaltningsrätten inte i sig tvistigt. Kommunen har formulerat och tillämpat utvärderingskriteriet i förfrågningsunderlaget inom ramen för principerna i

Allmänna avdelningen

LOU. Anbudsgivarna har således getts möjlighet att tävla på lika villkor i upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner att utvärderingskriterierna formulerats i enlighet med LOU och att poängsättningen har skett i överensstämmelse med de kriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening kan förfrågningsunderlagets utformning därför inte, på sätt som bolaget gör gällande, anses utgöra skäl för ingripande enligt LOU.

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



Anna Lönnestav

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Danijela Blagojevic.

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.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.