

LÄNSRÄTTEN I
SÖDERMANLANDS LÄN

DOM
2009-07-24
Meddelad i
Nyköping

Mål nr
1729-09
Enhet 11

SÖKANDE

Aivo AB, 556243-1188

Ombud:

Advokat Jonas Forzelius
Time Advokatbyrå KB
Kungsgatan 48, 4 tr
111 35 Stockholm

MOTPART

Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

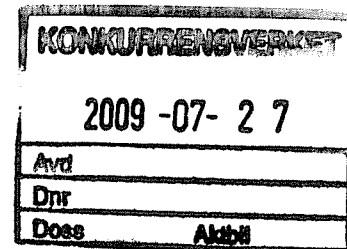
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om åtgärder enligt LOU.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 12 juni 2009.



BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Eskilstuna kommun (kommunen) inbjöd genom förfrågningsunderlag daterat den 24 april 2009 leverantörer att lämna anbud avseende upphandling av IT-baserat kostdatasystem, dnr HT-09.028. Kommunen beslutade genom tilldelningsbeslut den 5 juni 2009 att FOODit Kostsystem AB (FOODit) skulle tilldelas uppdraget avseende upphandlingen. Upphandlingen skedde genom förenklat förfarande.

Aivo AB (Aivo) ansöker i en till länsrätten den 11 juni 2009 inkommen framställning om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen i första hand ska rättas och i andra hand göras om. Vidare yrkar Aivo att länsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Till stöd för sin ansökan anför Aivo bl.a. följande. Kommunen har genomfört upphandlingen i strid mot de grundläggande reglerna i 1 kap. 9 § LOU. Detta har lett till skada för Aivo eftersom bolaget FOODit felaktigt tilldelats kontraktet. Kommunen uppställer i sitt förfrågningsunderlag en rad skall-krav på innehållet i de anbud man önskar få in. Till exempel framgår av förfrågningsunderlagets kravspecifikation, krav 6.4 att ”eventuell reseersättning skall offereras separat och vara uppdelat på resa och tid”. FOODit har uppgivit att restid debiterats med 450 kr per timme. Restid har dock inte angivits. Av förfrågningsunderlagets krav 5.1 framgår vidare att ”Leveranstid från beställning under pågående avtalsperiod skall anges”. FOODit har inte heller angivit någon leveranstid från beställning under pågående avtalsperiod. FOODits anbud uppfyller således inte skallkraven i förfrågningsunderlaget och har därför inte kvalificerat sig för utvärdering. Kommunen har inte behandlat anbudsgivarna lika vid utvärderingen av anbuden och därigenom inte heller tillämpat principerna om transparens och proportionalitet enligt 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har låtit FOODit förtydliga sitt anbud, vilket inte Aivo tillåtit. Vidare har kommunen gjort en grundlös och obegriplig bedömning av vad anbudsgi-

varna redovisat vid bedömningen av kvalitetskriterierna kompetens och erfarenhet när de kommit fram till att Aivo endast i liten omfattning (5 poäng) motsvarar kommunens krav på erfarenhet från liknande uppdrag medan FOODit mycket väl (10 poäng) motsvarat kommunens krav. Angående kvalitetskriterierna service och support framgår av Aivos svarsbilaga att bör-kravet är uppfyllt, emedan FOODit inte har uppfyllt det. Gällande produktkvalitet har Aivo uppfyllt samtliga ställda bör-krav. Aivo skulle således ha uppnått minst samma slutpoäng om en korrekt och likvärdig hantering skulle ha gjorts. Kommunen har vidare tillämpat en subjektiv bedömning av kvalitetskriterierna produktkvalitet samt kompetens/erfarenhet vilket leder till att Aivo saknar möjlighet att förutse hur kommunen kommer att bedöma angivna kvalitetskriterier. Slutligen framgår av kommunens tilldelningsbeslut och yttrande att kommunen bedömt anbudsgivarnas kompetens och erfarenhet under utvärderingsfasen och att referenserna har använts för att bedöma detta. Användningen av referenser under utvärderingsfasen är olaglig och konkurrenshämmande. Referenser får inte användas under utvärderingsfasen för att bedöma anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet eller erfarenhet.

Eskilstuna kommun har i yttrande anfört bland annat följande. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt vad kommunen tillmäter avgörande betydelse i upphandlingen och hur den utvärderingsmodell som slutligen användes är utformad. Vid anbudsprövningen ingick två moment, utslutningsprövning och leverantörskvalificering. Båda dessa delar syftade till att kommunen skulle kunna bedöma om förekommande anbudsgivare klarar av att genomföra förekommande affärskontrakt. Kommunen kom fram till att samtliga anbudsgivare uppfyllde kvalificeringskraven och i övrigt ställda skall-krav för att gå vidare till utvärderingsfasen. Det som Aivo anfört i denna del kan inte i tillräcklig mån anses visa att det vinnande anbudet skulle ha avvisats och därmed inte ha utvärderats. Anbudsvärderingen har gjorts efter de i förfrågningsunderlaget angivna kriterierna produktkvalité, service/support och kompetens/erfarenhet. Kommunen har i för-

frågningsunderlaget beskrivit sina önskemål, både tekniskt och funktionellt samt vad som kommer att premieras vid den slutliga anbudsvärderingen. Totalpoängen på dessa bedömningskriterier har sedan ställts i relation till offertens pris och detta har sedan omräknats till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det framgår av utvärderingsunderlaget att kravet på erfarenhet från liknande uppdrag och organisationer utgör ett viktigt led i bedömningen av anbudsgivarnas kvalitet. Av rättspraxis framgår att utvärdering måste göras med stöd av inhämtade uppgifter från referenser när det är fråga om en kvalitetsbedömning.

Länsrätten beslutade den 12 juni 2009 att Eskilstuna kommuns upphandling beträffande kostdatasystem inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

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

Av 12 kap. 1 § LOU framgår följande. En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljö-

egenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

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

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Det som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte vid tilldelning av kontrakt som

1. avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 eller 4 om det har gjorts ett undantag från bestämmelsen med stöd av 15 kap. 22 §, eller
2. det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i den allmänna bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU (jfr Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref. 50). I förhållande till den huvudregel om affärsmässighet som angavs i 1992 års LOU (1 kap. 4 §) innehåller den nu aktuella paragrafen inte begreppet affärsmässighet. Det framgår av förarbetena till lagen (prop. 2006/07:128 s. 155-156) att avsikten är att den nu aktuella lydelsen inte ska medföra någon ändring av rättsläget vad gäller de principer som ska iakttas vid upphandling trots att begreppet affärsmässighet är utmönstrat. Principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet. Vid bedömningen av anbudsgivarna och anbudet förutsätter kravet på jämlikhet att de uppställda kraven gäller samtliga anbudsgivare på samma sätt.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som med hänsyn till följande kriterier som kommer att antas. Anbudsgivarens svar på bedömningskriterierna bör-, ange- och/eller beskrivningskrav utvärderas och poängsätts utifrån angivna poängskalor och viktning. Totalpoängen bedöms sedan mot offererat pris genom formeln $\text{pris} \times 100 / \text{uppnådd kvalitetspoäng}$. Det anbud som får lägst omräkningstal bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bedömningsskalan som kommer att användas är fyragradig: Ej beskrivet/ej acceptabel nivå (0 poäng), Acceptabel nivå (5 poäng), God nivå (8 poäng) och Mycket god nivå (10 poäng).

Nedanstående kriterier kommer att användas vid utvärderingen av anbudet.

Produktkvalité 60 procent

- Funktioner 60 procent
- Handhavande 30 procent
- Systemlösning 10 procent

Service/Support 30 procent

- Handläggningstider 50 procent
- Servicegrad 50 procent

Kompetens/Erfarenhet 10 procent

- Kompetens 50 procent
- Referenser 50 procent

Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. att FOODit fått maximala 100 poäng gällande samtliga kriterier medan Aivo fått 49,2 poäng gällande produkt-kvalitet, 30 poäng gällande service/support och 6,5 poäng gällande kompetens/erfarenhet.

Länsrätten gör följande bedömning.

Aivo har i sin ansökan om överprövning anfört att kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU eftersom FOODit har gått vidare till utvärderingsfasen trots att bolaget inte uppfyllt samtliga skall-krav. Kommunen har därefter använt en subjektiv utvärderingsmetod och därigenom kommit fram till att FOODit skulle erhålla full poäng trots att FOODits anbud inte uppfyller alla bör-krav. Kommunen har vidare låtit FOODit förtydliga sitt anbud medan Aivo inte tillåtit detta. Kommunen har dessutom konstruerat krav i efterhand och därigenom brutit mot transparens- och likabehandlingsprincipen vid utvärderingsförfarandet. Slutligen anför Aivo att kommunen förfarit olagligt och konkurrenshämmande genom att i utvärderingsfasen använda lämnade referenser för att bedöma anbudsgivarnas kompetens och erfarenhet.

Vid en sammantagen bedömning finner länsrätten det inte genom vad Aivo anfört i ansökan om överprövning visat att det vinnande anbudet inte uppfyllt samtliga av kommunen uppställda skall-krav. Kommunen har således haft fog för sitt beslut att låta bägge anbuderna gå vidare till utvärderingsfasen.

De krav som kan ställas på hur olika anbud utvärderas är de allmänna krav på upphandlingen om likvärdig och icke-diskriminerande behandling som anges i 1 kap. 9 § LOU. I förevarande fall har Aivo enligt länsrättens mening inte förmått visa att upphandlingen strider mot gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens eller att upphandlingen inte är utformad på sådant sätt att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Inte heller vad bolaget i övrigt har anfört visar att kommunen har tillämpat de i förfrågningsunderlaget redovisade kriterierna på annat än ett objektivt och enhetligt sätt. Grund för att vidta åtgärder med stöd av LOU föreligger således inte. Ansökan härom ska därmed avslås.

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

Av 16 kap. 1 § LOU följer att en ansökan om överprövning inte får prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt avseende upphandlingen, men att den ändå får prövas till dess att tio dagar gått från det att rätten upphävt ett fattat interimistiskt beslut.



Johanna Haage Danielsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.