



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-04-14
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2594-14

SÖKANDE

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

MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 459210

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun genomför en upphandling av upphandlingssystem (dnr 2013:668). Kommunen använder ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Såvitt framgår har kommunen valt att anta en annan leverantör än e-Avrop AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund anges i huvudsak följande. Den utvärderingsmodell som kommunen tillämpar, så kallad relativ utvärdering, strider mot principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens. Tilldelningen har vidare skett på felaktiga grunder eftersom kommunen inte har beaktat priset för hela avtalstiden vid bestämningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Slutligen har kommunen gynnat nuvarande leverantör genom att ta hänsyn till en omställningskostnad. Detta strider mot principen om likabehandling. Bolaget riskerar att lida skada på grund av dessa brister.

Kommunen anser att bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Principer för offentlig upphandling**

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av dessa principer eller mot någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta

att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Detta framgår av 16 kap. 6 § LOU.

Frågan om den relativa utvärderingsmodellen

Bolaget anser att kommunen har använt en relativ utvärderingsmodell som inte är godtagbar. Till stöd för detta anför bolaget bl.a. följande. Ett anbud kan i upphandlingen få maximalt 7 poäng för bästa kvalitet och 3 poäng för bästa pris. Poängsättningen bygger dock inte på varje anbuds eget pris, utan på varje anbuds pris i förhållande till lägsta pris. Om lägsta pris är 75 (anbud A) och näst lägsta pris är 80 (anbud B) kommer anbud A att få 3 poäng medan anbud B kommer att få 2,81 poäng ($75/80 \cdot 3$). Detta medför att anbudsgivarna inte kan veta vilken poäng de kommer att få när de lämnar sina anbud. Det är inte heller priset som sådant som viktas, utan poängsättningen beskriver i stället relationen till lägsta pris. Poäng och rangordning kan därmed komma att variera beroende på vilket pris som är lägst. Ett anbud kan också komma att vinna upphandlingen trots att priset är oändligt mycket högre än övriga anbudsgivares. Det går inte att använda metoden för att fastställa vilket anbud som är bäst. Metoden står i strid med principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Mot detta invänder kommunen att utvärderingsmodellen inte på något sätt har varit avgörande för slutresultatet i upphandlingen. Att anbudsgivaren inte kan räkna ut sin slutpoäng i förväg är enligt kommunen inte ovanligt och knappast nödvändigt. Alla upphandlingar som innehåller bör-krav och som utvärderas genom betyg ger detta resultat eftersom den poäng ett anbud kommer att få är beroende av en jämförelse med övriga anbud.

Förvaltningsrätten förstår bolagets resonemang om utvärderingsmodellens brister men anser att det saknas skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund. Rättens bedömning bygger på såväl lagtext som rättspraxis.

Kommunen har valt att använda det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som grund för tilldelning. Detta är fullt tillåtet enligt 12 kap. 1 § LOU.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska myndigheten enligt samma paragraf ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, som exempelvis pris och kvalitet.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur kriterierna i fråga kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om kriterierna är kvalitet och pris kan viktningen enligt förarbetena bestämmas till exempelvis 70 procent respektive 30 procent (se prop. 2006/07:128 s. 406).

I övrigt saknas det närmare bestämmelser om hur en utvärderingsmodell ska vara utformad. Utgångspunkten är att den upphandlande myndigheten själv får utforma en modell som passar för behoven i det enskilda fallet. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp LOU och EU-rätten (jämför rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Det finns inte något generellt hinder mot att en myndighet använder utvärderingsmodeller där utfallet är beroende av andra anbud, förutsatt att principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens kan upprätthållas. Det krävs dock att utvärderingsmodellen är tydligt redovisad på förhand och att anbudsgivarna kan bedöma förutsättningarna för tilldelning. (Se t.ex. Kammarrätten i Stockholms domar den 23 september 2010 i mål nr 3772-10 och den 20 mars 2014 i mål nr 6514-13.)

I det aktuella förfrågningsunderlaget har kommunen angett att viktningen mellan kvalitet och pris är 70 respektive 30 procent. Viktningen har alltså bestämts enligt exemplet i förarbetena. Som offentligt svar på en fråga har

kommunen vidare angett att poäng för kvalitet sätts genom att den genomsnittliga poängen för bör-kraven multipliceras med 0,7. Högsta poäng för kvalitet är 7. Kommunen har vidare informerat om att pris räknas om till poäng genom formeln lägsta pris/anbudspris*10. Poängen multipliceras därefter med 0,3 och högsta poäng för pris är därmed 3. Totalt är den högsta möjliga poängen således 10, varav 7 för kvalitet och 3 för pris.

Förvaltningsrätten anser att kommunen genom denna information har redovisat utvärderingsmodellen förhållandevis tydligt. Alla anbudsgivare bör ha kunnat förstå hur poängen kommer att beräknas och alla har kunnat se att kvalitet tillmäts större betydelse än pris. Kommunen har inte fått något orimligt utrymme för godtycke vid poängsättningen, framför allt inte när det gäller priset. Poängen för pris har tvärtom satts enligt en formel som kommunen inte har kunnat påverka sedan anbudet väl kommit in.

Det stämmer visserligen att anbudsgivarna inte på förhand har kunnat räkna ut exakt vilken poäng de kommer att få, men som kommunen säger är det ett problem i många upphandlingar som inkluderar betyg eller poängsättning. Det i sig innebär inte att utvärderingen strider mot LOU.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att anbudsgivarna har haft tillräckligt goda möjligheter att bedöma förutsättningarna för tilldelning. Såvitt framgår har kommunen utvärderat anbudet i enlighet med den information som lämnats i förväg och bolaget kan inte anses ha visat att ett annat anbud än det ekonomiskt mest fördelaktiga har antagits (jämför Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 mars 2011 i mål nr 5293-10).

Trots att den relativa utvärderingsmodellen kan ha vissa brister anser förvaltningsrätten alltså att bolaget inte har visat att den i detta fall strider mot principerna om likabehandling, förutsebarhet eller transparens. Det är

inte heller visat att den strider mot LOU eller EU-rätten i övrigt. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund.

Förvaltningsrätten vill vidare påpeka att bolaget inte har klargjort hur det har lidit eller kan komma att lida skada till följd av de påstådda bristerna i detta avseende. Även därför saknas det skäl för ingripande på denna grund.

Frågan om utvärderingen av anbudspriset

Bolaget anser att kommunens utvärdering av anbudspriset strider mot LOU och anför bl.a. följande. Upphandlingen gäller ett kontrakt i tre år med möjlig förlängning i högst tre år. Totalt handlar det alltså om sex år. Trots det har kommunen valt att beräkna anbudspriset som priset för en månad plus konsultkostnad för inläsning och migrering av kommunens befintliga data. Kommunens nuvarande leverantör har ingen kostnad för detta och i praktiken blir det därför omöjligt för andra anbudsgivare, som måste räkna med 100 timmar för migrering, att vinna upphandlingen. Anbudspriset bör i stället baseras på vad kommunen faktiskt får betala om kontraktet utnyttjas till fullo. Beräkningen borde rimligtvis bygga på samma grund som beräkningen av tröskelvärden enligt 3 kap. 3 § LOU. Om beräkningen ändå baseras på månadskostnad måste kostnaden för migrering fördelas på det totala antalet månader som kontraktet gäller. Konsultkostnaden blir annars oproportionerligt hög jämfört med övriga kostnader och då kan bara nuvarande leverantör vinna. Hade priset beräknats på ett korrekt sätt hade bolaget vunnit upphandlingen. Kommunens sätt att beräkna priset framgår för övrigt inte av vare sig förfrågningsunderlaget eller av frågor och svar.

Kommunen håller inte med om att utvärderingen av priset varit otydlig eller inte beskrivits i förfrågningsunderlaget. Kommunen menare vidare att man som svar på en fråga angett att licenskostnad ska beräknas per månad. Enligt kommunen blir den slutliga vinnaren i upphandlingen densamma

även om man räknar med alla kostnader som kommunen kommer att ha under ordinarie avtalstid (tre år). Förlängningsåren bör enligt kommunens mening inte räknas med, eftersom det endast är fråga om en option.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning av bolagets talan i denna del.

Enligt förfrågningsunderlaget ska varje anbudsgivare ange pris per styck för fyra olika licenser, nämligen administratörslicens, upphandlarlicens, extern användarlicens och direktupphandlingslicens. Som svar på en fråga har kommunen angett att licenspris ska anges per styck per månad för den ordinarie avtalsperioden och att optionen inte räknas med i utvärderingen.

Förvaltningsrätten anser att det genom denna information är tydligt att licenspriser ska anges per månad för den ordinarie avtalstiden om tre år. Det faktum att optionsperioden inte inkluderats kan inte anses strida mot principerna för upphandling eller mot regelverket i övrigt (jämför Kammarrätten i Göteborgs dom den 31 mars 2009 i mål nr 7304-08).

Utöver licenspris har kommunen emellertid också krävt att anbudsgivarna ska ange pris för konsulter. Det som avses är enligt förfrågningsunderlaget ett timpris för inläsning och migrering av kommunens befintliga upphandlingsdata. Detta timpris ska multipliceras med 100 timmar och sedan läggas till licenspriset för att ge ett totalpris för varje anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att tre anbud har utvärderats. Kommunens nuvarande leverantör har av naturliga skäl inte angett något pris för inläsning och migrering av befintliga data. De andra anbudsgivarna har däremot angett ett sådant pris och på grund av utvärderingsmetoden är det priset mycket högt i förhållande till licenspriset. För bolagets del utgör konsultpriset cirka 93 procent av det offererade totalpriset och för den andra anbudsgivaren handlar det om en liknande andel. Hade konsultpriset

i stället slagits ut över hela den ordinarie avtalstiden hade det utgjort en betydligt mindre andel av dessa anbudsgivares totalpriser. Såvitt framgår hade bolaget i sådana fall också haft det lägsta totalpriset och därmed fått högre poäng. Samma sak hade gällt om kommunen hade multiplicerat licenspriset med 36 och därefter adderat konsultpriset. Genom att utvärdera hela konsultpriset men licenspriset för endast en månad har övriga leverantörer således missgynnats i förhållande till den nuvarande.

Förvaltningsrätten finner alltså att kommunens utvärderingsmetod har gett den nuvarande leverantören en betydande konkurrensfördel. En befintlig leverantör har visserligen ofta fördelar i en upphandling, men i detta fall hade utvärderingen kunnat utformas så att fördelen blivit betydligt mindre. Licenspriset hade kunnat beräknas för hela avtalstiden, alternativt hade konsultpriset kunnat slås ut per månad. Genom att ändå välja den aktuella metoden får kommunen anses ha brutit mot principen om likabehandling. Den nuvarande leverantören får anses ha gynnats i orimligt hög grad.

För att det ska finnas skäl för ingripande enligt LOU krävs emellertid också att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av felet.

Vid en kontrollräkning kan förvaltningsrätten konstatera att bolaget visserligen hade fått en högre poäng men ändå inte vunnit upphandlingen om kommunen hade utvärderat anbudspriset på något av de alternativa sätten. I båda fallen hade bolaget såvitt rätten kan se fått 8,425 poäng totalt, varav 5,425 för kvalitet och 3 för pris, medan vinnande anbudsgivare hade fått 8,580 poäng totalt, varav 6,3 för kvalitet och 2,280 för pris. På grund av högre poäng för kvalitet hade nuvarande leverantör alltså antagits ändå.

Vad kommunen anför om att slutresultatet hade blivit detsamma tycks alltså stämma, även om bolaget troligen hade kommit på andra plats i upphandlingen i stället för tredje. Bolaget har hur som helst inte visat att

det har lidit eller kan komma att lida ska till följd av att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen, trots att det inte kan uteslutas att andra leverantörer kan ha avstått från att över huvud taget lämna anbud på grund av bristen.

Frågan om omställningskostnaden

Bolaget anser slutligen att det är felaktigt av kommunen att över huvud taget räkna med en kostnad för inläsning och migrering av befintliga data, eftersom denna omställningskostnad inte drabbar kommunens nuvarande leverantör. Bolaget menar att tillvägagångssättet strider mot LOU och principen om likabehandling eftersom det gynnar just denna leverantör.

Kommunen anför bl.a. följande. Olika leverantörer har olika kostnader för inläsning av data i sitt system. Om kommunen inte kan utvärdera denna betydande kostnadspost får den vinnande anbudsgivaren utrymme att senare sätta vilket pris som helst för denna tjänst. En befintlig leverantör har dessutom fördelar i alla upphandlingar. Det rör sig om upparbetade processer och kontaktvägar samt investeringar m.m. som leverantören redan har gjort men som en ny leverantör behöver göra för första gången.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har stor frihet när den bestämmer det närmare föremålet för en upphandling (jämför RÅ 2010 ref. 78). I detta fall har kommunen valt att inkludera inläsning och migrering av data från befintligt system och att fråga om priset för det.

I likhet med bolaget anser förvaltningsrätten att nuvarande leverantör får en konkurrensfördel genom detta upplägg, eftersom företaget inte kommer att ha någon kostnad för inläsning och migrering. Förvaltningsrätten anser dock att kommunen anför sakliga skäl för att bestämma föremålet för upphandling på detta sätt, eftersom inläsning och migrering kommer att

behövas och medföra kostnader för kommunen om en ny leverantör antas. Som kommunen påpekar är det i många fall också helt ofrånkomligt att den nuvarande leverantören har vissa konkurrensfördelar i en upphandling.

Förvaltningsrätten anser således att kommunen inte har brutit mot LOU eller EU-rätten genom att inkludera omställningen och kostnaderna för den i upphandlingen. Som framgått ovan anser förvaltningsrätten visserligen att kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen genom sitt sätt att utvärdera priset för omställningen, men i den delen har bolaget inte visat att det lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av felet.

Förvaltningsrättens slutsatser

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten alltså att kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen men att det ändå saknas skäl för ingripande mot upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Johan Jansson
Förvaltningsrättsfiskal

Förvaltningsrättsnotarien Patrik Määttä har handlagt målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.