



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**
Förvaltningsrättsnotarien
T Kjellsson

DOM
2013-01-23
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3219-12 E

Sida 1 (11)

SÖKANDE

Xpansion Affärspartner Nesterud Wiik AB, 556640-3241
Esplanaden 10
852 32 Sundsvall

MOTPART

Länsstyrelsen i Västernorrlands län
871 86 Härnösand

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-01-24	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Xpansion Affärspartner Nesterud Wiik AB:s ansökan och beslutar att upphandlingen av konsulttjänst för genomförande av affärsutvecklingsprogram i Tillväxtprojektet (Tillväxtföretag i Västernorrland), dnr 300-2484-12, ska göras om.

Dok.Id 47706

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Länsstyrelsen i Västernorrlands län (länsstyrelsen) har genomfört upphandling av konsulttjänst för genomförande av affärsutvecklingsprogram i Tillväxtprojektet (Tillväxtföretag i Västernorrland), dnr 300-2484-12. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. I tilldelningsbeslut den 25 september 2012 meddelades att avtal kommer att tecknas med IFL vid Handelshögskolan i Stockholm AB (IFL).

Xpansion Affärspartner Nesterud Wiik AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar överprövning av hela anbudet och dess olika områden för betygssättning samt en prövning om IFLs anbud kan godkännas utifrån beskriven konkurrensfördel. Bolaget anför i huvudsak följande.

Bedömd kvalitet på redovisat genomförande av programmet

Länsstyrelsen har delat ut höga poäng för detaljerad beskrivning av innehåll och genomförande vilket strider mot förfrågningsunderlagets skrivelse där landstinget angivit att detta ska ske i samråd med företagen utifrån deras behov. Följs skrivelsen bör inte en lägre poängskala tillämpas för ett mindre detaljerat programinnehåll. Under punkten 3.5 finns en börfråga som kan tolkas som stridande mot punkterna 3.1 och 3.2. Bolaget bestrider bedömningen eftersom länsstyrelsen i förfrågningsunderlaget har motstridigheter mellan anbud och poängsättning på denna punkt vilket är vilseledande. Om upphandlande myndighet har valt att bedöma anbudsgivarens beskrivningar av befintliga program, utöver det som efterfrågas under Erfarenhet av liknande uppdrag i förfrågningsunderlaget, så är detta något som inte efterfrågas och bör därför inte heller poängsättas. Följaktligen borde alla anbudsgivare fått full poäng eller inga poäng alls varför bolaget yrkar att bedömningen följer förfrågningsunderlagets riktlinjer.

Kvalitet på anbudsgivarens egna projektadministration

Gällande erfarenheter av liknande program har bolaget bedömts med 23 poäng men får endast två av fem i betyg att projektleda och administrera uppdrag. Vidare har bolaget erhållit fem av fem poäng för kvalitet/administrativ förmåga. Bolaget har fått oskäligt låga poäng för kvalitet på anbudsgivarens egna projektadministration om man ser i relation till bedömning av samma kompetens i de andra bedömningsgrupperna. Poängsättningen ska därför omprövas. Bedömningen bör ligga i om man har kapacitet och förmåga att hantera det efterfrågade uppdraget och inte ifall man kan hantera ett kursutbud som ligger utanför anbudets ramar. I förfrågningsunderlaget har man inte angett att extra poäng kan erhållas eller att det ska innebära en särställning om anbudsgivaren har överkapacitet inom administrationen.

Oskäligen poängbedömning vid viktning av pris

Prisbedömningen ger höga poäng trots extremt stor skillnad i pris. Det blir särskilt snedvridet när få har lämnat anbud. Detta leder till att ett extremt högt pris får höga poäng pga. få inlämnade anbud vilket i sin tur leder till utebliven konkurrens. Bolaget ifrågasätter konstruktionen av prisjämförelsen. Bedömningen ger priset ett slumpmässigt värde och inte i relation till lägsta priset enligt övriga bedömningsområden, exkluderat kvalitet, som istället baserats på omdömen från lämnade referenser. Det vinnande anbudet har ett pris som ligger 312 procent över det företag som ligger på fjärde plats i rangordning och 174 procent över bolagets anbud som ligger på andra plats i rangordningen. Bolaget begär en prövning av prismodellen då den i praktiken blir slumpvis istället för bedömd i relation till övriga anbudslämnare samt yrkar att modellen ogiltigförklaras och ersätts med en modell som sätter prisernas poäng i relation till varandra utifrån faktiskt totalpris.

IFL har givits oskälig konkurrensfördel

IFL var inblandade före anbudsbegäran gick ut. Timrå Näringsliv har haft återkommande kontakter och möten med IFL med syfte att få en bild över hur innehållet ska formuleras för den tänkta målgruppen. Det finns sannolikt protokoll upprättade från dessa möten som kan styrka dessa uppgifter. Om IFL kontaktats som oberoende rådgivare vore det inte så märkligt om även anbudet får ett innehåll som speglas av ett utbildningsföretag snarare än upplevda behov hos målgruppen, dvs. tillväxtföretag i Västernorrland. IFL finns senare med som anbudsgivare i samma upphandling. Detta är oskäligt pga. att IFL ges en ovärderlig konkurrensfördel genom att de fått vara delaktiga och därigenom påverkat styrningen av innehållet mot det koncept IFL själva använder sig av. IFL har således varit delaktiga i att utforma mallen för övriga anbudsgivare. Inflytandet ger IFL en särställning som borde leda till diskvalificering. Både i förfrågningsunderlaget och av IFL:s anbud återfinns samma bild som speglar innehållet i de olika modulerna. Ytterligare en konkurrensfördel är att IFL känt till upphandlingen under så lång tid. Det har inneburit att IFL haft betydligt längre tid på sig att förbereda sitt anbud. En upphandling ska vara opartisk och alla ska erbjudas samma möjligheter vilket inte har skett i detta fall.

Underleverantörer

Av skall-krav i punkten 2.3 i förfrågningsunderlaget framgår att i de fall anbudsgivaren nyttjar underleverantörer för att genomföra vissa tjänster ska dessa anges i anbudet. Av det vinnande bolagets anbud framgår att leverantören inte har för avsikt att använda sig av underkonsulter men kommer att använda sig av fakulteter. Huvuddelen av de redovisade konsulterna har sin anställning i Handelshögskolan och inte i IFL. Detta innebär att IFL inte har uppfyllt skall-kravet och ska således diskvalificeras.

Länsstyrelsen bestrider bolagets yrkande och anför i huvudsak följande.

Bedömd kvalitet på redovisat genomförande av programmet

Av förfrågningsunderlaget framgår att programmet ska kunna anpassas till de enskilda deltagarnas behov i respektive grupp vilket är naturligt då respektive grupp kommer att skilja sig något åt. I punkt 3.1 och 3.2 i förfrågningsunderlaget lämnas information till uppdragsgivarna för att de ska kunna bedöma om de har möjlighet att leverera programmet. Bedömningen har utgått från den redogörelse för vilken kvalitet anbudsgivaren avser att leverera utifrån börkravet i punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget. Anbudet har bedömts baserat på hur väl det angetts hur ett tänkt program ska genomföras i sin helhet. Poängsättningen har baserats på hur och om man angivit ett arbetssätt eller modell, om man angett ett rimligt tidsschema, om man föreslagit tydliga delmoment m.m.

Kvalitet på anbudsgivarens egna projektadministration

Kvaliteten på anbudsgivarens egen projektadministration har bedömts utifrån den beskrivning av anbudsgivarens kompetens som lämnats i anbudet. Bedömningen har således inte varit vilken förmåga anbudsgivarna har att utföra projektet. För administrativ förmåga har poängen kvalitet baserats på referenstagning. Poängen för erfarenhet baseras på om anbudsgivaren tidigare har de olika typer av uppdrag som anges i punkt 4.1 i förfrågningsunderlaget. Bedömningsgrunderna för de olika utvärderingskriterierna är olika och påverkar inte varandra. Poängen behöver då rimligen inte korrelera.

Oskälig poängbedömning vid viktning av pris

Av förfrågningsunderlaget punkt 4 framgår att anbudet som är det ekonomiskt mest fördelaktigt kommer att antas. Detta innebär att priset inte nödvändigtvis behöver ha störst vikt vid utvärderingen. Det framgår av förfrågningsunderlaget att kriterierna Erfarenhet av liknande uppdrag och

Genomförandekvalitet ges störst vikt. Båda ger 30 poäng vardera av totalt 100 poäng. Poängbedömningen för priset är tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget och är lika för samtliga anbudsgivare. Poängen för priset ges inte slumpmässigt utan utifrån en tydlig skala där lägsta pris ges högsta poäng.

IFL har givits oskälig konkurrensfördel

Tillväxtprojektet har förberetts under ca 1,5 års tid och har tagits fram tillsammans med länets sju kommuner. I arbetet har respektive kommuns erfarenhet och kunskap kopplat till affärsutvecklingsinsatser i företag använts. Vidare har marknaden för affärsutvecklingsprogram beaktats för att få en bild av vilket innehåll marknads aktörer idag levererar samt prisnivå för detta. För att kunna göra en projektplan och budget för projektet samt skapa ett förfrågningsunderlag är en sådan undersökning en förutsättning. Förfrågningsunderlaget är inte riktat till en specifik anbudsgivare. Ingen anbudsgivare har givits fördel eller oskälig konkurrensfördel. Upphandlingen har annonserats på föreskrivet sätt och har varit tillgänglig för samtliga som önskar lämna anbud under lika lång tid. Anbudsgivarna har inte heller deltagit i utformningen av förfrågningsunderlaget och därför inte i förväg vetat om vilka utvärderingskriterier som senare använts. Vid utvärderingen hade bolaget endast tre poäng mindre än det vinnande anbudet, vilket tyder på att det gått att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Underleverantörer

Enligt ska-kravet under punkt 2.3 ska eventuella underleverantörer anges. Vidare ska leverantören ansvara för dessa som för egen personal. Syftet med ska-kravet är att säkerställa att länsstyrelsen har kännedom om vilka som kommer att genomföra programmet. Detta för att undvika en situation där länsstyrelsen inte i förväg känner till vilka som faktiskt genomför programmet. IFL och Handelshögskolan i Stockholm ingår i samma koncern varför det inte är fråga om underleverantörer. Även om fakulteternas an-

ställda är att betrakta som underkonsulter så framgår det av IFL:s anbud att dessa kommer att användas. Ska-kravet är därför uppfyllt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

I målet ska LOU tillämpas i dess lydelse från den 1 november 2011 (SFS 2011:1030).

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 (1 kap. 9 § LOU).

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

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. 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 (RÅ 2002 ref. 50).

Handlingarna i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande:

3.5. Resurser, kompetens och erfarenhet

För att kunna bedöma erfarenhet ska anbudsgivaren lämna uppgifter över genomförda uppdrag som verifieras genom att ange uppdragsgivare och start- och slutdatum. En kortfattad beskrivning av utbildningarna/utvecklingsprogrammen bör finnas samt att det bör framgå om utvecklingsprogrammen har vänt sig till privat eller offentlig sektor.

Anbudsgivaren bör redovisa hur uppdraget kommer att genomföras med avseende på egen administration och dess koppling och arbetssätt till projektet. Anbudsgivaren bör visa på vilken kompetens anbudsgivaren har för den egna projektadministrationen. Anbudsgivaren bör redogöra för vilken kvalitet anbudsgivaren avser att leverera i genomförandet i pro-

grammet. Anbudsgivaren bör redovisa eventuella metoder för att säkerställa kvalitet i genomförandet.

Anbudsgivaren ska ange tre (3) st. referenser med namn och telefonnummer. Dessa referenser ska ha varit uppdragsgivare till anbudsgivaren där man genomfört motsvarande affärsutvecklingsprogram.

4.1. Utvärderingsmetod

Utvärderingen av anbuderna kommer att ske genom en bedömning av Erfarenhet, Genomförandekvalitet, Kvalitet och Pris. Totalt kan ett anbud erhålla 100 poäng.

- **Erfarenhet av liknande uppdrag**, (totalt 30 poäng). Erfarenhet bedöms utifrån följande kriterier.
 - Erfarenhet (antal program och inriktning) av att genomföra affärsutvecklingsprogram inom privat sektor (1-15p)
 - Erfarenhet av att arbeta med en offentlig aktör som uppdragsgivare (0-5 p)
 - Erfarenhet (antal program och inriktning) av att leda affärsutvecklingsprogram där deltagarna är små- och medelstora företag (1-15p)
- **Genomförandekvalitet**, (totalt 30 poäng) Genomförandekvalitet bedöms utifrån följande kriterier.
 - Kvalitet på anbudsgivarens egna projektadministration (1-5p)
 - Bedömd kvalitet på redovisat genomförande av programmet (1-20p)
 - Bedömning av metod för kvalitetssäkring av genomförandet (1-5p)
- **Kvalitet**, (totalt 20 poäng). Kvalitet bedöms utifrån följande kriterier där information från referenspersoner kommer att användas för att bedöma hur väl anbudsgivaren uppfyller kriterierna. Länsstyrelsen kommer att kontakta en av angivna referenserna. Valet av referens sker slumpmässigt. Baserat på intervjuen med referenspersonen ger länsstyrelsen poäng enligt nedan.
 - Samarbetsförmåga (1-5p)
 - Administrativ förmåga (1-5p)
 - Nöjd kund (1-5p)
 - Uppdraget skapade förväntat resultat (1-5p)
- **Anbudets totalpris** (maximalt 20 poäng). Anbudets totalpris bedöms enligt följande: 20 p för lägsta totalpris, 18 p för näst lägsta totalpris, 16 p för tredje lägsta totalpris, 14 p för fjärde lägsta totalpris, 12 p för femte lägsta totalpris, 10 p för sjätte lägsta totalpris, 8 p för sjunde lägsta totalpris och 0 p för 8:e lägsta totalpris och därefter högre totalpris.

Samtliga anbud kan komma att förkastas.

Om flera anbud värderas till samma totala poäng värderas poäng inom erfarenhet högst, därefter poäng inom genomförandekvalitet följt av poäng för kvalitet och därefter anbudets totalpris.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref 69).

Den i målet aktuella upphandlingen avser konsulttjänst för genomförande av affärsutvecklingsprogram i Tillväxtprojektet. Utvärderingen har skett enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga och länsstyrelsen har i tilldelningsbeslut antagit anbud lämnat av IFL vid Handelshögskolan i Stockholm AB. Bolaget har i ansökan om överprövning bl.a. gjort invändningar mot att förfrågningsunderlaget innehåller motstridigheter mellan anbud och poängsättning avseende Erfarenhet av liknande uppdrag vilket är vilseledande, att länsstyrelsen inte utvärderat i enlighet med förfrågningsunderlaget och att det vinnande anbudet inte uppfyller samtliga skräv.

När förfrågningsunderlaget beslutats och skickats ut till leverantörerna har den upphandlande myndigheten satt "ramen" för upphandlingen, dvs. de förutsättningar som ska gälla. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag kan strida mot principerna att behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt. Leverantörerna bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur utvärderingen kommer att gå till. Det är en förutsättning för att leverantörerna ska förstå konsekvenserna av att välja den ena eller den andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt.

Bolaget har anfört att länsstyrelsen har delat ut höga poäng för detaljerad beskrivning av innehåll och genomförande av programinnehåll. Detta går utöver det som efterfrågas under Erfarenhet av liknande uppdrag i förfråg-

ningsunderlagets punkt 4.1 och bör därför inte heller poängsättas. Länsstyrelsen har mot detta invänt att bedömningen har utgått från den redogörelse för vilken kvalitet anbudsgivaren avser att leverera utifrån bör-kravet i punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget. Poängsättningen har bl.a. baserats på hur och om man angivit ett arbetssätt eller modell och om man angett ett rimligt tidsschema.

Av förfrågningsunderlaget, punkten 3.5, framgår vad anbudsgivaren ska och bör redovisa gällande resurser, kompetens och erfarenhet. Vidare framgår av punkten 4.1. att utvärderingen av anbuden gällande Erfarenhet av liknande uppdrag bedöms med hänsyn till erfarenhet av att genomföra affärsutvecklingsprogram inom privat sektor, erfarenhet av att arbeta med en offentlig aktör som uppdragsgivare samt erfarenhet av att leda affärsutvecklingsprogram där deltagarna är små- och medelstora företag har beaktats. Förfrågningsunderlaget är enligt förvaltningsrätten utformat på ett sådant sätt att det inte framgår att en mer detaljerad beskrivning av hur ett tänkt program ska genomföras i sin helhet ger högre poäng vid utvärderingen av Erfarenhet av liknande uppdrag. Anbudsgivarna har således i stora delar saknat möjlighet att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid bedömningen.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att sådana allmänt hållna formuleringar av vad som tillmäts betydelse vid bedömningen av Erfarenhet av likande uppdrag medför att förfrågningsunderlaget står i strid med bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU. Vid sådant förhållande och då den nämnda bristen i upphandlingen har inneburit att bolaget kan komma att lida skada föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

Bestämmelsen i 16 kap. 6 § LOU innebär att domstol vid överprövningen har att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Med hänsyn till bristerna i förfrågningsunderlaget kan det inte

anses vara tillräckligt med en rättelse av utvärderingsfasen av upphandlingen, utan upphandlingen måste göras om.

Vid denna utgång saknar förvaltningsrätten skäl att pröva vad bolaget har anfört i övrigt.

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


Hanna Berglund



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1C LOU