



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-06-05
Meddelad i Jönköping

Mål nr
814-18

SÖKANDE

Proact IT Sweden AB, 556328-2754
Box 1025
164 28 Kista

MOTPART

Töreboda kommun
Box 83
545 22 Töreboda

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU

KONKURRENSVERKET	
2018-06-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Töreboda kommun har inlett ett upphandlingsförfarande (dnr: 17/131) i form av en förnyad konkurrensutsättning med tillämpning av Statens Inköpscentral vid Kammarkollegiets ramavtal Datacenter Södra Sverige med dnr 96-88-2015 (det ursprungliga ramavtalet). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Proact IT Sweden AB (bolaget) antagits. Bolaget har ansökt om överprövning.

Förfrågningsunderlaget

Upphandlingens föremål och syfte

Upphandlingen avser ett ramavtal för successiva leveranser av servrar, lagring och nätverksprodukter med tillbehör och tillhörandet tjänster. Ramavtalet omfattar inköp av produkter och tjänster för att upprätthålla och vidare-

Dok.Id 260809

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

utveckla de befintliga plattformarna. Lösningar kommer att efterfrågas i samband med livscykelhantering av befintlig infrastruktur samt tillkommande behov. Kommunen har även behov av service och support samt teckna serviceavtal för nyinköpta produkter och eventuellt även för befintliga server- och lagringsplattformar och nätverksprodukter. Omfattningen av leveranserna enligt avtalet motsvarar livscykeln för befintliga lösningar och under kontraktstiden tillkommande behov avseende servrar, kommunikation och lagring. Avsedd avtalsperiod är fyra år, dock med möjlighet för kommunen att efter två år säga upp avtalet med tre månaders uppsägningstid.

Anbudens innehåll och utformning

Anbudet ska avse hela upphandlingsföremålet, vara avfattat på svenska och innehålla samtliga begärda uppgifter. Alternativa utföranden, reservationer, sidoanbud o dyl. är inte tillåtna.

Anbudsprövningens utvärderingsdel

Vid anbudsprövningen kommer det kvalificerade anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn pris och kvalitet att antas. Därvid tillämpas en s.k. mervärdesmodell. Detta innebär att först beräknas ett anbudspris utifrån angivna anvisningar. Därefter utvärderas kvalitet genom att en bedömning görs avseende tre kvalitetskriterier. Bedömningen av varje kvalitetskriterium omvandlas sedan till ett värde i pengar (kr) mellan 0 och 500 000 kr, där 0 är sämst och 500 000 kr är bäst. Därvid används följande skala:

- Stort mervärde = 500 000 kr
- Visst mervärde = 250 000 kr
- Litet mervärde = 125 000 kr
- Inget mervärde = 0 kr.

Detta därigenom erhållna värdet kommer att läggas till grund för ett fiktivt prisavdrag på motsvarande belopp. Slutligen subtraheras eventuella fiktiva

prisavdrag från det beräknade anbudspriset, varvid en jämförelsesumma erhålls. Det kvalificerade anbud som uppnår den lägsta jämförelsesumman anses ekonomiskt mest fördelaktigt. Nedan följer en sammanställning av upphandlingens utvärderingsmodell:

- Pris (anbudssumma)
- Kvalitet
 - Mervärde avseende miljö och återvinningskoncept (0–500 000 kr, beroende på hur många av nedanstående punkter som leverantören, genom lämnade beskrivningar, bedöms ha påvisat att de uppfylls)
 - Återvinning
 - Säkerhet
 - Tillvägagångssätt avseende skrotning
 - Redovisning av hur uttjänta produkter tas om hand så att produkter inte skickas till länder där hälso- och miljöfarlig återvinning sker
 - Mervärde avseende jour på teknikspecialister (0–500 000 kr, kortare inställetid ger högre värde enligt angiven skala)
 - Mervärde avseende proaktivt förhållningssätt (0–500 000 kr, se beskrivning närmast nedan)

Proaktivt förhållningssätt

Leverantören bör skapa mervärde för kommunen under kontraktstiden genom ett proaktivt förhållningssätt till förändringar och alternativa framtida möjligheter avseende upphandlingsföremålet. Formerna för detta bör vara väl etablerade och bör omfatta teknologisk utveckling och produktval, där leverantören agerar rådgivare och förmedlar detta till kommunen genom stöd i drift och utveckling av befintlig datacenterlösning samt strategiskt stöd och omvärldsorientering avseende upphandlingsföremålet. Mervärdesbedömningen omfattar inte det som leverantören kan tänka sig att göra mot extra ersättning, utan det som ingår i leverantörens erbjudande utan extra kostnad.

Leverantören ska beskriva hur ovan angivna bör-krav uppfylls och genom ett proaktivt förhållningssätt skapar mervärde för kommunen. Vid anbuds-

prövningens utvärderingsdel kommer leverantörens anbud att bedömas enligt följande skala:

- Stort mervärde = 500 000 kr: Kommunen får mycket värdefull information avseende utveckling av befintlig datacenterlösning samt framtida tekniker och produkter inom området.
- Visst mervärde = 250 000 kr: Kommunen får värdefull information avseende utveckling av befintlig datacenterlösning samt framtida tekniker och produkter inom området.
- Litet mervärde = 125 000 kr: Kommunen får i mindre omfattning värdefull information avseende utveckling av befintlig datacenterlösning samt framtida tekniker och produkter inom området.
- Inget mervärde = 0 kr: Kommunen får värdefull information endast i begränsad omfattning avseende utveckling av befintlig datacenterlösning samt framtida tekniker och produkter inom området.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Tre leverantörer har lämnat kvalificerade anbud. Anbudet från Atea Sverige AB (Atea) är det kvalificerade anbud som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt. Bolagets anbud kom på andra plats vid anbudsutvärderingen. Därvid kan konstateras att Atea hade en anbudssumma på 8 414 370 kr, fick fiktivt prisavdrag med 1 500 000 kr, och således ett jämförelsetal på 6 914 370 kr. Bolaget hade en anbudssumma på 8 329 339 kr, fick fiktivt prisavdrag med 1 250 000 kr, och således ett jämförelsetal på 7 079 339 kr. Avgörande för utfallet var att Atea bedömdes uppnå nivån ”stort mervärde” avseende kvalitetskriteriet proaktivt förhållningssätt, medan bolaget bedömdes uppnå nivån ”visst mervärde” avseende nämnda kvalitetskriterium.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom ny anbudsprövning. I

andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Anbuden har inte utvärderats på ett likartat sätt såvitt avser kvalitetskriteriet ”Mervärde avseende proaktivt förhållningssätt”.

De omständigheter som kommunen har beaktat vid utvärderingen av kvalitetskriteriet ”Mervärde avseende proaktivt förhållningssätt” har inte redovisats i förfrågningsunderlaget. Utvärderingen har därför varit helt godtycklig.

Båda de ovan nämnda felen har var för sig medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i ÄLOU:s mening.

Utveckling av ansökan

I förfrågningsunderlaget saknas närmare upplysningar om vad som krävs för att ett anbud – såvitt avser kvalitetskriteriet ”Mervärde avseende proaktivt förhållningssätt” – ska anses uppnå nivåerna ”stort”, ”visst”, ”litet” respektive ”inget” mervärde. Beskrivningarna av de nämnda nivåerna är identiska så när som på uttrycken ”mycket värdefull”, ”värdefull”, ”mindre omfattning värdefull” och ”värdefull information endast i begränsad omfattning”. Vilka närmare faktorer/underkriterier som ska beaktas vid bedömningen av de nämnda nivåerna anges över huvud taget inte i förfrågningsunderlaget. Kommunen har således förbehållit sig en fri prövningsrätt av anbuden i detta avseende och det aktuella kvalitetskriteriet är helt godtyckligt.

Bolaget har inte fått någon som helst information om vilka fördelar det vinnande anbudet (Ateas anbud) har ansetts innehålla i förhållande till bolagets anbud. Kommunen har således inte konkretiserat någon omständighet som dels framgår av förfrågningsunderlaget, dels uppfylls av Ateas men inte bolagets anbud.

Kvalitetskriteriet ”Mervärde avseende proaktivt förhållningssätt” är allmänt hållet och ger inte några objektiva eller öppet angivna hållpunkter (underkriterier) för hur anbuden ska utvärderas i förhållande till de olika poängnivåerna.

Kommunen

Inställning

Förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå vad kommunen tillmäter betydelse vid utvärderingen. De tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU är således uppfyllda.

Anbuden har utvärderats helt enligt förfrågningsunderlaget och alla anbudsgivare har getts samma möjlighet att erhålla fiktiva prisavdrag och kommunen har vid sin bedömning inte frångått de angivna förutsättningarna.

Utveckling av kommunens inställning

Vid upphandling av mer komplexa tjänster, som det är fråga om i det aktuella fallet, kan det vara olämpligt att på förhand fastställa enkla och mätbara variabler som ska anges av anbudsgivaren och som enkelt kan summeras av den upphandlande myndigheten. Kommunen har vid utformningen av kvalitetskriteriet avseende proaktivt förhållningssätt valt att inte ange exakta nivåer. Istället har kommunen genom att ange ett antal positivt laddade värdeord, som i anbuden ska vara så tydligt förklarade och utvecklade som möj-

ligt, uttryckt vad man värdesätter på området. Därigenom får kommunen en reell möjlighet att få svar som visar respektive anbudsgivares förståelse för kommunens behov och kreativa förslag på hur dessa behov kan tillgodoses. Detta istället för de tillrättalagda försäkringarna om att kravuppfyllelse föreligger som annars är vanligt förekommande. En utvärderingsmodell med denna typ av subjektiva inslag kan i vissa sammanhang vara lämplig eller t.o.m. nödvändig. Dock är den nu aktuella utvärderingsmodellen både överblickbar och tydligt presenterad. Det framgår klart vad som ska utvärderas och vilka fiktiva prisavdrag som kommer att erhållas vid respektive nivå.

Bolaget har efterfrågat en mer utförlig beskrivning av kommunens bedömning avseende kvalitetskriteriet ”Mervärde avseende proaktivt förhållnings sätt”. På vinnande anbudsgivares begäran är det vinnande anbudet dock belagt med sekretess i dessa delar. Att utveckla bedömningen i denna del utan att avslöja uppgifter som tillhör vinnande anbudsgivares konkurrensmedel låter sig inte göras.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den upphandling förevarande mål gäller har påbörjats före den 1 januari 2017, är ÄLOU tillämpliga detta mål.

I 1 kap. 9 § ÄLOU 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 16 kap. 4 § ÄLOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § ÄLOU följer 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 upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. ÄLOU 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 ÄLOU. 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 (se dom i mål C-171/15, *Connexion*, med där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt. Enligt principen om likabehandling krävs dessutom att alla anbudsgivare som är intresserade av ett offentligt kontrakt ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet samt vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter. Kravet på öppenhet innebär också att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt.

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).

Utformning av tilldelningskriterier

Det finns inte något hinder mot att använda en s.k. mervärdesmodell, d.v.s. där resultatet av en bedömning av kvalitetskriterier omvandlas till ett värde uttryckt i pengar som sedan läggs till grund för fiktiva pristillägg eller fiktiva prisavdrag. Det finns inte heller något hinder mot att använda allmänna beskrivningar från leverantörerna som underlag vid anbudsprövningens utvärderingsdel. Det måste dock beaktas att beskrivningar av framtida förhållanden, som det är fråga om här, är mer eller mindre hypotetiska. Det är därför viktigt att det klargörs vad det är som ska bedömas och vilka objektiva

omständigheter som påverkar bedömningen i höjande respektive sänkande riktning.

Poängsättning m.m.

Av reglerna i ÄLOU följer inte något krav på att en upphandlande myndighet genom tilldelningskriteriernas utformning eller på annat sätt lämnar sådan information att det i efterhand kan fastställas exakt vilken poäng ett visst anbud rätteligen skulle ha tilldelats. Det krävs dock att tilldelningskriterierna, däri inbegripet den använda poängskalan och de olika nivåerna i denna, är så pass klart definierade att det i rimlig omfattning kan kontrolleras i efterhand att bedömningen gjorts på objektiva grunder.

Kvalitetskriteriet "Mervärde avseende proaktivt förhållningssätt"

Det kan konstateras att ett proaktivt förhållningssätt i sig är ett begrepp med vid åsyftning. Någon särskild definition av begreppet finns inte i förfrågningsunderlaget. I förevarande fall ska det nämnda begreppet läsas i förhållande till "förändringar och alternativa framtida möjligheter inom området för denna avropsförfrågan". Viss ledning ges i föreskriften "Formerna för detta bör vara väl etablerade och bör omfatta teknologisk utveckling och produktval, där leverantören agerar rådgivare och förmedlar detta till kommunen genom stöd i drift och utveckling av befintlig datacenterlösning samt strategiskt stöd och omvärldsorientering inom avropsområdet" samt poängskalan av vilken framgår att det är den information som lämnas till kommunen som ska bedömas och värderas. Dock anges endast att leverantörerna ska beskriva hur angivna bör krav kommer att uppfyllas och mervärde för kommunen skapas under kontraktstiden. Det finns således inga särskilda anvisningar om hur leverantörerna ska utforma dessa beskrivningar och vad som närmare avses med att skapa mervärde. Det saknas även en beskrivning av vad som avses med värdefull information och mycket värdefull information respektive i mindre omfattning och endast i begränsad omfattning värdefull information.

Förfrågningsunderlagets föreskrifter är således kortfattade och de begrepp som används har inte definierats särskilt. Även om det inte krävs att det anges exakt vad som begärs för att nå en viss nivå vid utvärderingen måste kriterierna ändå vara så pass tydligt beskrivna att leverantörerna kan förstå vad bedömningen går ut på och vilka omständigheter som är avgörande för vilken bedömningsnivå som ska anses uppnådd.

Brott mot ÄLOU och skaderekvisitet

I enlighet med bedömningen ovan finner förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att kommunen brutit mot ÄLOU genom att använda kvalitetskriteriet ”Mervärde avseende proaktivt förhållningssätt”, trots att detta kriterium inte uppfyller de tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU. Detta kan ha påverkat anbudsprövningens utgång till bolagets nackdel. Bolaget har därför även förmått göra sannolikt att felet i upphandlingen medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i ÄLOU:s mening.

Val av åtgärd

Eftersom felet i upphandlingen är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas är rättelse inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Eveline Johansson

Förvaltningsrättsfiskalen Eveline Johansson har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

