



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

DOM
 2012-11-23
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 6695-12
 Domare 2:22

SÖKANDE

HMO Upphandling AB, 556415-2816
 Kobergsgatan 7, 4 tr
 416 71 Göteborg

MOTPART

Kriminalvården
 601 80 Norrköping

KONKURRENSVERKET	
2012-11-26	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Kriminalvårdens upphandling "Organisationskonsult", dnr 11-2012-23165, ska göras om.

Förvaltningsrätten upphäver sitt interimistiska beslut från den 23 oktober 2012 om att upphandlingen inte får avslutas.

Dok.Id 103002

Postadress
 Box 406
 581 04 Linköping

Besöksadress
 Brigadgatan 3

Telefon
 013-25 10 00

E-post:
 forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
 013-25 11 40

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kriminalvården (myndigheten) upphandlar en tjänst avseende organisationskonsult, dnr 11-2012-23165. Grund för tilldelning är lägst pris.

HMO Upphandling AB (bolaget) ansöker under pågående upphandling om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ålägger myndigheten att göra om upphandlingen samt att förvaltningsrätten fattar ett interimistiskt beslut om att stoppa densamma. Som grund för ansökan har bolaget anfört att utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om transparens.

Myndigheten motsätter sig bolagets yrkande.

Förvaltningsrätten har i beslut den 23 oktober 2012 beslutat att aktuell upphandling inte får avslutas fram till dess rätten förordnar annat.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Varje anbudsgivare skall inkomma med en beskrivning av "Metoden" så som den anges i punkten 2.4 i bilaga 3 till förfrågningsunderlaget. Metoden kommer bedömas som godkänd/icke godkänd genom kontroll av referenser – dock framgår inte hur leverantören skall veta vilken lägsta nivå i presentationen som avgör vad som är godkänt och inte. En metod kan presenteras på olika sätt beroende på hur kundens unika behov ser ut, vilket gör att referenstagningen blir subjektiv utifrån referentens situation och uppfattning om metoden – inte metoden som sådan i förhållande till myndighetens behov – och det blir för anbudsgivaren omöjligt att kunna förutse om anbudet uppfyller ställda krav eller inte. Vidare är det ytterst tveksamt om referenten över huvud taget har kännedom om/kan avgöra om metoden uppfyller ställda krav enligt punkten 2.4.

Denna utformning av förfrågningsunderlaget och ställda skallkrav/utvärderingskriterier strider mot LOU 1 kap, 9 § då det är omöjligt att bedöma anbudet på ett likvärdigt eller icke diskriminerande sätt. Vidare är bolagets bedömning att ställda skallkrav och utvärderingskrav är onormalt lågt ställda i proportion till vad som upphandlas. Upphandlingen är inte förutsägbar och har en utvärdering som för anbudsgivaren inte är transparent.

Myndigheten

Av punkten 10 i anbudsformuläret framgår att anbudsgivaren ska ange två seniorkonsulter som ska uppfylla vissa krav på utbildning och erfarenhet. Vidare framgår att konsulterna ska ha utfört ett flertal motsvarande uppdrag där en strukturerad metod ska ha använts. Vilka krav som metoden ska uppfylla framgår av punkten 2.4 i avtalet. Anbudsgivaren ska härefter kryssa i en ruta att dessa krav accepteras. Därmed utgår myndigheten från att lämnade uppgifter är riktiga. Bolaget anför att en metod kan presenteras på olika sätt beroende av hur kundens behov ser ut och att det är omöjligt för anbudsgivaren att kunna förutse om anbudet uppfyller ställda krav eller inte. Myndigheten kan konstatera att det finns ett antal vetenskapligt förankrade metoder som är väl kända inom branschen och som uppfyller ovanstående krav. Det är myndighetens uppfattning att en sådan metod utan svårighet kan – och bör – presenteras på ett standardiserat sätt. Att förfrågningsunderlaget således skulle strida mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling tillbakavisas bestämt. Bolaget ifrågasätter också om referenterna har kännedom om eller kan avgöra huruvida den metod som använts uppfyller ställda krav i aktuell upphandling. Myndigheten kan konstatera att bolaget synes ha missuppfattat syftet med referenstagningen. Det är ett kvalificeringskrav i upphandlingen att ange referenser för de uppdrag som anbudsgivaren angett att konsulterna haft. Av punkten 10 i anbudsformuläret framgår att myndigheten ska ha möjlighet att säkerställa att uppdraget utförts till belåtenhet och betalning utgått enligt

plan”. Det framgår ingenstans att referenterna ska göra någon bedömning eller värdering av om den metod som använts uppfyller kravet i aktuell upphandling. Myndigheten vill understryka att vid utvärdering av de anbud som kvalificerats kommer det anbud som har lägsta pris att antas. Upphandlingen har skett i enlighet med LOU och grund för att vidta åtgärder med stöd av denna lag saknas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet 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 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har som grund för sin talan åberopat att myndigheten brutit mot likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om transparens.

Principen om likabehandling

Den upphandlande myndigheten ska enligt principen om likabehandling behandla alla leverantörer lika och ge dessa lika förutsättningar.

Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att alla anbudsgivare har behandlats lika och att dessa har givits lika förutsättningar inför anbudslämnandet. Myndighetens hantering kan således inte anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Proportionalitetsprincipen

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. De krav eller önskemål som väljs måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas, d.v.s. att de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. De krav som ställs upp får inte strida mot bl.a. den s.k. proportionalitetsprincipen. Enligt EU-rättslig praxis innebär denna princip att bedömningen av vilken kravnivå som ställs i en enskild upphandling bör göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Det andra steget i bedömningen tar sikte på huruvida åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet och innefattar frågan om det finns något mindre ingripande alternativ. Det tredje steget omfattar en bedömning av om de negativa effekter som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Förvaltningsrätten kan inte finna att utformningen av förfrågningsunderlaget och de krav som ställs däri strider mot proportionalitetsprincipen.

Principen om transparens

Enligt principen om transparens ska den upphandlande myndigheten bl.a. lämna så utförlig information om hur utvärderingen av anbuden ska ske så att leverantören efter förmåga kan utforma ett konkurrensmässigt anbud.

Av punkten 2.4 i bilaga 3 till förfrågningsunderlaget framgår följande skall-krav:

”Den metod som leverantören avser använda skall vara reliabel, valid, transparent och därmed användbar som beslutsunderlag i Kriminalvårdens förändringsarbete. Detta ställer följande krav på metoden:

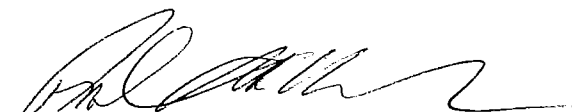
- Vetenskapligt förankrad genom utveckling i akademisk miljö
- Publicerad i internationell peer-review tidskrift
- Möjliggöra hög delaktighet inom organisationen genom att vara lättförståelig även för icke-specialister
- Metodens validitet och reliabilitet skall vara kvalitetssäkrade enligt standard och kunna uppvisa goda resultat
- Metoden skall kunna illustreras lättöverskådlig homogent sammanhållen grafik”

Delarna ”Möjliggöra hög delaktighet inom organisationen genom att vara lättförståelig även för icke-specialister” samt ”Metoden skall kunna illustreras lättöverskådlig homogent sammanhållen grafik” måste – för att kunna anses uppfyllda – bedömas utifrån subjektiva utvärderingsgrunder. Ett visst mått av subjektivitet kan vara svårt att komma ifrån när upphandlande myndighet ställer upp sina krav i förfrågningsunderlaget. Inslaget av subjektivitet får dock inte vara så stort att någon reell bedömning av vad som krävs för att uppfylla kravet inte med tillräcklig grad av säkerhet är möjlig att göra för anbudsgivaren. Kraven bör därför i möjligaste mån vara utformade på så sätt att de utifrån huvudsakligen objektiva kriterier går att utvärdera.

Förvaltningsrätten bedömer att det utifrån nämnda krav är svårt för en presumtiv anbudsgivare att på några objektiva grunder kunna bedöma om man har uppfyllt dessa krav. Detta är en brist i förfrågningsunderlaget, särskilt då kraven har en avgörande betydelse för huruvida en anbudsgivare kvalificerat sig till utvärdering eller inte. Förvaltningsrätten finner härigenom att förfrågningsunderlaget inte uppfyller de krav på tydlighet som följer av principen om transparens. Bolaget kan till följd av detta ha lidit eller komma att lida skada. Det finns därför skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Då den angivna bristen är att hänföra till det konkurrens-

uppsökande skedet är inte rättelse en tillräcklig åtgärd; upphandlingen ska därför göras om. Ansökan ska i enlighet härmed bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1D LOU)



Anders Mellstrand

Föredragande har varit Jan-Erik Nilsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 uppgive 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 3109/1D LOU