



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-02-23
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25233-11, 25234-11,
25236-11, 25237-11,
25238-11, 25239-11,
25240-11, 25241-11
Enhet 14

SÖKANDE

Digpro Solutions AB, 556510-8593
Ulriksborgsgatan 5, 8 tr
112 18 Stockholm

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur. kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPARTER

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

Nykvarns kommun
155 80 Nykvarn

Salems kommun
144 80 Rönninge

Huddinge kommun
141 85 Huddinge

Nynäshamns kommun
149 81 Nynäshamn

Södertälje kommun
151 89 Södertälje

Tyresö kommun
135 81 Tyresö

Haninge kommun
136 81 Haninge

Ombud: Anders Kuylser
Botkyrka kommun
147 85 Tumba

KONKURRENSVERKET	
2012-02-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 206528

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

25233-11, 25234-11,
25236-11, 25237-11,
25238-11, 25239-11,
25240-11, 25241-11

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen avseende en gemensam plattform för GIS, dnr 2010:150, ska göras om.

BAKRUND

Botkyrka kommun, Nykvarns kommun, Salems kommun, Huddinge kommun, Nynäshamns kommun, Södertälje kommun, Tyresö kommun och Haninge kommun (Kommunerna) genomför, genom förhandlat förfarande med föregående annonsering, en upphandling av en gemensam plattform för GIS, dnr 2010:150.

Enligt tilldelningsbeslut den 5 december 2011 har kommunerna beslutat att tilldela SWECO Position AB (Sweco) uppdraget.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Digpro Solutions AB (Digpro) yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

Digpro anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Upphandlingen har inte varit tillräckligt förutsebar och transparent vad avser förfrågningsunderlaget och utvärderingen. Kommunerna har haft fri prövningsrätt vid val av leverantör på ett sätt som strider mot 1 kap. 9 § LOU vilket har lett till att Digpro har lidit skada.

Begränsad möjlighet att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering

Det är ostridigt att Kommunerna använt sig av upphandlingsformen förhandlat förfarande. Här kan konstateras att det förhandlade förfarandet utgör ett undantag från huvudregeln som enligt 4 kap. 1 § LOU föreskriver att öppet eller selektivt förfarande skall användas. Möjligheten att använda det förhandlade förfarandet såväl med som utan föregående annonsering är inom den klassiska sektorn mycket begränsad och ska enligt EG-domstolens praxis tillämpas restriktivt. Således kan det ifrågasättas huruvida Kommunerna över huvud taget haft möjlighet att i den aktuella upphandlingen använda sig av det förhandlade förfarandet. Här skall också tilläggas att det i artikel 30.1 b i det klassiska direktivet uttryckligen anges att bestämmelsen enbart kan tillämpas i undantagsfall. I den engelska versionen av direktivet används till och med uttrycket "exceptional cases".

Kommunerna har anfört att de använt förhandlat förfarande eftersom det inte varit möjligt att ange något totalpris i förväg. Detta får tolkas som att Kommunerna stödjer sitt val av upphandlingsförfarande på 4 kap. 2 § första stycket punkt 2 LOU. Här vill Digpro göra förvaltningsrätten uppmärksam på att det objektivt sett skall vara svårt att fastställa ett pris på förhand. Det är inte tillräckligt att Kommunerna saknar möjlighet till detta. Digpro konstaterar att förhandlat förfarande inte tillämpats vid andra upphandlingar av samma föremål. Således kan konstateras att det synes vara möjligt att upphandla det aktuella kontraktsföremålet utan att använda sig av undantaget förhandlat förfarande.

Upphandlingen har inte varit tillräckligt förutsebar och transparent

Det ställs stora krav på genomförandet av förhandlingarna när en upphandling görs genom förhandlat förfarande. Användningen av det förhandlade förfarandet fråntar inte den upphandlande myndigheten den skyldighet som åligger myndigheten att iaktta de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9§ LOU. Detta gäller t.ex. skyldigheten att utforma ett tydligt och förutsebart förfrågningsunderlag, tydligt ange vilka tilldelningskriterier som skall användas och vad som kommer att tillmätas betydelse i upphandlingen samt att genomföra förhandlingarna utan att likabehandlingsprincipen träds för när.

Krav och kriterier får inte förändras under upphandlingens gång

Såsom framgår av 4 kap. 3 § LOU syftar förhandlingen till att anpassa anbudsgivarnas anbud. Kommunerna synes ha missförstått innebörden av det förhandlade förfarandet då detta inte syftar till att upprätta eller förändra krav och tilldelningskriterier under upphandlingens gång. För det fall det aktuella kontraktetsföremålet medför att det är svårt att på förhand utarbeta t.ex. en specifikation finns vissa möjligheter att istället använda sig av konkurrenspräglad dialog enligt 4 kap. 10 § LOU.

Kommunerna har i förvaltningsrätten uppgett att kraven i förfrågningsunderlaget förändrats under upphandlingens gång. Enligt vad som följer av rättspraxis från EU-domstolen och svensk rättspraxis får inte förutsättningarna för en upphandling ändras efter det att upphandlingen annonserats, jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1132-10.

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlagets punkt 9.1.2 med rubriken upphandlingsform framgår att förhandling kommer att ske i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen ska omfatta.

Av förfrågningsunderlagets punkt 11 med rubriken kriterier för tilldelning efter förhandling framgår att följande att nedanstående tilldelningskriterier används för att hitta det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet för kommunerna av de anbudsgivare som i slutfasen av förhandlingen finns kvar.

- Överensstämmelse med kommunernas vision och drivkrafter
- Affärsmodell
- Lösningförslag
- Pris

Förfrågningsunderlaget är otydligt på så sätt att det inte framgår hur uppdraget har avgränsats, att tilldelningskriterierna är bristfälligt beskrivna samt att tilldelningskriterierna inte viktats eller angetts i fallande prioritetsordning.

En upphandlande myndighet kan enligt 12 kap. 1 § LOU använda sig av tilldelningsgrunderna lägst pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt 12 kap. 2 § LOU ska en upphandlande myndighet, för det fall det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas, ange kriteriernas inbördes viktning. Endast då det inte är möjligt att ange viktningen har myndigheten en möjlighet att istället ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Det är den upphandlande myndigheten som under sådana omständigheter skall visa att viktning inte varit möjlig att fastställa på förhand, se prop. 2006/07:128, s. 249. En utvärderingsmodell som inte ger anbudsgi-

varna någon ledning för bedömningen, t.ex. genom utebliven viktning, eller som i övrigt ger den upphandlande myndigheten en fri prövningsrätt står i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, jfr Kamrarrätten i Sundsvall dom i mål nr 237-08.

Kommunerna har angett vilka tilldelningskriterier som tillämpats. Kommunerna har däremot inte angett vilken maxpoäng som anbudsgivarna kan erhålla för varje kriterium, Kommunerna har inte heller viktat de angivna kriterierna inbördes eller angett dessa i någon prioritetsordning. Kommunerna har i yttrande angett att tilldelningskriterierna " varit lika viktiga". Det kan i sådant fall ifrågasättas varför Kommunerna inte i förfrågningsunderlaget angav att tilldelningskriterierna hade samma inbördes vikt.

Förfrågningsunderlaget är otydligt på så sätt att det saknas en tydlig beskrivning av vad som ingår i uppdraget och hur det avgränsats. Vidare saknas en tydlig beskrivning av tilldelningskriterierna och vad Kommunerna avsett att tillmäta betydelse i upphandlingen. Istället har Kommunerna, genom att inte närmare redogöra för sin utvärderingsmodell, i efterhand kunnat bestämma vad som varit avgörande för valet av leverantör. Ett sådant agerande är inte förenligt med 1 kap. 9 § LOU.

Kommunerna har hänvisat till att de beskrivit sina behov i förfrågningsunderlagets punkt 4-9. Här kan noteras att tilldelningskriterierna vision, affärsmodell och lösningsförslag beskrivs på knappt en A4-sida. Dessutom har inte beskrivningen varit komplett då det t.ex. i punkt 6 avseende lösningsförslag anges att anbudsgivare som deltar i förhandlingarna kommer att få ytterligare underlag. I punkt 8 beskrivs genomförandet av uppdraget. I detta avsnitt redogörs för olika nivåer och etapper men det anges i stort sett enbart vad som kan ingå i de olika etapperna respektive nivåerna.

Det framgår ej att utvärderingen har kopplats till tilldelningskriterierna

I utvärderingsrapportens punkt 4.3 i anges avseende Digpro att "Det har inte heller under förhandlingarna framkommit några förslag på eventuell kickback till kommunerna trots att detta har diskuterats". Enligt Digpros uppfattning har kickbacks diskuterats under förhandlingsstillfällena och såsom framgår av Digpros presentation från den 14 juni 2011 har Digpro redogjort för förslag på kickbacks för Kommunerna. Digpro noterar också att kickbacks inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget varför det kan ifrågasättas om detta kan vara en del av utvärderingen.

Kommunerna har också i punkt 4.3 anfört att Digpro redovisat en "relativt komplex prismodell som gör det svårt att bedöma kostnaderna för Kommunerna" För det fall Kommunerna ansett att det funnits otydligheter i Digpros prismodell kunde detta ha tagits upp vid förhandlingstillfällena. Kommunerna har ju i sitt yttrande gjort gällande att förhandlingarna syftat till att anpassa anbudet. Digpro ifrågasätter således att Kommunerna först i utvärderingsrapporten gör gällande att Digpro presenterat en komplex prismodell utan att Digpro fått möjlighet att förtydliga densamma.

Kommunerna har i punkt 4.4 i utvärderingsrapporten återigen angett avsaknad av kickback som en negativ omständighet avseende Digpro. Vidare har Kommunerna angett att "Digpro föreslår att önskemål om förändringar av plattformen ska hanteras via användarföreningen vilket har uppfattats som omständligt och trögt av Södertörnskommunerna". Digpro motsätter sig detta påstående. Som följer av presentationen från den 14 juni 2011 har Digpro föreslagit ett flertal varianter av förändringsarbete. Även här anges kickback uttryckligen. De konstateranden som Kommunerna gjort i utvärderingsrapporten är således felaktiga och inte förenliga med de diskussioner som förevarit mellan parterna.

I punkt 4.5 framgår Kommunernas sammanfattande bedömning som inneburit att Kommunerna valt att ej låta Digpro gå vidare till fortsatta förhandlingar. Vad gäller Digpro har Kommunerna endast angett följande; "Digpro har under förhandlingarna, enligt Södertörnskommunerna, inte i tillräckligt hög utsträckning visat på visioner och idéer som utvecklar plattformen utan har snarare erbjudit en lösning som baseras på befintliga produkter förpackade som tjänster". Av denna mycket kortfattade sammanfattning avseende Digpros anbud skall således Digpro kunna utvärdera om Kommunerna gjort en korrekt bedömning av det anbud som Digpro presenterat i upphandlingen, något som inte låter sig göras. Bedömningen saknar även tydlig koppling till de tilldelningskriterier som använts i upphandlingen. Det finns därmed ingen möjlighet att bedöma Kommunernas utvärdering och om denna överhuvud taget varit baserad på de på förhand angivna tilldelningskriterierna. Kommunerna har med denna bristfälliga utvärdering och redovisning av densamma förbehållit sig rätten att efter eget godtycke fritt välja med vilka anbudsgivare som förhandlingarna skulle fortsätta.

Det skall också tilläggas att Kommunernas bedömningar varit motstridiga vilket framgår av utvärderingsrapporten. T.ex. har det ansetts negativt att Digpro har egna utvecklade produkter samtidigt som det ansetts positivt att Swecos lösning innehåller etablerade programvaror. Digpro vill också göra förvaltningsrätten uppmärksam på att Kommunerna inte tillställt Digpro några minnesanteckningar från de två sista förhandlingstillfällena. Detta är särskilt intressant då det saknas minnesanteckningar från förhandlingstillfället den 14 juni 2011 vilket är det tillfälle då Digpro presenterade flera av de förslag som Kommunerna i utvärderingsprotokollen angett att Digpro inte erbjudit.

Sammanfattning

Upphandlingen präglas av bristande förutsebarhet och transparens. I den utvärderingsmodell som Kommunerna utformat finns varken poängskala, viktning, prioritetsordning eller någon som helst redogörelse för vad Kommunerna kan komma att tillmäta betydelse vid utvärderingen. Den utvärderingsrapport som Kommunerna presenterat i samband med tilldelningsbeslutet ifrågasätts på ett flertal punkter av Digpro. Dessutom finns ingen tillräcklig koppling i utvärderingsrapporten till de tilldelningskriterier som Kommunerna angett i förfrågningsunderlaget. Hur dessa tilldelningskriterier skulle komma att utvärderas och vad som skulle tillmätas betydelse har över huvud taget inte redogjorts för i förfrågningsunderlaget. Därmed har Kommunerna haft fri prövningsrätt vid sitt val av anbudsgivare och även då Digpro inte längre erbjöds möjlighet att delta i upphandlingen. Såsom Kommunerna själva har medgett har förutsättningarna för upphandlingen förändrats under upphandlingens gång vilket i sig är tillräckligt för att förvaltningsrätten skall ingripa mot upphandlingen. Kommunerna synes vidare ha missförstått innebörden av det förhandlande förfarandet och att detta skulle innebära att den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång kan bestämma vad som ska tillmätas betydelse då det avgörs vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Med hänsyn till upphandlingens brister avseende förutsebarhet och transparens, vilket i sin tur påverkar principen om likabehandling, har de grundläggande principer som följer av 1 kap. 9 § LOU trätts för när. Då bristerna hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet kan inte någon annan åtgärd än att upphandlingen skall göras om att bli aktuellt. Förvaltningsrätten skall därmed besluta att Kommunernas upphandling av gemensam plattform för GIS skall göras om.

Kommunerna anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Det föreligger förutsättningar för att genomföra upphandlingen genom förhandlat förfarande med föregående annonsering

Eftersom upphandlingen förhandsannonserades den 11 mars 2011 och ska genomföras enligt den vid den tidpunkten gällande lagstiftningen har inte Kommunerna haft möjlighet att använda sig av konkurrenspräglad dialog, vilket infördes från den 15 juli 2010. Bolaget anför även att andra kommuner upphandlat kartsystem eller GIS och IT-stöd utan att tillämpa förhandlat förfarande och konstaterar att det synes vara möjligt att upphandla kontraktsföremålet utan att använda förhandlat förfarande. Ett sådant konstaterande skall i sådant fall bygga på att kontraktsföremålet är detsamma och är inte relevant i detta avseende.

Förfarandet har valts av Kommunerna mot bakgrund av att det som skall upphandlas är av den karaktären att det inte går att ange något totalpris i förväg. Kontraktsföremålet har också av Kommunerna bedömts vara av en sådan komplexitet att det skulle bli svårt att ta fram ett heltäckande förfrågningsunderlag.

En förutsättning för att det förhandlade förfarandet skall bli effektivt är att förfrågningsunderlaget inte förutsätter att fullständiga anbud kan lämnas och som sedan enbart skulle godkännas vid en förhandling. En av anledningarna till att undantaget finns i lagstiftningen är att det inte alltid är möjligt att lämna anbud utan att kontraktsföremålet mejslats ut i en förhandling. Kommunerna har därför valt just detta förfarande eftersom kontraktsföremålet inte är ett IT-system utan en plattform med möjligheter till vidareutveckling för att nå Kommunernas vision 2015.

Upphandlingen och utvärderingen har varit tillräckligt tydlig och transparent

Kommunerna anser att upphandlingen har genomförts i enlighet med de krav som framgår av 4 kap. 3 § och 12 kap. 1 § LOU.

I upphandlingen har framförallt fokuserats på funktioner och inte enbart tekniska specifikationer. Vid förhandlat förfarande är det normalt att det sker en förändring och anpassning av funktioner och kraven på dessa. Det har funnits möjligheter för leverantörerna att ställa frågor vid förhandlingarna. I de fall några krav har tagits bort eller förändrats så har det berott på att de har varit otydligt formulerade eller att det i förhandlingarna framkommit andra saker som påverkat kraven och möjligheten för leverantören att uppfylla kraven. I de fall ett krav förändrats under förhandlingarna har detta kommunicerats till samtliga leverantörer som deltagit i förhandlingarna.

Kommunerna har inte förändrat förutsättningarna för upphandlingen under upphandlingens gång. Däremot har krav och kravnivåer justerats efter genomförda förhandlingar. I inbjudan redovisades en orientering om föremålet för upphandlingen och övergripande beskrivningar av vision och affärsmodell. Anbudsgivarna har haft möjlighet att under förhandlingarna ta upp och diskutera om man ansett att krav eller förutsättningar förändrats. Förhandlingarna har utgått från de anbud som lämnats vilket har inneburit att anbudsgivarna fått samma möjligheter att tillsammans med Kommunerna utveckla sitt förslag till lösning. När lösningsförslaget som anbudsgivarna presenterat förändrats har detta naturligtvis också påverkat såväl affärsmodell som pris.

Förhandlingarna har genomförts parallellt med samma innehåll för de fyra utvalda leverantörer under steg 1. Efter steg 1 redovisades den bedömning som Kommunerna gjort av respektive leverantör. Digpro bedömdes inte uppfylla de fyra tilldelningskriterierna lika bra som de två leverantörer som Kommunerna fortsatte att förhandla med.

Kommunerna menar därför att principen om likabehandling har upprätthållits under hela upphandlingsförfarandet eftersom Bolaget har haft exakt samma möjligheter som övriga leverantörer att i förhandlingarna redovisa sina möjligheter att uppfylla kommunernas behov som bland annat beskrivits i förfrågningsunderlagets punkt 4, 5, 6, 7 samt 8. Bolaget har också mellan de olika förhandlingstillfällena fått möjlighet att med hänsyn till vad som kommit fram i dialogen under förhandlingstillfället anpassa sina underlag.

Tilldelningskriterierna har angetts i förfrågningsunderlaget och har haft samma inbördes ordning

Kriterierna som angetts i förfrågningsunderlaget är överensstämmelse med kommunernas vision och drivkrafter, affärsmodell, lösningsförslag samt pris. Kriterierna har haft samma inbördes ordning och har inte viktats då detta inte ansetts möjligt att göra i det förhandlande förfarandet.

Kommunerna hävdar att Digpro inte någon gång under upphandlingen kan ha undgått att förstå vad som tillmäts betydelse vid prövningen av anbudet eftersom inga andra kriterier för bedömning har använts. Av förfrågningsunderlaget har det klart och tydligt framgått hur upphandlingen kommer att genomföras samt hur selekteringen går till av de anbudsansökande som bjuds in att delta i det förhandlade förfarandet. De tilldelningskriterier som angivits har Kommunerna använt för sin bedömning efter steg 1 och efter

steg 2. Kriterierna har samma rangordning och betydelse sinsemellan då Kommunerna efterfrågat en helhetslösning levererad av en marknadsaktör som med hjälp av ett eller flera system kan ge Kommunerna så gott som alla de gemensamma geografiska funktioner de behöver.

DOMSKÄL

Av utvärderingsprotokollet framgår att upphandlingen annonserades den 11 mars 2010. LOU ska därför tillämpas i dess lydelse före den 15 juli 2010.

Digpro har ifrågasatt om Kommunerna haft rätt att använda sig av det aktuella upphandlingsförfarandet. Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till om Kommunerna har använt ett otillåtet upphandlingsförfarande.

Kommunerna har anfört att de använt sig av förhandlat förfarande eftersom det som skall upphandlas är av den karaktären att det inte går att ange något totalpris i förväg. Kontraktsföremålet har också av Kommunerna bedömts vara av en sådan komplexitet att det skulle bli svårt att ta fram ett heltäckande förfrågningsunderlag.

Enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 och 3 LOU får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg samt för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.

Bestämmelsen i 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU hänför sig till situationer där antingen karaktären av föremålet för upphandlingen gör att det inte går att fastställa ett pris på förhand eller att det är förenat med risker på grund av särskilda omständigheter som leder till att ett totalpris inte kan anges. Av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, lydelse av artikel 30.1.b framgår att bestämmelsen är avsedd att tillämpas i undantagsfall. I doktrinen har sprängningsarbeten i tätbebyggda områden och tjänsteupphandlingar vars omfattning är okända angetts som exempel på när bestämmelsen är tillämplig, jfr Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, u 1, s. 153.

Bestämmelsen i 4 kap. 2 § första stycket 3 LOU avser upphandlingar av finansiella och intellektuella tjänster vilka är svåra att precisera, varför det inte är möjligt att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna välja det bästa anbudet med stöd bestämmelserna för öppen- eller selektiv upphandling. För tillämpning av bestämmelsen kan det exempelvis vara fråga om komplicerade IT-upphandlingar.

I förevarande fall framgår av förfrågningsunderlagets punkt 2 med rubriken orientering om föremålet för upphandlingen att Kommunerna, för att underlätta samverkan och effektivisera verksamheten vad avser mätning, kartframställning och geografiska informationssystem, GIS, upphandlar en gemensam teknisk lösning där varje kommun kan lägga in sin geografiska information på samma sätt. Vidare framgår att Kommunerna inte upphandlar ett datorsystem utan ett avtal med en marknadsaktör som med hjälp av ett eller flera system kan ge kommunerna så gott som alla de gemensamma geografiska funktioner de behöver.

Förvaltningsrätten anser att det av den beskrivning som lämnats i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen är omfattande och komplex till sin karaktär och att upphandlingen får anses vara av ett sådant slag att det är svårt att ange ett totalpris i förväg.

Förvaltningsrätten anser vidare, mot bakgrund av vad som angetts avseende föremålet för upphandlingen, att uppdraget får anses vara svårt att precisera och att det därför inte har varit möjligt för Kommunerna att utarbeta ett förfrågningsunderlag som leder till att det bästa anbudet antas med tillämpning av öppen – eller selektiv upphandling. Förvaltningsrätten finner därför förutsättningarna för användande av förhandlat förfarande har varit uppfyllda.

Digpro har anfört att Kommunerna har förfarit felaktigt under förhandlingarna på så sätt att krav och kriterier har förändrats under upphandlingens gång.

Enligt 4 kap. 3 § LOU ska en upphandlande myndighet, vid förhandlat förfarande, förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de lämnat, för att anpassa anbudet till de krav som myndigheten angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 § LOU.

Förvaltningsrätten anser att även om Kommunerna har uppgett att det under förhandlingen har skett en förändring av funktioner och kraven på dessa så har det inte framkommit något som tyder på att förhandlingen har genomförts på ett sådant sätt att förutsättningarna för upphandlingen har förändrats under förhandlingens gång. Förvaltningsrätten finner därför att Kommunerna får anses ha genomfört förhandlingarna på ett sätt som är förenligt med LOU.

Digpro har vidare anfört att det finns ett flertal brister och oklarheter i förfrågningsunderlaget och utvärderingen såsom att det saknas beskrivning av vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen, att det i den utvärderingsmodell som kommunerna utformat saknas poängskala, viktning och prioritetsordning samt att utvärderingen inte tillräckligt tydligt har kopplats till de tilldelningskriterier som angivits i förfrågningsunderlaget.

I LOU saknas uttryckliga bestämmelser om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat och hur en utvärderingsmodell ska konstrueras utöver vad som kommer till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 9 § samt 12 kap. 1-2 §§.

En grundläggande princip för offentlig upphandling är kravet på transparens som innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna klar och tydlig information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. I RÅ 2002 ref. 50 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen får dock även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår att myndigheten, vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet. Av 12 kap. 2 § LOU

framgår att en upphandlande myndighet ska ange hur kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare framgår att kriterierna ska anges i fallande prioritetsordning om den upphandlande myndigheten anser att det inte är möjligt att ange viktningen av kriterierna.

I doktrin har angetts att den omständigheten att det är svårt att fastställa ett totalpris vid särskilt komplicerade upphandlingar kan göra det möjligt för en upphandlande myndighet att avstå från viktning, jfr Falk a. a. s. 349.

I förevarande fall har kriterierna dock varken viktats eller angetts i fallande prioritetsordning. Kommunerna har anfört att kriterierna har haft samma inbördes ordning och att anledningen till att de inte har viktats är att detta inte ansetts möjligt att göra i det förhandlande förfarandet.

Förvaltningsrätten konstaterar att bestämmelsen i 12 kap. 2 § LOU är utformad på ett sådant sätt att kriterier, även vid användande av förhandlat förfarande, ska viktas eller anges i fallande prioritetsordning. Förvaltningsrätten konstaterar att även om förfrågningsunderlaget får anses tillräckligt tydligt i de av Digpro i övrigt anmärkta delarna får utvärderingsmodellen, med hänsyn till avsaknaden av viktning och rangordning av kriterier, anses vara utformad på ett sådant sätt att den inte kan antas leda till ett rättvisande resultat.

Utvärderingsmodellens utformning i kombination med att det saknas en tydlig koppling mellan de kriterier som angetts och beskrivits i förfrågningsunderlaget och den bedömning som gjorts i utvärderingsprotokollet medför att upphandlingen får anses ha genomförts i strid med LOU de gemenskapsrättsliga principerna som står bakom LOU. Detta har medfört att Digpro i vart fall kan komma att lida skada. Mot denna bakgrund, och ef-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

25233-11, 25234-11,
25236-11, 25237-11,
25238-11, 25239-11,
25240-11, 25241-11

tersom det inte föreligger förutsättningar för rättelse, ska upphandlingen göras om.

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

Ulrika Melin
Rådman

Föredragande har varit Stina Wesslau



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. 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 3109/1A LOU