



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM

2019-01-03

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (17)

Mål nr

15875-18

SÖKANDE

Advokat Måns Ahlquist AB, 559002-0599

Dag Hammarsköldstorg 9

211 18 Malmö

MOTPART

Nacka kommun

131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-01-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Advokat Måns Ahlquist AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 1049041

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd21.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Nacka kommun genomför en upphandling av ramavtal för juridiska tjänster (dnr KFKS 2017/933) enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande i enlighet med bestämmelserna i 19 kap. LOU. Tilldelningsgrunden är det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet med hänsyn till bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Advokat Måns Ahlquist AB (bolaget) lämnade anbud i upphandlingen men tilldelades inte ramavtal.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen avseende anbudsområdena/utvärderingsområdena 4, 6, och 11 ska avslutas först efter att rättelse har skett. Rättelsen ska bestå i att ny anbudsutvärdering görs. Bolaget anför bl.a. följande. Anbudsutvärdering har skett på ett felaktigt, bristfälligt, skönsmässigt och icke förutsebart sätt samt även i strid med förfrågningsunderlaget. Anbudsutvärdering står således i strid med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Vidare uppvisar förfrågningsunderlaget stora brister i förutsebarhet och transparens och har utformats på ett alltför otydligt sätt och lämnar därmed i praktiken Nacka kommun fri prövningsrätt. Anbudsgivarna har inte haft möjlighet att kunna avgöra vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbudet. Det innebär att det inte går att utvärdera anbuden på ett sätt som leder till ett rättvisande resultat i förhållande till de kriterier som uppställts. Nacka kommun har härigenom brutit mot LOU och de grundläggande unionsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens. Bristerna i upphandlingen har medfört att bolaget har gått miste om ett antal viktiga kontrakt. Bristerna har medfört att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Nacka kommun anser att ansökan om överprövning ska avslås.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I 20 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller 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. I 4 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare anges i samma paragraf att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av praxis framgår att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Av EU-domstolens praxis framgår att kravet på transparens innebär 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 (jfr bl.a. EU-domstolens dom i mål C-171/15 *Connexion*). Härav framgår det enligt EU-domstolen att en bedömning ska göras av om anbudsgivaren borde ha förstått kriterierna med utgångspunkt i hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare hade uppfattat situationen. Vid denna bedömning ska det beaktas att den aktuella anbudsgivaren inte begärt några förtydliganden från den upphandlande myndigheten innan anbudet lämnades (jfr EU-domstolens dom i mål C-538/13 *eViglio*).

Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer. Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling.

Detta innebär också att den upphandlande myndigheten är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. Vidare ankommer det inte på förvaltningsrätten att göra en egen utvärdering av anbuden. Prövningen i förvaltningsrätten tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Först när det klart kan konstateras att den upphandlande myndighetens bedömning har gjorts i strid med förfrågningsunderlaget eller i strid med de principer som styr LOU finns det skäl för ingripande (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 16 februari 2017 i mål nr 2361-16). Vid upphandling av produkter och tjänster där utvärderingen väsentligen måste vila på skönsmässiga bedömningar får upphandlande myndighetens värdering godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning. Endast direkta felbedömningar eller andra motsvarande brister bör därmed leda till ett ingripande enligt LOU (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 4 februari 2009 i mål nr 5-09).

Förvaltningsrättens utredningsansvar är begränsat och för att ett ingripande mot en upphandling ska ske krävs det i princip att den som gör gällande att upphandlingen är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter som denne grundar sin talan på. Det är den som ansöker om överprövning som har att visa att det finns sådana brister i upphandlingen att det föreligger skäl för ett ingripande.

Frågan om brister i förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellens utformning

Bolaget anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget uppvisar, med den mervärdesmodell som valts, stora brister i förutsebarhet och transparens och har utformats på ett alltför otydligt sätt och lämnar därmed i praktiken Nacka kommun fri prövningsrätt. De för utvärderingen centrala faktorerna har inte ens varit läsbara (se anbudsformuläret punkten 6.1 1-6). Läsbarheten har ointetgjorts eftersom texten skurits av i högermarginalen. Denna text är den för utvärdering viktigaste informationen i förfrågningsunderlaget och det är givetvis avgörande att texten är läsbar. Kommunen hävdar att man ställer sig ytterst frågande till att upphandlingsdokumentet skulle ha varit behäftad med påstått fel. Samtidigt har man lagt med en bilaga som utvisar att högermarginalerna har annan formatering än det övriga dokumentet när det gäller de frågor som skulle besvaras av anbudsgivarna. Kommunen har på något sätt förminskat texten för att ge förvaltningsrätten intryck av att hela högermarginalen varit synlig för anbudsgivarna redan tidigare, vilket inte har varit fallet. Kommunen vill göra gällande att den undermåliga läsbarheten beror på underlåtenhet att kontrollera en viss funktion i utskriftsskedet. Till att börja med gjordes detta och utskriften kom ut med samma avskurna högermarginaler ändå. För det andra visar kommunens egen argumentering att läsbarhet saknats i dokumentet som fanns på webbplatsen vid läsning direkt på skärmen. Det faller på egen orimlighet att anvisa någon form av undersökningsplikt på leverantörerna när det gäller läsbarheten på hemsidan eller vid utskrift för den delen. Upphandlingsdokumentationen brister i transparens. Att skylla detta fel på tekniska brister hos leverantörerna är orimligt. Det är väl helt enkelt så att kommunens konsult (leverantören av upphandlingssystemet) haft tekniska problem vid publiceringen av förfrågningsunderlaget på webben som medfört det påtalade felet. Det är en efterhandskonstruktion att den bristande läsbarheten skulle vara ”kopplad till vanligt förekommande

funktioner i webbläsare” som kommunen synes påskina. Det är lite beklämmande att kommunen faktiskt gör gällande att de tekniska bristerna skulle finnas hos leverastörssidan dvs. läsarna av förfrågningsunderlaget. Det är inte rimligt att ställa några andra krav på leverantörerna än att läsa förfrågningsunderlaget via den av kommunen anvisade webbplatsen för upphandlingen i fråga. Läsbarhet torde därvid vara så grundläggande för transparenskravet vid offentliga upphandlingar att det är ett absolut krav. Det är inte heller rimligt att ställa kravet att leverantörerna ska ställa frågor om den bristande läsbarheten - inte minst som möjligheten att ställa frågor upphör flera dagar innan sista inlämningsdatum. Bolaget har inte valt att inte ställa några frågor om läsbarheten – detta var helt enkelt för sent. För övrigt hänger inte detta samman med skaderekvisitet utan frågan om fel i upphandlingen föreligger eller ej. Anbudsgivarna har inte haft möjlighet att kunna avgöra vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbudet. Det innebär att det inte går att utvärdera anbuden på ett sätt som leder till ett rättvisande resultat i förhållande till de kriterier som uppställts. Nacka kommun har härigenom brutit mot lagen om offentlig upphandling och de grundläggande unionsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens i gällande rätt.

Nacka kommun anför bl.a. följande. Utvärderingsmodellen i sin helhet framgår av upphandlingsdokument 6.0. Den valda utvärderingsmodellen är en vedertagen modell, speciellt med hänsyn till karaktären av upphandlingsobjektet. Grunderna för tilldelning av mervärdespoäng framgår tydligt av utvärderingsmodellen. Skulle domstolen av någon anledning finna att upphandlingsdokumentet brister vad gäller vilken bedömningsmetod kommunen valt att tillämpa, hänvisas till EU-domstolens mål C-6/15 TNS Dimarso. Bolaget anför, som det får förstås, att upphandlingsdokumentets läsbarhet beträffande utvärderingskriterierna på sidan 8 i upphandlingsdokumentet omintetgjorts eftersom att texten skurits av i högermarginalen. Med anledning härav menar bolaget att upphandlingsdokumentet brister i

transparens. Kommunen ställer sig ytterst frågande till att upphandlingsdokumentet skulle ha varit behäftad med påstått fel. Kommunen har med anledning av bolagets påstående naturligtvis kontrollerat detta. Av de tester som kommunen genomfört, bestående av samtal med leverantören av upphandlingssystemet och en egen kontroll av systemet, framgår att upphandlingsdokumentet är fullt läsligt, utan avskuren högermarginal, både i digital form och i pappersform. Det enda sättet att åstadkomma det resultat som bolaget menar förelegat och som motsvarar den bilaga som bolaget skickat in, är enligt kommunen att skriva ut upphandlingsdokumentet direkt från webbplatsen och samtidigt underlåta att kontrollera funktionen "skala" i utskriftsledet. Oavsett om bolaget gjort på detta sätt eller inte har upphandlingsdokumentet varit fullt läsligt, utan avskurna marginaler, på webbplatsen (se bilagd skärmbild) och i pappersform vid en korrekt utskrift (se bilagd PDF). För att säkerställa att inte övriga anbudsgivare stött på motsvarande problematik som bolaget gett uttryck för, har kommunen vidare hört av sig till en av de anbudsgivare som inte blev tilldelad något kontrakt i upphandlingen. Av dennes svar (se bilaga) går att utläsa att en enkel förstoring av fönstret gjort upphandlingsdokumenten fullt läsbara. Kommunen anser inte att den kan lastas för anbudsgivares eventuella tekniska brister kopplat till vanligt förekommande funktioner i webbläsare.

Vidare har kommunen i punkten 2.2 i upphandlingsdokumentet betonat att det är angeläget att anbudsgivare kontaktar kommunen så tidigt som möjligt om något i upphandlingsdokumentet med bilagor är oklart. Ingen anbudsgivare, inbegripet bolaget, har ställt någon fråga eller påpekat att upphandlingsdokumentet brustit gällande läsbarheten eller beträffande något annat. Det faktum att bolaget efter eget beslut valt att inte ställa någon fråga angående läsbarheten av underlaget bör innebära att bolaget inte lidit eller riskerat att lida någon skada.

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

1.3 Syfte

Syftet med upphandlingen är att säkerställa att kommunens behov av externt stöd och rådgivning blir tillgodosett. Behovet av externt stöd och rådgivning består av två leverantörer i rangordning för respektive anbudsområde som kan bistå vid olika typer av uppdrag, olika frekvens av uppdrag över året och på ett sätt där tjänsteleveransen ger ett mervärde för kommunen genom att kunna erbjuda en stabil uppdragsorganisation där man som kund kan förvänta sig att få rätt stöd och rådgivning för uppdraget av rätt kompetens.

6 Utvärdering

Utvärderingskriterier: Utvärderingen utgår från kommunens syfte med denna upphandling enligt p. 1.3. Utvärdering av anbud kommer utöver pris baseras på ett antal frågor där anbudsgivarens svar på dessa frågor kommer bedömas.

Anbudsgivarens svar kommer bedömas av en utvärderingsgrupp bestående av medarbetare på Naeka kommun som kommer nyttja dessa tjänster, utvärderingsgruppen kommer sedan ge ett samlat poäng utifrån två bedömningspunkter. Respektive svar på de 6 frågorna nedan kan få 0-4 p. Totalbedömningen av de två bedömningspunkterna sker enligt följande:
Inget mervärde, 0-6 poäng, vilket ger 0 SEK i avdrag på anbudspris.
Visst mervärde, 7-11 poäng, vilket ger 200 SEK i avdrag på anbudspris.
Medel mervärde, 12-16 poäng, vilket ger 400 SEK i avdrag på anbudspris.
Ganska stort mervärde, 17-21 poäng, vilket ger 600 SEK i avdrag på anbudspris.
Mycket stort mervärde, 22-24 poäng, vilket ger 800 SEK i avdrag på anbudspris.

Följande frågor ska anbudsgivaren besvara:

1. Adekvat bemanning för uppdraget

En beskrivning ska lämnas som visar hur leverantören avser att tillse att adekvat bemanning erbjuds för varje uppdrag (exempelvis genom att diskutera med beställaren om lämplig bemanning vad gäller antal jurister, kompetens och erfarenhet och hur ett kostnadseffektivt utnyttjande av leverantörens resurser uppnås).

2. Tillgänglighet vid avrop

En beskrivning ska lämnas som visar hur god tillgänglighet uppnås (främst avseende möjligheten att kontakta byråns för ärendet ansvariga jurist men även exempelvis avseende möjlighet att med denne jurist med kort varsel inboka möte).

3. Kunskapsförmedling

En beskrivning ska lämnas som visar leverantörens förmåga att

lättbegripligt förmedla leverantörens juridiska kunskaper, bedömningar och slutsatser både muntligen och skriftligen.

4. *Kvalitetssäkring*

En beskrivning ska lämnas som redovisar hur god tillförlitlighet och kvalitet säkerställs i skriftlig dokumentation till uppdragsgivaren, parter och domstol samt i muntlig rådgivning. Leverantören ska även redovisa hur denne löser situationen då ett uppdrag kräver mer resurser än vid tidpunkten för förfrågan av anbud.

5. *Återkoppling*

En beskrivning ska lämnas som redovisar hur återkoppling till leverantören integreras i uppdraget och hur de proaktivt och självständigt uppmärksammar uppdragsgivaren på potentiella juridiska problem.

6. *Kontinuitet*

En beskrivning ska lämnas som redovisar huruvida leverantören kan erbjuda kontinuitet även vid parallella uppdrag (exempelvis genom att endast någon eller några få jurister medverkar i uppdrag gentemot viss uppdragsgivare och/eller har möjlighet att följa enstaka långvariga uppdrag).

Bedömning av svaren sker utifrån bedömningspunkterna 1. Upplevd arbetsmetodik och erbjuden tjänsteleverans, och 2. Upplevd uppdragsorganisation. Dessa bedömningspunkter utvärderas enligt följande:

Inget mervärde:

Anbudsgivaren upplevs inte ha en arbetsmetodik som tillför något mervärde. Beskrivning av hur anbudsgivaren jobbar med kvalitetssäkring och struktur i synnerhet vid tjänsteleveransen upplevs som bristande eller inte tillräcklig. Anbudsgivarens beskrivning av dennes pedagogiska förmåga och proaktivitet i tjänsteleveransen och av dennes bemanning och tillgänglighet vid uppdrag upplevs inte tillföra något mervärde för kommunen. Anbudsgivarens beskrivning av hur denne bidrar med kontinuitet i tjänsteleveransen och vilken bredd denne kan visa på i organisationen upplever inte kommunen tillföra något mervärde.

Visst mervärde:

Anbudsgivaren upplevs ha en arbetsmetodik som tillför lite mervärde. Beskrivning av hur anbudsgivaren jobbar med kvalitetssäkring, struktur och av pedagogisk förmåga och proaktivitet i tjänsteleveransen upplevs ge ett litet mervärde för kommunen. Anbudsgivarens beskrivning av dennes bemanning och tillgänglighet vid uppdrag, hur denne bidrar med kontinuitet i tjänsteleveransen och kan visa på bredd i organisationen upplever inte kommunen tillföra visst mervärde.

Medel mervärde:

Anbudsgivaren upplevs ha en arbetsmetodik som tillför ett mervärde. Beskrivning av hur anbudsgivaren jobbar med kvalitetssäkring, struktur, pedagogisk förmåga och proaktivitet i tjänsteleveransen upplevs som bra och ge ett mervärde för kommunen. Anbudsgivarens beskrivning av dennes bemanning och tillgänglighet vid uppdrag och hur denne bidrar med

kontinuitet i tjänsteleveransen och kan visa på bredd i organisationen upplever kommunen tillför ett mervärde.

Ganska stort mervärde:

Anbudsgivaren upplevs ha en bra arbetsmetodik som tillför ett ganska stort mervärde. Beskrivning av hur anbudsgivaren jobbar med kvalitetssäkring, struktur, proaktivitet och dennes pedagogiska förmåga i tjänsteleveransen upplevs ge ett ganska stort mervärde för kommunen. Anbudsgivarens beskrivning av dennes bemanning och tillgänglighet vid uppdrag och hur denne bidrar med kontinuitet i tjänsteleveransen och kan visa på bredd i organisationen upplever kommunen tillför ett ganska stort mervärde.

Mycket stort mervärde:

Anbudsgivaren upplevs ha en väldigt bra arbetsmetodik. Beskrivning av hur anbudsgivaren jobbar med kvalitetssäkring och struktur, pedagogisk förmåga och proaktivitet i tjänsteleveransen upplevs som mycket hög och som ger ett mycket stort mervärde för kommunen. Anbudsgivarens beskrivning av dennes bemanning och tillgänglighet vid uppdrag och hur denne bidrar med kontinuitet i tjänsteleveransen och kan visa på bredd i organisationen upplever kommunen tillför ett mycket stort mervärde.

Förvaltningsrättens bedömning

Avseende läsbarheten bedömer förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att förfrågningsunderlaget har brustit i läsbarhet. Av de dokument som Nacka kommun har kommit in med framgår vidare att den leverantör som kommunen har varit i kontakt med har kunnat läsa upphandlingsdokumenten. Vidare anges det i punkten 2.2 i förfrågningsunderlaget att det är angeläget att anbudsgivare kontaktar kommunen så tidigt som möjligt om något i upphandlingsdokumentet med bilagor är oklart. Vid det fall bolaget haft problem med att läsa upphandlingsdokumenten anser förvaltningsrätten att det ankommit på bolaget att ställa frågor till Nacka kommun. Bolaget anför att möjligheten att ställa frågor upphör flera dagar innan sista inlämningsdatum och att bolaget har valt att inte ställa några frågor om läsbarheten eftersom det var för sent. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte har kommit in med något till stöd för uppgiften om att bolaget utformat sitt anbud efter det att tiden för frågor upphört. Vidare anser förvaltningsrätten att det ankommer på en normalt omsorgsfull

anbudsgivare att utforma anbuden i sådan tid att anbudsgivaren hinner ställa frågor till den upphandlande myndigheten inom utsatt tid.

När det gäller utformningen av utvärderingsmodellen gör förvaltningsrätten följande bedömning. Föremålet för aktuell upphandling är juridiska tjänster. Det är alltså inte fråga om en specificerad och jämförbar produkt och det måste därför finnas utrymme för den upphandlande myndigheten att använda sig av en mer öppen kravställning och utvärderingsmodell. Av förfrågningsunderlagets kravspecifikation framgår att utvärderingen utgår från kommunens syfte med upphandlingen såsom syftet är beskrivet i punkten 1.3. Vidare framgår ett antal frågor som anbudsgivarna ska besvara, där det även framgår exempel på vad beskrivningen bör innehålla. Av beskrivningen av vad som utgör mervärde framgår vidare vad kommunen lägger vikt vid. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte har utvecklat på vilket sätt bolaget anser att utvärderingsmodellen är otydlig och ger Nacka kommun fri prövningsrätt. Förvaltningsrätten bedömer att bolaget inte har visat annat än att kravspecifikationen är tillräckligt tydligt utformad för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna utläsa vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen. Förvaltningsrätten bedömer därför att förfrågningsunderlaget är tillräckligt klart och tydligt utformat för att varje anbudsgivare, med utgångspunkt i underlaget, bör kunna skapa sig en god bild av vad som kan utgöra ett konkurrenskraftigt anbud. Vidare bedömer förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att utvärderingsmodellen ger Nacka kommun fri prövningsrätt.

Utvärderingen

Bolaget anför bl.a. följande. Bolagets anbud har utvärderats med ett felaktigt anbudspris som utgångspunkt. Den 8 juni 2018 skickade kommunen följande meddelande med erbjudande för samtliga anbudslämnare att justera sitt pris: "Förtydligande gällande pris. Det pris anbuds-

givaren fyllt i för respektive rättsområde ska avse det timpris kommunen betalar oavsett vilken jurist som offereras för respektive uppdrag. Med detta förtydligande tillåts härmed samtliga anbudsgivare att inkomma med ett nytt timpris. Kommunen vill gärna ha in eventuella nya priser senast tisdag 12/6.” Bolaget svarade nytt pris 1098 kr (per timme) för alla rättsområden. Efter tilldelningen har det vid kontakt med kommunen framkommit att flertalet fel har begåtts vid utvärderingen, bland annat har flera leverantörers prisjustering inte uppmärksammats. Vissa leverantörers pris har angetts som justerat pris trots att dessa inte har justerats.

Även tillvägagångssättet att infordra nya priser efter sista anbudsdagen ifrågasätts. Till synens beror detta på att vissa leverantörer funnit anbudsprisblanketten svårtolkad och i strid mot förfrågningsunderlaget angett olika priser för olika anbudsområden eller för sina jurister. Detta och dock till skillnad från utvärderingskriterierna ingen otydlighet eftersom det mycket tydligt angetts både i förfrågningsunderlaget och i förtydliganden innan anbudsinlämningen vad som är obligatoriskt dvs. att endast ett pris anges som ska gälla för alla anbudsområden som offereras av leverantör. Tillvägagångssättet har inneburit att leverantörer som borde uteslutits pga. att man angett flera olika priser fått en andra chans att lämna nytt pris som följer förfrågningsunderlagets krav. Detta innebär att leverantörer som misstolkat underlaget kvalificerats ändå och till skada för övriga leverantörer. Detta sätt att ta in anbudspriser i efterhand och öppnar givetvis för vida spekulationer dessutom och bör inte vara tillåtet som förfrågningsunderlaget är utformat.

Mervärdesmodellen bygger på principen att de utvärderingskriterier utöver pris som bedöms i utvärderingen ges ett mervärde i kronor. Mervärdena dras av från anbudspriset. Resultatet betecknas anbudets jämförelsesumma. Anbudet med den lägsta jämförelsesumman är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Tilldelningsbeslut (inklusive utvärderingsprotokoll)

har meddelats den 2 juli 2018. I tilldelningsbeslutet finns varken någon förklaring eller motivering till utvärderingen och tilldelningen och Nacka kommun har inte redogjort för varför bolaget inte rangordnats högre avseende de ifrågavarande anbudsområdena. Bolagets anbud bör erhålla ett justerat anbudspris/jämförelsetal vid utvärderingen. Av sammanställningen över leverantörer och pris samt jämförelsesumma framgår inte någon motivering till de låga jämförelsetal som erhållits. Det framgår inget i utvärderingsprotokollet avseende poängsättningens bedömning. Utvärderingen har endast redovisat samma bedömningsgrunder som i förfrågningsunderlaget, vilket endast är kriterierna och inte en bedömning. Bolaget har bland de två prismässigt lägsta anbuderna för de områden för vilka begärs rättelse. Tilldelningen synes vara grundad på ett skönsmässigt och icke förutsebart sätt i strid med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling.

Nacka kommun anför bl.a. följande. Utvärderingen ledde fram till ett tilldelningsbeslut den 2 juli 2018. Efter att tilldelningsbeslutet meddelats uppdagades fel i utvärderingen. Bland annat hade de nya justerade priserna inte beaktats i upphandlingssystemet. Nacka kommun återkallade därför tilldelningsbeslutet för de områden där det blivit fel och fattade ett nytt tilldelningsbeslut den 16 juli 2018 avseende dessa områden. Kommunen har i sitt senaste tilldelningsbeslut beaktat samtliga, inklusive bolagets, justerade priser.

Sista dag att inkomma med anbud var den 20 maj 2018. Innan utvärderingen skickades ett anbudsmeddelande ut till samtliga anbudsgivare med ett förtydligande och en möjlighet att inkomma med justerade priser. I sitt anbud skulle leverantören fylla i pris för varje område den önskade lämna anbud på. Bolagets påstående om att anbudsgivaren enligt upphandlingsdokumenten skulle lämna samma pris på samtliga anbudsområden denne valde att lämna anbud på, stämmer inte. Anbudsgivaren

kunde endast fylla i ett pris för respektive område. För att undvika framtida tolkningsfrågor avseende ersättningsnivåer vid utfört uppdrag, valde kommunen att gå ut med ett förtydligande som innebar att det pris anbudsgivaren angett för respektive område är det pris som gäller oavsett om denne bemannar uppdraget med exempelvis en junior eller en senior jurist. I samband med detta förtydligande fick anbudsgivaren även tillfälle att justera sitt lämnade pris för de rättsområden anbudsgivaren önskade. Ett flertal anbudsgivare justerade sina priser för olika rättsområden. Att gå ut med ett förtydligande, när avsikten varit att försäkra sig om att anbudsgivarna uppfattat ställda krav på avsett sätt och att ett tecknat avtal skulle motsvara det utförandet och det priset kommunen efterfrågat, står inte i strid med LOU. Vidare har kommunen enligt 19 kap. 5 § LOU möjlighet att förhandla med en eller flera anbudsgivare. En sådan förhandling kan bland annat gälla priser. Något hinder att förhandla med alla anbudsgivare på det sätt som skett föreligger inte.

Nacka kommun har utfört utvärderingen i enlighet med upphandlingsdokumenten. En utvärdering utfördes av en utvärderingsgrupp bestående av medarbetare på Nacka kommun som har för avsikt att nyttja dessa tjänster. Upphandlingsprotokollet som bifogades tilldelningsbeslutet innehöll vidare en kommentar för beslut som innebar en sammanfattande kommentar för varje mervärdesgrupp. Även om kommunen inte kan anses skyldig att i upphandlingsdokumentet för den berörda upphandlingen upplysa potentiella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den har tillämpat för att konkret värdera och klassificera anbuden har kommunen likväl uttryckligen upplyst anbudsgivarna om bedömningen. Under rubriken ”Kommentar för beslut” som följer de antagna anbuden framgår poängsättningen med tillhörande bedömningar. Dessa är inte desamma som bedömningsgrunderna i upphandlingsdokumentet.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har kommit in med det tilldelningsbeslut som fattades den 2 juli 2018 och anför att Nacka kommun vid utvärderingen inte har beaktat det nya pris som bolaget skickade in efter det att kommunen erbjöd samtliga anbudslämnare att justera sitt pris. Nacka kommun anför att fel uppdagades i utvärderingen, varför tidigare tilldelningsbeslut återkallats för de områden där det blivit fel, och att nytt tilldelningsbeslut fattades den 16 juli 2018. Vidare anför Nacka kommun att samtliga justerade priser beaktats i det senaste tilldelningsbeslutet. Bolaget har härefter bl.a. anfört att de omständigheter som redogjorts för av kommunen kan vitsordas avseende upphandlingsmomenten inklusive felen vid utvärderingen och ny prisförfrågan samt rättelse. Förvaltningsrätten bedömer att bolaget inte visat annat än att bolagets justerade pris har beaktats vid det senare tilldelningsbeslutet.

När det gäller förfarandet att erbjuda samtliga anbudslämnare möjlighet att justera sitt pris gör förvaltningsrätten följande bedömning. Bolaget anför att förfarandet till synens beror på att vissa leverantörer funnit anbudsprisblanketten svårtolkad och i strid mot förfrågningsunderlaget angett olika priser för olika anbudsområden eller för sina jurister. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte har kommit in med något till stöd för uppgiften om att vissa leverantörer har angett priser i strid med förfrågningsunderlaget. Vidare får den upphandlande myndigheten enligt 19 kap. 5 § LOU förhandla med en eller flera anbudsgivare vid ett förenklat förfarande. Sådana förhandlingar kan avse bland annat pris. Det krävs då att den upphandlande myndigheten genom sitt agerande inte bryter mot de grundläggande principerna, varvid det blir relevant att pröva på vilket sätt förhandlingen har genomförts. Nacka kommun har i aktuellt fall skickat ett meddelande till samtliga anbudsgivare den 8 juni 2018 med erbjudande att komma in med ett nytt timpris. Förvaltningsrätten bedömer att bolaget inte

har visat att förfarandet strider mot någon av de grundläggande principerna (jfr HFD 2015 ref. 63 och Kammarrättens i Göteborg dom den 18 maj 2009, mål nr 926-09).

Vidare framgår av det utvärderingsprotokoll som bolaget har kommit in med att bolaget inte har tilldelats något mervärde vid utvärderingen. Av utvärderingsprotokollet framgår att följande kommentar angivits för de anbud som inte har tilldelats något mervärde. ”Beskrivningen av anbudsgivarens arbetsmetodik och den erbjudna tjänsteleveransen upplevs inte tillföra kommunen något mervärde. Inte heller den upplevda uppdragsorganisationen, med hänsyn till beskrivningens innehåll och bredd, tillför kommunen något mervärde”. Förvaltningsrätten konstaterar att det av utvärderingsprotokollet inte framgår någon närmare motivering till varför bolagets anbud inte har bedömts tillföra kommunen något mervärde. Som framgår ovan har dock Nacka kommun i förfrågningsunderlaget angett vilka krav som skapar mervärde. Vidare bedömer förvaltningsrätten att ett visst mått av subjektiv bedömning är ofrånkomlig med hänsyn till upphandlingsföremålets karaktär. Förvaltningsrätten bedömer att det inte har framkommit annat än att Nacka kommun har följt den utvärderingsmodell som formulerats. Det har inte heller framkommit att kommunen i bedömningen har vägt in någon annan omständighet än vad som anges i förfrågningsunderlaget, eller på något annat sätt har tagit osakliga hänsyn vid utvärderingen. Avsaknaden av en närmare motivering till poängsättningen är visserligen en brist i utvärderingsprotokollet. Förvaltningsrätten bedömer dock att den får godtas eftersom den inte visats vara av sådan art eller omfattning att principerna om likabehandling och öppenhet har överträtts.

Avseende värderingen ankommer det på bolaget att visa att poängsättningen är felaktig. Bolaget har inte kommit in med något som visar vilken kvalitet bolagets anbud har eller något som talar för att bolagets anbud har

utvärderats mindre förmånligt än andra anbud av motsvarande kvalitet. Förvaltningsrätten bedömer att bolaget inte har förmått visa att Nacka kommun har gjort direkta felbedömningar eller att motsvarande brister förelegat. Som ovan anförts får i sådana fall den upphandlande myndighetens värdering godtas.

Sammanfattande bedömning

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att aktuell upphandling strider mot några bestämmelser eller grundläggande principer för offentlig upphandling. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).



Leif Nilsson

Rådman

Maria Freij har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

