



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-03-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23645-10
Enhet 14

SÖKANDE

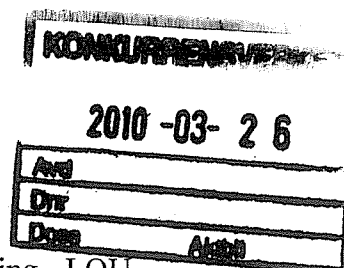
Managing Interactive Relations Agency (Mira) Network AB, 556524-6237
Kungsgatan 55
111 22 Stockholm

MOTPART

Kungliga Tekniska högskolan
100 44 Stockholm

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 4002

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kungliga Tekniska högskolan (KTH) har genomfört en upphandling avseende KTH Alumni Network File F-2009-0029.

Enligt tilldelningsbeslut daterat den 12 februari 2010 och avsänt den 16 februari 2010 har KTH beslutat att teckna avtal med annan anbudsgivare än Mira Network AB.

Mira Network AB ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning beslutar att Mira Network AB:s anbud är det mest fördelaktiga och att KTH ska ingå avtal med Mira Network AB. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten beslutar att KTH ska göra en ny utvärdering av lämnade anbud samt att förvaltningsrätten i tredje hand ska besluta att upphandlingen ska göras om.

KTH bestrider bifall till ansökan.

Förvaltningsrätten har i beslut den 19 februari 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

UTVECKLANDE AV TALAN

Mira Network AB anför bland annat följande. KTH har inte utfört utvärderingen enligt LOU utan tagit avgörande hänsyn till egenskaper som inte framgår av förfrågningsunderlaget och inte rekommenderat ett anbud till lägre pris som uppfyller ställda krav. KTH bryter därmed mot 1 kap. 9 § LOU. I utvärderingen fastslår KTH att Mira Network uppfyller ställda krav men att annan anbudsgivare är "superior" inom tre områden:

a) användaren kan i högre grad anpassa sin startsida

- b) administrationsgränssnittet är enklare att använda genom att vara självförklarande och intuitivt
- c) fristående alumniföreningar får en kopia av "community" som medlemsverktyg med ökad användbarhet och funktionalitet.

Dessa konkreta punkter är nya krav som inte framgår av förfrågningsunderlaget. De nya kraven har uppenbarligen testats hos IntraWorlds. Mira Network AB har inte informerats om de specifika krav som KTH ställt vad gäller "usability" och som KTH också menar är avgörande vid val av leverantör. Därmed har anbudsgivarna inte fått samma förutsättningar. Mira Network AB uppfyller även de tillkommande kraven och skulle ha upplyst KTH om det om kraven angivits i förfrågningsunderlaget, vid demonstrationstillfället eller om KTH begärt kompletterande information. Mira Network AB är medvetna om att KTH anser att "usability is crucial" och att detta krav ingår i "functionality". Usability är ett vittomfattande begrepp. För att en opartisk värdering ska kunna göras måste den innebörd köparen lägger i begreppet tydliggöras i förfrågningsunderlaget.

KTH anför bland annat följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudet kommer att värderas med utgångspunkt från fyra utvärderingskriterier varav de viktigaste är Functionality och Price, där Functionality värderas dubbelt jämfört med Price. Kriteriet Functionality är till för att värdera hur systemet uppfyller kraven i punkt 1.2 och 1.3 i förfrågningsunderlaget. Av punkt 1.2 framgår att det är användarvänligheten som är avgörande samt att KTH som en del av utvärderingen vill testa systemet för att se hur systemet fungerar och hur det passar in i organisationen. En del av Functionality är användarvänligheten och det ligger i sakens natur att användarvänlighet bedöms av en tilltänkt användare med hänsyn till dennes behov. Av upphandlingsprotokollet framgår att det som skiljer anbudet åt är att användarvänligheten för KTH är väsentligt högre hos IntraWorld än hos Mira. Det är således inte några nya utvärderingskriterier som införts utan

utgör en del av det i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriteriet Functionality. KTH är medvetet om att Miras system kan anpassas precis som IntraWorlds. KTH har tagit med detta i bedömningen av användarvänligheten och då bedömt IntraWorlds system som mer användarvänligt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. 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.

16 kap. 2 § första stycket LOU har följande lydelse. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget Invitation to tender for KTH Alumni Network framgår bland annat följande.

1.2. Technical Requirements

Usability is crucial. The responsiveness of the interface and quick loading of images are very important to us. As a part of the evaluation process, we would like to test the system in order to see how it works and how it will fit in to our organization.

4.2. Evaluation of the Tender

KTH will accept that tender which fulfils the requirement of this invitation to tender and is the most economically favourable with respect to the terms and conditions in this Invitation, taking to consideration the conditions for

evolution of the tender. "The most economically favourable" means that the price is but one among a number of factors which will be considered.

The tender will be evaluated by the following criteria:

- Functionality
- Price
- Development strategy/potential
- Implementation plan

The two most important criteria during evaluation of the tenders are functionality and price. However, functionality is valued twice as high as price.

Av Procurement report - KTH Alumni Network framgår bland annat följande.

The main difference between the two systems, IntraWorlds and Mira Network, is the systems usability, which is a crucial system requirement as stated in section 1.2. of "Invitation to tender for KTH Alumni Network". Even though both offer adequate usability, we consider IntraWorlds to be the superior system in this regard. This conclusion is based on carefully testing the two systems and talking to selected references provided respectively. From the alumns point of view, IntraWorlds' system is more user friendly since the alumnus to a large extent can personalize his/her start page according to personal preferences. Furthermore, the administrator tool in IntraWorlds' system is easier to use, self explanatory and very intuitive. Furthermore, independent alumni associations will have a "complete copy" of the community as their member tool, giving them a more usable and functional solution than they would with Mira Network's system.

Förvaltningsrättens bedömning

Mira Network AB har anfört att begreppet ”usability”, användarvänlighet, som anges i förfrågningsunderlaget inte uppfyller kraven på transparens och förutsebarhet i LOU eftersom det inte framgår hur det kommer att utvärderas eller bedömas samt att KTH vid utvärderingen av anbuderna bedömt användarvänligheten utifrån nya krav som inte framställts tidigare.

Regeringsrätten uttalade i RÅ 2002 ref. 50 bl.a. följande. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas *under förutsättning att de principer* som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

EG-domstolen uttalade bl.a. följande i *Siac (C-19/00)* ”Tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelande om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.”

Det ställs således relativt höga krav på både förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller för att de inte ska komma i konflikt med principerna i 1 kap. 9 § LOU.

I nu aktuell upphandling noteras att kriteriet ”Functionality” är viktat dubbelt så högt som priset vid utvärderingen. Det är således ett av de centrala kriterierna för tilldelning av kontrakt. I förfrågningsunderlaget anges att ”usability”, användarvänlighet, är en del av kriteriet ”Functionality”.

Av den aktuella delen av kriteriet framgår endast att användarvänligheten är avgörande. Det framgår dock inte hur denna kommer att bedömas eller vilka delar av användarvänligheten som kommer att tillmätas betydelse.

KTH har anfört att det ligger i sakens natur att användarvänligheten bedöms av en tilltänkt användare med hänsyn till dennes behov samt att några nya utvärderingskriterier inte införts utan att de utgjort en del av det i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriteriet "Functionality". Av utvärderingsprotokollet kan emellertid utläsas att användarvänligheten i utvärderingen bedömts på åtminstone tre olika grunder. Dessa framgår överhuvudtaget inte av förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det i kriteriet "functionality" finns inbyggt en sådan oförutsebarhet och ett utrymme för subjektiva bedömningar som inte kan accepteras i ett utvärderingskriterium som i sig självt kan vara avgörande för utgången i upphandlingen.

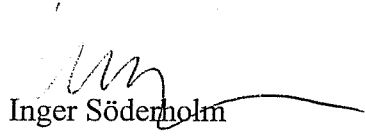
Förfrågningsunderlaget och det sätt som KTH genomfört utvärderingen på strider således mot kraven på förutsebarhet och transparens.

Förvaltningsrätten konstaterar att det vid ett ingripande enligt LOU endast är möjligt att förordna att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas på visst sätt. Det åvilar förvaltningsrätten att besluta vilken form av ingripande som är lämpligt för det fall det kan konstateras att en upphandling genomförts i strid mot LOU. Förvaltningsrätten är här inte bunden av sökandens yrkanden eller den ordning de uppställts i (jfr RÅ 2005 ref 47).

Förvaltningsrätten har konstaterat att det föreligger allvarliga brister i förfrågningsunderlaget och utvärderingen. Upphandlingen har således genomförts i strid mot LOU och Mira Network AB kan komma att lida skada på grund av detta. Därmed föreligger förutsättningar för ingripande enligt LOU. Det kan konstateras att felet ligger inbyggda i förfrågningsunderlaget och därför måste anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Därmed saknas förutsättningar att välja en mindre ingripande åtgärd och upphandlingen ska således göras om.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva de övriga anmärkningar som Mira Network AB riktar mot upphandlingen.

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


Inger Söderholm

Chefsrådman

Föredragande har varit Johanna Gustafson.



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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.

