



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-10-10
Meddelad i Linköping

Mål nr
4682-16

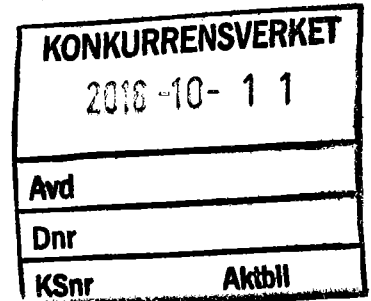
SÖKANDE

Bool Nordic AB, 556724-6920
Bredgatan 25 2
222 21 Lund

Ombud: Inge Nelson

MOTPART

Energimarknadsinspektionen
Box 155
631 03 Eskilstuna



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen Intranät med diarienummer 2016-101981 ska göras om.

Dok.Id 264249

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Energimarknadsinspektionen genomför upphandlingen Intranät med diarie-nummer 2016-101981. Upphandlingen genomförs som en direktupphandling och tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Genom tilldelningsbeslut den 27 juni 2016 antogs Precio Fishbone AB som leverantör. Energimarknadsinspektionen har valt att tillämpa en så kallad frivillig avtalsspärr.

Bool Nordic AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Energimarknadsinspektionen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Förfrågningsunderlaget inklusive tillkomna frågor och svar står i strid med principen om transparens och förutsägbarhet. Förfrågningsunderlaget är otydligt när det kommer till hur krav och kriterier ska bedömas och utvärderas. Energimarknadsinspektionen bortser även från LOU och myndigheten kan helt subjektivt välja vilket anbud som uppfyller ett krav på bästa sätt.

Punkterna 3.4.1–3.4.7 ska enligt Energimarknadsinspektionen bedömas subjektivt av en referensgrupp där hänsyn ska tas till tre kriterier. I samtliga fall saknas transparens i beskrivningarna av kriterierna.

Energimarknadsinspektionen har inte beskrivit vad som menas med användaranpassad och intuitivt för rollerna redaktör och läsare (anställd). Vad

som upplevs som intuitivt för en person kan vara helt skilt från vad en annan person upplever.

Energimarknadsinspektionen har inte heller beskrivit vad som menas med att öka informationen. Innebär det att systemet ska ge Energimarknadsinspektionen möjligheten att öka mängden information eller gäller det öka kvaliteten på informationen och vad är i så fall måttet på kvaliteten? Gäller öka kommunikationen att man vill få fler personer att kommunicera eller att kommunikationen ska vara tydligare och bättre riktad? Energimarknadsinspektionen har inte heller beskrivit på vilket sätt deras processer ska förbättras. Gäller det att Energimarknadsinspektionen vill att deras processer ska vara tydligare, följas bättre eller av fler?

Som anbudslämnare är det omöjligt att på förhand veta vad som krävs av systemet och funktionerna för att få den bästa bedömningen av just de personer som Energimarknadsinspektionen valt som referensgrupp.

Betygsättningen av punkterna 3.4.1–3.4.7 saknar transparens om vad som skiljer de olika nivåerna åt. Det är inte möjligt att som anbudslämnare på förhand veta hur Energimarknadsinspektionen anser att det önskade systemet och dess funktioner ska vara utformat för att uppfylla kravet helt eller endast delvis. Energimarknadsinspektionens subjektiva bedömningar är det enda som avgör om en anbudsgivares system uppfyller kravet tillräckligt för att anses bidra med ett betydande mervärde i stället för bara på ett godkänt sätt. Förfrågningsunderlaget saknar därmed beskrivning av vad som ska vara uppfyllt för att få det ena eller andra betyget.

Betygsättningen av punkten 4.4. saknar transparens om vad som skiljer de olika nivåerna åt. Det är inte möjligt att som anbudslämnare på förhand veta hur Energimarknadsinspektionen anser att anbudsgivarens plan för uppdatering av systemet och utveckling av nya funktioner ska vara utformad för att

uppfylla kravet på att planen ska vara tydlig eller bedömas som endast en plan. Energimarknadsinspektionens subjektiva bedömningar är det enda som avgör om en anbudsgivare ska få det bättre eller sämre betyget. Förfrågningsunderlaget saknar beskrivning av vad som ska vara uppfyllt för att få det ena eller andra betyget.

Bifogat till tilldelningsbeslutet finns en matris som visar att Energimarknadsinspektionen har gjort någon typ av bedömning utifrån inskickat material. Energimarknadsinspektionen har dock inte dokumenterat några bedömningar eller redovisat på vilket sätt något av anbuderna uppfyllt utvärderingskriterierna eller vad som skiljer anbuderna åt.

Ovan nämnda brister i upphandlingen har medfört skada för Bolaget då en subjektiv bedömning har erhållits och orsakat att Bolaget förlorat upphandlingen.

Energimarknadsinspektionen

Direktupphandlingen uppfyller de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Samtliga leverantörer har behandlats på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt. Vidare har upphandlingen genomförts på ett öppet sätt.

Bolaget anför att förfrågningsunderlaget inklusive tillkomna frågor och svar står i strid med principerna om transparens och förutsebarhet vad avser beskrivningarna av kriterierna samt betygssättningen. Vid utvärderingen har Mervärdesmodellen använts. I direktupphandlingsunderlaget framgår vilka punkter som kommer att utvärderas, vad som kommer att tas hänsyn till vid bedömningen och vilken betygsskala som används inklusive vad som krävs för att uppnå ett visst betyg. Utvärderingen har således inte varit helt subjektiv.

I punkten 6 i förfrågningsunderlaget beskrivs hur utvärderingen av anbuderna kommer att ske. I punkterna 3.4.1–3.4.7 framgår vad som kommer att utvärderas. Utvärderingen har gjorts av en referensgrupp genom en subjektivt sammantagen bedömning och betygsättning vilket framgår av förfrågningsunderlaget. För att säkerställa att efterfrågade funktioner finns och för att kunna betygsätta dessa bjöds leverantörerna in för att förevisa sina system. Genom att samtliga leverantörer fick möjligheten att visa hur systemens funktioner var användaranpassade och intuitiva samt i vilken grad de bidrog till att förbättra informationsflödet kunde referensgruppen bilda sig en uppfattning och betygsätta systemen på ett likvärdigt sätt.

Även kriterierna för hur utveckling värderats framgår tydligt av punkten 4.4. i förfrågningsunderlaget. Det som efterfrågas är ett system som utvecklas kontinuerligt. Samtliga leverantörer fick möjlighet att beskriva hur de arbetar med tjänstens utveckling.

Upphandlingen har därmed genomförts på ett öppet och förutsebart sätt med klara och tydliga ramar för upphandlingen. Det saknas således anledning att göra om upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska dessutom principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet beaktas.

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

6. Utvärdering

Ei kommer att anta det anbud som uppfyller ställda krav och som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbudena utvärderas utifrån pris och kvalitet. Anbudet som får den lägsta jämförelsesumman är för Ei det ekonomiskt mest fördelaktiga.

[...]

Kvalitet

Med kvalitet menas bedömd förmåga att genomföra uppdraget på det för Ei mest fördelaktiga sättet. Kvaliteten räknas ut genom en referensgrupps subjektivt sammantagna bedömning och betygsättning av Punkterna under punkt 3.4.1–3.4.7. De kommer utvärderas och betygsättas var för sig, dvs. sju betyg, och alla rubriker viktas lika mycket och betygsätts enligt skalan nedan. Även punkt 4.4 kommer utvärderas.

Funktionerna kommer testas av en referensgrupp bestående av personer med erfarenhet av olika intranät och systemförvaltning från Ei:s it-enhet och kommunikationsenhet. Utvärderingen av funktionerna kommer ske efter att anbudsgivaren fått visa respektive funktion enligt punkt 6.1.

Ei kommer vid bedömningen ta hänsyn till följande kriterier:

- I vilken grad funktionerna är användarsanpassade och intuitiva för både redaktör och läsare (anställd).
- I vilken grad funktionerna bidrar till det övergripande målet om att öka informationen, kommunikationen och förbättra processer (arbetsyta).
- Ifall alla punkter under aktuell rubrik finns med eller om punkterna bara delvis finns.

Betygsättning (3.4.1–3.4.7)

Anbudsgivarens beskrivning av genomförandet bedöms enligt följande betygsskala:

Uppfyller helt ger ett avdrag på 50 000. För att uppfylla ett mervärde helt så ska alla listade funktioner finnas samt att Ei:s sammantagna bedömning av funktionen är att funktionen är användaranpassad och intuitiv för både redaktör och läsare (anställd) samt att funktionen kommer bidra med ett betydande mervärde för Ei:s mål att öka informationen och kommunikationen och förbättra processen (arbetsyta).

Uppfyller delvis ger ett avdrag på 0. För att uppfylla ett mervärde delvis så saknas någon av de listade funktionerna. Ei sammantagna bedömning av funktionen är att funktionen endast delvis är användaranpassad och intuitiv för både redaktör och läsare (anställd). Funktionen kommer bidra på ett godkänt sätt för att uppfylla Ei:s mål om att öka informationen och kommunikationen och förbättra processen (arbetsyta).

Uppfylls inte/Redovisning saknas förkastas anbudet. För att erhålla uppfylls inte så saknas flertalet listade funktioner eller att Ei:s sammantagna bedömning av funktionen är att den är så svårförståelig och eller icke inbjudande för både redaktör och läsare (anställd) att den kommer försvåra Ei:s mål att öka informationen, kommunikationen och processen.

[...]

Punkt 4.4 Utveckling utvärderas enligt nedanstående betygsskala.

Väl godkänd ger ett avdrag på 170 000. För att erhålla betyget väl godkänd ska anbudsgivaren ha en tydlig plan för kontinuerlig uppdatering av systemet och utveckling av nya funktioner.

Godkänd ger ett avdrag på 85 000. För att erhålla betyget godkänt ska anbudsgivaren ha en plan för uppdatering av systemet och viss utveckling av nya funktioner.

Ej godkänd/redovisning saknas. Anbudsgivaren saknar plan för utveckling av systemet. Om anbudsgivaren erhåller betyget ej godkänd så förkastas anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om den utvärderingsmodell som använts har inneburit en fri prövningsrätt för Energimarknadsinspektionen och därmed står i strid med LOU.

I LOU ges inte något närmare besked om hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Av rättspraxis följer emellertid 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. Detta följer av unionsrättens krav på likabehandling och transparens (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Vidare måste bedömning och betygssättning ske utifrån objektiva grunder. Detta innebär inte att bedömningen måste vara fri från subjektiva inslag. Det krävs inte heller att leverantörer med ledning av förfrågningsunderlaget ska kunna göra en exakt beräkning i förväg av vilken poäng eller vilket betyg de kommer att tilldelas. Däremot krävs att det av förfrågningsunderlaget framgår vilka objektiva omständigheter som beaktas vid bedömningen och hur dessa omständigheter påverkar poäng- eller betygssättningen.

Utvärderingsmodeller som saknar ledning för vad anbudsgivaren har att uppfylla för att få en viss poäng eller visst betyg kan öppna för alltför godtyckliga bedömningar (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings mål 3418-14). I rättspraxis har exempelvis utvärderingsmodeller i vilka det endast anges att poäng kommer ges för ”mycket hög kvalitet, hög kvalitet och kvalitet över ställda krav” [...] ”vid en samlad bedömning” ansetts vara för otydligt för att anbudsgivarna ska kunna utröna vad som kommer tillmätas betydelse vid utvärderingen (se Kammarrätten i Stockholms mål 7362-12).

I aktuell upphandling beaktas dels anbudssumman, dels anbudets kvalitet. Anbudets kvalitet bedöms utifrån en presentation av offererat system samt lämnad utvecklingsplan.

Av punkten 6.1 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska visa offererat system i Energimarknadsinspektionens lokaler. Därefter ska en referensgrupp betygssätta uppvisade funktioner i punkterna 3.4.1–3.4.7. Totalt är det sju punkter som ska betyg sättas. Referensgruppen ska även betygssätta anbudsgivarens beskrivning av hur denne arbetar med tjänstens utveckling. Betygssättningen av uppvisade funktioner och utvecklingsplanen ska ske utifrån angivna betygsskalor i punkten 6 i förfrågningsunderlaget.

Vad gäller betygsskalan avseende funktionerna i punkterna 3.4.1–3.4.7 kan följande sägas. De beskrivningar av bedömningsgrunderna och betygssättningen som anges i förfrågningsunderlaget är enligt förvaltningsrätten allmänt hållna och oprecisa. Det är visserligen klart att samtliga listade funktioner måste finnas med i det offererade systemet för att högsta betyg för varje utvärderingskriterium ska erhållas. Däremot ges det inte en tillräckligt tydlig ledning för vad som krävs för att uppvisade funktioner är att anse som användaranpassade och intuitiva respektive endast delvis användaranpassade och intuitiva. Det är vidare inte möjligt att urskilja vad som medför att uppvisade funktioner bidrar till ett betydande mervärde för Energimarknadsinspektionens mål om att öka informationen, kommunikationen och förbättra processen (arbetsyta) respektive endast bidrar på ett godkänt sätt för att uppfylla nämnda mål. Det är därmed oklart vad som krävs för att ett anbud ska få ett visst betyg och mervärdesavdrag. Det är inte heller möjligt att ur utvärderingsrapporten utläsa varför ett visst betyg och mervärdesavdrag har tilldelats eller inte tilldelats. Den aktuella utvärderingsmodellen har därmed öppnat för alltför godtyckliga bedömningar. Sammantaget finner

förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens.

Enligt punkten 4.4. i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren beskriva hur denne arbetar med tjänstens utveckling. I nämnda punkt anges vidare att det av beskrivningen bör framgå hur anbudsgivaren arbetar med uppdatering av systemet och en plan för utveckling av nya funktioner. Även vad avser betygsskalan för bedömningen av utvecklingsplanen anser förvaltningsrätten att det inte tillräckligt tydlig ur förfrågningsunderlaget kan utläsas vad som närmare kommer att tillmätas betydelse vid mervärdesbedömningen för respektive betygsnivå och vad som motiverar ett högre betyg.

Bolaget har lämnat anbud i upphandlingen och dessutom kvalificerat sig för slutlig anbudsutvärdering. Det kan med hänsyn till detta inte uteslutas att Bolaget hade utformat sitt anbud och sin presentation på ett annat sätt om utvärderingsmodellen inte haft ovan nämnda brister. Betygsättningen av funktionerna av punkterna i 3.4.1–3.4.7 och utvecklingsplanen enligt 4.4 har även haft en stor betydelse vid fastställandet av den jämförelsesumma som utgör grund för tilldelningen av kontraktet. Bolaget kan därför ha lidit skada genom de felaktigheter som konstaterats, varför det finns skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

Eftersom det är fråga om brister i upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Magnus Wickström
Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.