



SÖKANDE

Consid AB, 556599-4307

Ombud: Advokaten Viktoria Edelman och biträdande juristen
Viktor Hård af Segerstad
AG Advokat KB

MOTPART

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs Stad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-03-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs Stad (nämnden) genomför en ramavtalsupphandling av Konsulter, IT-data, dnr 238/17. Upphandlingen omfattar elva (11) delområden (A-K) och anbud kunde lämnas på alla eller separata delområden.

Av tilldelningsbeslut den 17 oktober 2018 framgår att åtta andra leverantörer än Consid AB tilldelats ramavtal avseende delområde B (Systemutveckling/Förvaltning). – Av de inkomna anbuden har två leverantörer fått högsta utvärderingspoäng (100) och tilldelats ramavtal. Tretton leverantörer har fått den näst högsta utvärderingspoängen (95), varav sex av dessa leverantörer tilldelats ramavtal genom lottning.

YRKANDEN M.M.

Consid AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom en ny anbudsutvärdering som medför att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden antas. Bolaget anför bl.a. följande.

Nämnden har genomfört upphandlingen i strid med de grundläggande principerna i LOU och med 16 kap. samma lag genom att utvärdera anbuden på ett sätt som medfört att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden inte har antagits. Nämnden har vid utvärderingen även frångått förutsättningarna för utvärdering såsom de har beskrivits i förfrågningsunderlaget. Bristerna har medfört att bolaget inte har tilldelats ramavtalet trots att bolaget har lämnat ett ekonomiskt mer fördelaktigt anbud än flera av de antagna anbuden. Bolaget har därigenom lidit eller riskerat att lida skada.

Av upphandlingsdokumenten framgår att utvärderingskriterierna är Pris (max 50 poäng) och Kvalitet/referenser (max 50 poäng) och att endast om anbud efter utvärdering inte kan särskiljas ska lottning ske för att skilja leverantörerna åt.

Utifrån utvärderingsmodellens utformning måste ett anbud som får fler poäng vid referenstagningen anses vara ett anbud med högre kvalitet. Högre genomsnittspoäng vid referenstagningen har dock inte fått genomslag vid anbudsutvärderingen med följd att de mest ekonomiskt fördelaktiga anbuden inte har antagits.

Av tilldelningsbeslutet framgår att 15 leverantörer efter utvärdering bedömts ha 95 poäng eller högre. Två leverantörer har erhållit maximal poäng avseende både pris och referenser och har därför tilldelats ramavtal direkt. Övriga leverantörer har av nämnden bedömts vara likvärdiga. Eftersom nämnden i samband med utvärderingen har bestämt att just åtta leverantörer skulle tilldelas ramavtal har de övriga sex leverantörerna utsetts genom lottning. Tre leverantörer har dragits före bolaget vid lottningen och tilldelats ramavtal trots att de har ett genomsnittsbetyg från referenter som är lägre än bolagets genomsnittsbetyg från referenter.

Av praxis framgår att i det fall två anbudsgivare har lämnat identiska priser i sina anbud är det möjligt att avgöra vilket anbud som ska antas genom lottning. I detta fall är det inte fråga om identiska anbud utan om att anbud med högre kvalitet enligt utvärderingsmodellen lottats mot anbud med lägre kvalitet, trots att anbudsgivarna har lämnat samma priser.

De ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden i detta fall är de anbud som ger högst kvalitet till lägst pris och utvärderingsmodellen har också utformats på

ett sådant sätt att en högre poäng från referenser innebär en högre kvalitet. Detta har emellertid inte fått genomslag vid utvärderingen. Om nämnden endast tillämpat lottning avseende de sju anbud som efter utvärdering inte kunnat särskiljas (de som haft likvärdig kvalitet) hade bolaget haft större chans att bli antagen som ramavtalsleverantör vid en lottning om sex platser i ramavtalet.

Nämnden anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Nämnden har inte brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna eller LOU i övrigt. Utvärderingsmodellen identifierar de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och detta framgår tydligt av upphandlingsdokumenten.

Tilldelningskriterierna i upphandlingen är ekonomiskt mest fördelaktiga anbud utifrån bästa förhållande mellan pris och kvalitet där 50 poäng kan erhållas för pris och 50 poäng för kvalitet (referenser konsulter). Utvärderingsmodellen är en linjärskaletmodell och har beskrivits i Upphandlingsdokumentet, vari tydligt anges vilka poängalternativ som är möjliga.

Anbudsgivarna ska lämna pris på tre olika kompetensnivåer, där prispositionerna är kopplade till varandra och priserna ska ligga inom ett visst intervall för att bl.a. motverka strategisk anbudsgivning. Detta innebär att anbudsgivaren inte behöver lämna exakt samma pris för att erhålla exempelvis 45 utvärderingspoäng. Likadant förhåller det sig med utvärderingskriteriet kvalitet.

Vad avser kriteriet kvalitet har anbudsgivarna lämnat tre referenter som samtliga har svarat på två frågor avseende tre olika referensuppdrag enligt poängskalan 0-2-4-6-8-10.

Referenternas poäng har summerats och dividerats med 6 (antalet svar) för att få fram den genomsnittliga kvalitetspoängen. Det finns endast heltal i utvärderingsmodellen, dvs. decimaler har inga särskilda utvärderingspoäng, varför den genomsnittliga kvalitetspoängen, i enlighet med utvärderingsmodellen, har avrundats till heltal enligt vedertagna matematiska principer.

Eftersom poängskalan inte innehåller udda tal och för att skapa så stor rättvisa som möjligt innehåller utvärderingsmodellen dessa positioner som mellanvärden, vilket tydligt framgått av upphandlingsdokumenten. Om mellanvärden inte hade använts hade avrundningen till heltal inneburit att en genomsnittlig poäng om 9,10 resulterat i 10 och en genomsnittlig poäng om 8,99 resulterat i 8 eftersom 9 då inte hade funnits. Skillnaden i avrundning hade då blivit betydligt större än skillnaden mellan de respektive genomsnittliga poängen.

Den genomsnittliga poängen har därefter omvandlats till utvärderingspoäng enligt tabell. Utvärderingspoängen för pris respektive kvalitet har adderats för att få fram anbudsgivarnas totala utvärderingspoäng.

Utvärderingsmodellen har framgått av upphandlingsdokumentet med bilagor och modellen har följts vid utvärderingen. Utvärderingsmodellen syftar till att identifiera de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och ger inte nämnden en valfrihet vid tilldelning av avtal. Utvärderingspoängen för kvalitet har ett spann i anledning av avrundningen till heltal, precis som utvärderingspoängen för pris har det. Detta framgår av utvärderingsmodellen och innebär inte att modellen skulle strida mot de grundläggande principerna eller LOU i övrigt. Dessa spann kan likställas med att tilldelningskriterier viktas inom intervall, vilket är fullt tillåtet enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU.

Anbudsgivare har en omsorgsplikt som innebär att om krav eller villkor, eller som i detta fall en utvärderingsmodell, upplevs som otydliga eller skulle stå i strid med de grundläggande principerna eller LOU i övrigt ska detta påtalas för den upphandlande myndigheten. I upphandlingen inkom 118 anbud och 119 frågor ställdes avseende upphandlingen. Det inkom inga frågor angående utvärderingskriteriet "Kvalitet" under anbudstiden.

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer föremålet för upphandlingen. Så länge de krav som ställs på föremålet inte framstår som godtyckliga eller osakliga och inte heller strider mot de grundläggande principerna, LOU i övrigt eller unionsrätten ska de godtas. Vad bolaget framför avseende att deras anbud fick ett snittbetyg på 9,33 och tre andra tilldelade anbudsgivare fick lägre snittbetyg från referenterna är inte relevant. Nämnden kan inte frånga den utvärderingsmodell som framgår av upphandlingsdokumentet.

Även om förvaltningsrätten skulle komma fram till att det finns en brist i utvärderingsmodellen är den inte av sådan art och omfattning att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger en upphandlingsbrist av sådan art att det skulle finnas skäl för ingripande enligt LOU har bolaget i vart fall inte lidit eller riskerat att lida någon skada av hur utvärderingsmodellen är utformad. Om de tre anbudsgivare som har lägre snittpoäng än bolaget inte skulle antas skulle det innebära att tre andra anbudsgivare med samma snittpoäng som bolaget skulle antas då de ligger före bolaget i lottningen. Det kan därmed konstateras att om nämnden borde ha tagit hänsyn till snittpoängen från referenterna i utvärderingen skulle bolaget ha hamnat på plats 7 i lottningen och inte kommit i fråga för ramavtal. Skaderekvisitet är därmed inte uppfyllt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

En upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten (16 kap. 1 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU.

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 en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

Detta följer också av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Regeringsrätten, numera Högsta förvaltningsdomstolen, har även uttalat att 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 LOU och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utvärderingsmodellen har redovisats tydligt i upphandlingsdokumentet och har tillämpats korrekt vid utvärderingen. Vid utvärderingen har två anbud fått högsta poäng och tilldelats ramavtal. Tretton anbud har fått lika totalpoäng och tilldelningen av ramavtal till ytterligare sex anbudsgivare har därför bestämts genom lottning.

Bolaget gör gällande att den valda utvärderingsmetoden inte är förenlig med LOU och de grundläggande principerna då den medför att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuderna inte har antagits då anbudsgivare med lägre genomsnittlig referenspoäng än bolaget har deltagit och antagits vid lottningen.

En upphandlande myndighet har vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet frihet att välja vilka kriterier som ska utvärderas. Detta gäller under förutsättning att den inte ger den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet och att de grundläggande principerna iakttas. Utvärderingsmodellens utformning är klart förutsebar med en intervallbaserad poängsättning för pris respektive kvalitet (referenser) och anbud som har poängsatts inom ett givet spann har betraktats som likvärdiga. Utvärderingsmodellen syftar till att identifiera de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuderna och ger inte nämnden en valfrihet vid tilldelning av avtal. Vidare anges att lottning kommer att genomföras om anbuderna efter

utvärdering inte kan särskiljas. Av det ovan sagda följer att varje omsorgsfull anbudsgivare haft goda möjligheter att bedöma förutsättningarna för tilldelning. Den valda utvärderingsmodellen kan därför inte anses stå i strid med LOU eller de grundläggande principerna.

Frågan är därefter om nu tillämpat lottningsförfarande i upphandlingen är förenligt med LOU och de grundläggande principerna. I upphandlingsdokumentet anges att lottning av anbud kommer att ske vid lika poäng. Bolaget menar emellertid att endast de anbud som inom kriteriet Kvalitet/referenser har fått den högsta genomsnittliga referenspoängen inom givet intervall borde ha fått delta i lottningsförfarandet. En sådan modell skulle i och för sig kunna ha varit ett möjligt sätt att skilja anbuden åt. I detta fall har nämnden emellertid genomfört lottning av samtliga anbud som efter avrundning till heltal fått lika höga poäng för kriteriet kvalitet. Metoden har tillräckligt tydligt framgått av upphandlingsdokumentet. Omständigheten att anbud med genomsnittliga referenspoäng inom ett givet intervall skulle ges samma poäng vid avrundning och därmed betraktas som likvärdiga har varit förutsebart. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer kravnivån och även om lottningsförfarandet hade kunnat utformas med en mer snäv urvalsmetod innebär detta inte att nu tillämpad utvärderingsmetod inte har varit ägnad att identifiera de för nämnden ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Vad bolaget har anfört i fråga om lottningsförfarandet medför inte att upphandlingen kan anses ha genomförts på ett sådant sätt att LOU eller någon av de grundläggande principerna har trätts för när. Skäl för ingripande i upphandlingen saknas därmed. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Ann Rittri
Rådman

Föredragande i målet har varit rättslige experten Michaël Koch.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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 nyårsafton, 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.

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 avisar 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.