



KONKURRENSVERKET	
2017-03-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Kentor IT Aktiebolag, 556284-2319

Ombud: Advokat Mikael Engström och jurist Peter Riiga
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 14 juni 2016
i mål nr 26933-15, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår överklagandet.
 2. Kammarrättens interimistiska beslut den 23 juni 2016 upphör därmed att gälla.
-

YRKANDEN M.M.

Kentor IT Aktiebolag (Kentor) yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget står fast vid det som tidigare har anförts om bristerna i hur det förhandlade förfarandet har genomförts och tillägger bl.a. följande.

Förutsättningarna för förhandling i successiva steg enligt 4 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) måste klargöras i förfrågningsunderlaget. I ansökningsinbjudan har endast angetts att förhandling kan komma att ske i successiva steg. Vidare har Stockholms läns landsting (SLL) uppgett att någon utestängning av anbudsgivare inte skulle ske inför de olika förhandlingsmötena.

Av förarbetena till 4 kap. 4 § LOU framgår att en myndighet kan utestänga leverantörer från vidare förhandlingar om myndigheten kommer fram till att vissa leverantörers lösningar inte kan ligga till grund för slutliga anbud vid en prövning mot de i annonsen förutskickade kriterierna. Anbudspriset är inte en sådan lösning som avses i 4 kap. 4 § LOU. Med lösning förstås de tekniska lösningar, vars komplicerade och varierande innehåll motiverar tillämpningen av det förhandlade förfarandet. Anbudspriset är inte heller ett kriterium i upphandlingen. Dessutom har SLL kommunicerat att beslut om utestängning skulle utgå från de kvalitativa kriterierna. Det framgår av protokollen från den 17 juni 2015 där det, med anledning av de successiva utestängningarna, anges att det är av yttersta vikt att Kentor vid varje givet tillfälle erbjuder ett utifrån utvärderingskriterierna optimalt anpassat anbud.

SLL hade endast sin egen bedömning av Kentors förutsättningar för att senare justera sin prissättning som underlag för beslutet att utestänga Kentor från vidare förhandlingar. SLL har ingen kännedom om de interna överväganden som ligger bakom en anbudsgivares priser och kan inte uttala sig om hur anbudsgivaren kan komma att prissätta sitt anbud.

SLL anser att överklagandet ska avslås och tillägger bl.a. följande.

SLL har på ett tydligt och transparent sätt informerat om förutsättningarna för förhandling i successiva steg. Förhandling i successiva steg enligt 4 kap. 4 § LOU har skett med tillämpning av tilldelningskriterierna, innefattande både pris och kvalitet. Kentors anbudshandlingar har bl.a. innehållit bolagets beskrivning av uppställda kvalitetskrav kring övertagandetjänsterna och anbudspris i denna del. De uppdaterade anbuden måste utgöra tillräckligt underlag för utestängning. Kentor har inte visat att bolaget har lidit skada eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kentor gör inte längre gällande att utvärderingskriterierna står i strid med LOU. Det kammarrätten ska ta ställning till är därmed endast om det förhandlade förfarandet har genomförts i strid med principerna om transparens och likabehandling samt om bestämmelsen om successiva steg har tillämpats på ett felaktigt sätt.

När en upphandlande myndighet avser att i enlighet med 4 kap. 4 § LOU successivt minska det antal anbud som förhandlingen ska omfatta, ska det anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten bedömer att SLL har fullgjort denna skyldighet genom att det av ansökningsinbjudan framgår att förhandlingarna kan komma att ske i successiva steg. Vidare anser kammarrätten, på av förvaltningsrätten anförda skäl, att det inte strider mot principerna om transparens och likabehandling att Kentor inte har fått förhandla om samtliga tjänsteområden eller lämna ett slutpris.

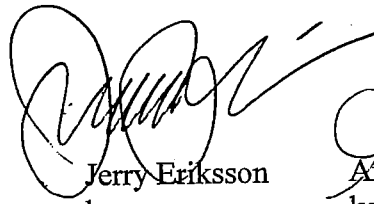
Kentor har även invänt att bolaget har utestängts från vidare förhandlingar på grund av anbudspris, trots att anbudspris inte är en grund för utestängning. Av 4 kap. 4 § LOU framgår att de tilldelningskriterier som

anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget ska tillämpas vid minskning av det antal anbud som förhandlingen ska omfatta. Enligt anbudsinbjudan har SLL avsett att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris samt angivna utvärderingskriterier. Kammarrätten anser att ett preliminärt anbud i en sådan situation måste kunna ligga till grund för utestängning när det under förhandlingarna har blivit klart att anbudet inte är konkurrenskraftigt vid en bedömning mot tilldelningskriterierna. Det har inte framkommit annat än att SLL i enlighet med 4 kap. 4 § LOU har tillämpat tilldelningskriterierna vid utestängningen. Kammarrätten konstaterar även att det i protokollen daterade den 17 juni 2015 anges att SLL, vid den successiva utestängningen, gör en summering av läget av lämnade erbjudanden och värderar dessa mot i förfrågningsunderlaget angiven utvärderingsmodell. Vikten av ett utifrån utvärderingskriterierna optimalt anpassat anbud betonas men ingenstans anges att det är utvärderingskriterierna som kommer att tillämpas vid minskning av det antal anbud som förhandlingen ska omfatta.

Vad gäller underlaget för utestängningen, noterar kammarrätten att Kentor inte bjöds in till vidare förhandlingar efter tre förhandlingstillfällen. Av protokollen daterade den 17 juni 2015 framgår att SLL och Kentor vid de inledande förhandlingarna inte bara behandlade tjänsterna i fråga utan även prissättning. Utöver resultaten från förhandlingarna hade SLL vid utestängningen underlag i form av bolagets svarsbilagor och ett preliminärt pris för hela anbudet. Som konstaterats ovan är det tilldelningskriterierna, dvs. i detta fall både pris och kvalitet, som är avgörande vid bedömningen av om en anbudsgivare kan utestängas enligt 4 kap. 4 § LOU. Kentors anbudspris var vid utestängningen betydligt högre än de anbudsgivare som bjöds in till ytterligare förhandlingar. Enligt kammarrätten hade SLL tillräckligt underlag för att bedöma att vidare förhandlingar med Kentor inte kunde leda fram till ett vinnande slutligt anbud.

Kammarrätten anser sammantaget att SLL har iakttagit principerna om transparens och likabehandling samt att bestämmelsen om successiva steg i 4 kap. 4 § LOU inte har tillämpats på ett felaktigt sätt. Överklagandet ska därför avslås.

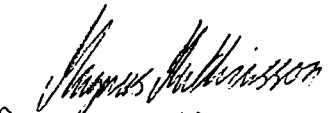
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Jerry Eriksson
lagman
ordförande



Anette Briheim Fällman
kammarrättsråd



Magnus Mathiasson
kammarrättsråd
referent



Clara Ljunggren
kammarrättsfiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-06-14
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26933-15

SÖKANDE

Kentor IT Aktiebolag, 556284-2319

Ombud:

Advokat Mikael Engström
Peter Riiga
Advokatfirman Cederquist AB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 733927

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) har genomfört en upphandling av Drift- och förvaltningstjänster av IT-system. Upphandlingen genomfördes med ett förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. SLL har den 2 december 2015 beslutat att teckna avtal med annan leverantör än Kentor IT AB (Kentor).

Kentor ansöker om överprövning av den aktuella upphandlingen avseende anbudsområde 2 och 3 och yrkar att upphandlingen ska göras om.

SLL bestrider yrkandet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Frågan om förhandlingens genomförande

Kentor anför bl.a. följande. Efter att ha lämnat anbud blev Kentor inbjuden till ett antal förhandlingstillfällen. Inför varje förhandlingstillfälle har SLL pekat ut ett antal tjänsteområden som den aktuella förhandlingen ska avse. Efter varje förhandlingstillfälle har SLL sedan angivit en tidsfrist inom vilken anbudsgivaren ska inkomma med revidering av sitt anbud i enlighet med förhandlingsprotokollen. Förhandlingar har på detta sätt ägt rum mellan Kentor och SLL den 15 juni 2015, 1 juli 2015 och 26 augusti 2015. Efter det tredje förhandlingsmötet lämnade Kentor, inom tidsfristen, in den presentation som efterfrågats i förhandlingsprotokollen. Den 18 september 2015 inkom Kentor med en korrigering och nedsättning av sina prislistor för att erbjuda SLL ett konkurrenskraftigare anbud. Kentor mottog sedan besked från SLL att SLL inte avsåg att ta hänsyn till de nya prisuppgifterna. SLL angav bl.a. att anbudsgivare getts ett bestämt tidsutrymme för att inkomma med eventuell anbudsredigering inklusive eventuell prisnedsättning samt att SLL därefter genomför en successiv uteslutning och att anbudsgivare därför måste säkerställa ett optimalt utformat anbud vid varje givet tillfälle. Av utredningsrapporten framgår att Kentor vad avser de första fem tjänsteområdena getts mycket små prisavdrag samt för det sjätte tjänsteområdet, inget prisavdrag alls.

Möjligheten att tillämpa förhandlat förfarande ska tolkas restriktivt och förfarandet får tillämpas endast i undantagsfall. SLL har motiverat undantagsförfarandet med hänvisning till att det som upphandlas avseende tjänsteområdet Övertagandetjänster, är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg. De övriga fem tjänsteområdena i upphandlingen avser alltså sådana tjänster för vilka SLL inte anser att ett förhandlat förfarande är tillämpligt. Det är dock enbart dessa övriga fem tjänsteområden som Kentor har fått förhandla. Att förhandlingen skulle genomföras på detta sätt har Kentor inte

kunnat förutse. Men hänsyn till den avgörande verkan som Övertagandetjänster och pris har för utvärderingen och hela upphandlingen har Kentor förutsatt att dessa skulle förhandlas under förhandlingstillfälle 4 och/eller 5. Först efter att Kentor uteslutits från vidare förhandling har Kentor fått förklarat för sig att prissättning skulle ingå i de reviderade anbudena. Kentor har därmed inte på förhand kunnat bilda sig en uppfattning om hur Övertagandetjänster och pris avsett att behandlas i förhandlingen.

Det har inte framgått att anbudspris inte avsetts att behandlas särskilt. Inte heller har framgått att ett för högt och icke ännu förhandlat anbudspris skulle kunna resultera i uteslutning i förhandlingen. Av förfrågningsunderlaget och förhandlingen har enbart framgått att förhandling skulle ske med samtliga anbudsgivare samt omfatta hela anbudet. Hade SLL klargjort förutsättningarna skulle Kentor haft möjlighet att anpassa sitt anbud avseende såväl Övertagandetjänster som pris efter vart och ett av förhandlingstillfällena istället för att felaktigt förvänta sig att dessa för upphandlingen avgörande faktorer skulle behandlas senare. Tillämpningen av det förhandlande förfarandet har varit oförutsebar och öppnat för en godtycklig bedömning i strid med principerna om transparens och likabehandling. Övertagandetjänster har utgjort den mest komplexa delen av anbudet och den slutliga innebörden och omfattningen av detta tjänsteområde har en självständig och avgörande betydelse för övriga tjänsteområden. Förhandling av detta område skulle även ha påverkat priset för övriga tjänsteområden. Det primära syftet med förhandlat förfarande är att genom diskussion anpassa anbudena till ett svårbeskrivet behov. Eftersom prissättningen är osäker fram tills dess att den tekniska lösningen är definierad är det naturligt att prissförhandling sker först efter förhandlingen av den tekniska lösningen. Den logiska utgångspunkten för Kentor har varit att anbudspris skulle förhandlas senare under förfarandet. Det faktum att anbudsgivare efter varje förhandlingstillfälle skulle erbjuda ett optimalt anpassat anbud innebär inte att anbudspris direkt eller indirekt de facto har förhandlats. Kentor har lidit skada genom

att berövas möjligheten att lämna ett optimalt anpassat anbud och att maximera chanserna att tilldelas avtal

SLL anför bl.a. följande. Förhandling med successiva steg under det förhandlade förfarandet har genomförts i enlighet med gällande lagstiftning och annonserat förfrågningsunderlag samt utan någon särbehandling av viss eller vissa anbudsgivare. Föremålet för upphandlingen utgörs av ett omfattande IT-outsourcingsuppdrag. De olika outsourcinguppdragen är förenade med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter kan vara svårt att ange något slutligt totalpris i förväg. Avgörande för valet av upphandlingsform har varit omfattningen av de outsourcade uppdragen och komplexiteten i samtliga IT-funktioner och deltjänster och inte enbart de s.k. övertagandetjänsterna så som Kentor påstår.

Redan i början av förhandlingsprocessen informerades samtliga anbudsgivare att förhandlingens syfte var att anpassa anbudet till förfrågningsunderlaget samt att förhandlingarna skulle omfatta hela anbudet varvid det var av vikt att vid varje tillfälle inkomma med sitt bästa möjliga anbud. Just möjligheten till förhandling i successiva steg innebär att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att avsluta förhandlingarna med samtliga anbudsgivare. Syftet med bestämmelsen är att successivt minska det antal anbud som förhandlingen ska omfatta.

Någon absolut skyldighet att särskilt förhandla om själva anbudspriset eller delpriserna finns inte. Syftet med förhandlingarna har framförallt varit att säkerställa samma förståelse hos anbudsgivarna för kraven på IT-tjänsterna för att underlätta för dem att anpassa sina anbud därefter. Därigenom ökar anbudsgivarnas insikt och förståelse för de eventuella riskerna förknippade med varje tjänsteområde och följaktligen hur dessa kan hanteras prismässigt. Det har därför aldrig varit fråga om att avsätta ett specifikt förhandlings-tillfälle för att bokstavligen köpslå om anbudspriser och samtliga däri ingå-

ende detaljerade delbelopp. Det är inte heller myndighetens uppgift att exakt påpeka inom vilka områden anbudet, och särskilt inte på vilket sätt deras anbudspris, kan förbättras.

Förvaltningsrättens bedömning

Kentor har sammanfattningsvis i denna del anfört att SLL har genomfört det förhandlade förfarandet i strid med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling då Kentor uteslutits från fortsatta förhandlingar innan bolaget fått tillfälle att förhandla om samtliga aktuella tjänsteområden eller om pris. Kentor menar att SLL inte har klargjort förutsättningarna för förhandlingen vilket resulterat i att Kentor genom uteslutning ur förhandlingen berövats möjligheten att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU får förhandlat förfarande med föregående annonsering bl.a. 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.

Av 4 kap. 4 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får i annonsen eller i förfrågningsunderlaget ange att förhandlat förfarande med föregående annonsering ska äga rum i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen ska omfatta. Därvid ska de tilldelningskriterier tillämpas som anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Det slutliga antalet anbud ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lämpliga anbudssökande eller anbudsgivare.

Av ansökningsinbudans punkter 7.3 och 13 framgår att upphandlingen genomförs som förhandlat förfarande samt att förhandlingarna kan komma att ske i successiva steg.

I protokollet till det första förhandlingstillfället avseende anbudsområde 2, daterat den 17 juni 2015 redogörs för förhandlingsprocessen och anges under punkt 1:

Som anges i ansökningsinbjudan kommer förhandlingsprocessen att successivt utesluta anbudsgivare varefter förhandlingarna pågår. Efter varje genomgång gör SLL en summering av läget av lämnade erbjudanden och värderar dessa mot i förfrågningsunderlaget angiven utvärderingsmodell. Det är därför av yttersta vikt att Kentor vid varje givet tillfälle erbjuder ett utifrån utvärderingskriterierna optimalt anpassat anbud.

Protokollet är undertecknat av både företrädare för Kentor och SLL och av närvarolistan framgår att flera företrädare för Kentor var närvarande.

Det måste enligt förvaltningsrätten mening redan utifrån ansökningsinbjudans uppgifter varit möjligt för Kentor, som en omsorgsfull anbudsgivare, att utläsa att anbudsgivare kunde komma att successivt uteslutas under förhandlingarnas gång. Att Kentor utan invändning undertecknat det förhandlingsprotokoll där detta tydligt anges som etablerat redan i ansökningsinbjudan får uppfattas som att Kentors företrädare redan var medvetna om detta. Det får också anses framgå att det var av stor vikt att det senast lämnade anbudet var det bästa möjliga. Detta måste enligt förvaltningsrättens mening även innefatta pris. Vidare framgår av förarbetena till bestämmelsen att den omständigheten att förhandlingen får ske i successiva steg innebär att leverantörer kan utestängas från den pågående förhandlingen utan att ha haft möjlighet att lämna ett slutligt anbud (se prop. 2006/07:128 s 326).

Förvaltningsrätten anser därmed att den omständigheten att Kentor inte fått förhandla om samtliga tjänsteområden eller inkomma med ett slutpris, inte medför att SLL har genomfört upphandlingen i strid med principerna om transparens eller likabehandling. Skäl för ingripande i denna del saknas därmed.

Frågan om utvärderingskriterierna

Kentor anför att utvärderingskriterierna avseende både Anbudsområde 2 och 3 är så otydligt formulerade att det inte gått att utläsa vad som skulle tillmätas betydelse vid utvärderingen. Av betygsskalorna ges inte någon som helst ledning, utöver enstaka värdeord såsom "godtagbart" eller "utmärkt" för vad anbudsgivaren genom sina redovisningar har att uppfylla för att erhålla viss poäng och därmed visst prisavdrag. Kentor har inte på förhand kunnat bilda sig en uppfattning om vad SLL krävt för att bedöma att en redovisning visar på "utmärkt insikt" eller "gjort sannolikt för SLL" att man kommer att leverera efterfrågade tjänster på ett "utmärkt sätt". Utformningen och tillämpningen av utvärderingskriterierna har mot denna bakgrund öppnat för en godtycklig och oförutsägbar bedömning i strid med principerna om transparens och likabehandling. I utvärderingsrapporten redovisas enbart vilka poängavdrag anbudsgivarna erhållit men på vilken grund dessa har erhållits framgår inte. Hur poängsättningen ska ske samt vad som fästs avseende vid baseras uteslutande på värdeord. Skillnaden mellan exempelvis en *utmärkt insikt* eller *mycket bra insikt* kan endast bedömas utifrån hur skillnaden mellan begreppen *utmärkt* och *mycket bra* definieras och vilket innehåll de fylls med. Några sådana definitioner finns inte i förfrågningsunderlaget. Anvisningar om vad som ska beskrivas är inte samma sak som vad som krävs för att erhålla en viss poäng. SLL anför att de olika poängnivåerna har baserats på hur väl, utförligt och precist respektive anbudsgivare har lyckats beskriva efterfrågade IT-funktioner, lösningar och arbetssätt. Dessa kriterier och grunder återfinns inte alls i utvärderingsmodellen. Kentor har berövats möjligheten att utforma inlämnade redovisningar på ett optimalt sätt utifrån respektive poängskala och därmed chansen att tilldelas avtal. Kentor har därmed lidit skada eller kan komma att lida skada.

SLL anför att bl.a. följande. SLL har angett det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningsgrund och använt en absolut utvärderingsmodell där kvalitet viktas mot anbudsgivarens totala anbudspris för respektive anbudsområde. Tilldelningskriteriet kvalitet för t.ex. anbudsområde 2 består av sex utvärderingskriterier vilka motsvarar de redovisningar och lösningsförslag som anbudsgivare ska lämna in för respektive IT-funktion: Bastjänster Applikationsförvaltning, Bastjänster Vidareutveckling, Bastjänster Utökad Applikationsdrift, Stödtjänster, Samverkan och styrning samt Övertagandetjänster. Utvärderingsmodellen för anbudsområde 3 är konstruerad på ett liknande sätt. Varje anbuds utvärderingspris räknas fram genom att anbudets totalpris justeras med ett prisavdrag i förhållande till uppfyllda kvalitetskriterier utifrån en fyrgradig skala. Utvärderingsmodellen hänvisar till de relevanta delarna av kravspecifikationen som närmare beskriver vad myndigheter kommer att fästa avseende vid och vilka delar anbudsgivarna måste beröra i sina svarsbilagor. Varje kvalitetskriterium innehåller således ett par närmare angivna underkriterier, som börkrav, som ska bevaras i anbudsgivarnas lösningsförslag. Genom tydliga instruktioner om vad inlämnade lösningsförslag ska innehålla har SLL således utförligt beskrivit samt på ett transparent sätt angett vad som kommer att fästas vikt vid i samband med utvärderingen. De närmare preciserade utvärderingskriterierna som har angetts i kravspecifikationen har en objektiv utformning och framstår varken som godtyckliga eller oskäligen. Poängskalan som är graderad utifrån tydligt definierade nivåer – *Utmärkt, Mycket bra, Bra, Godtagbart* – baseras på hur väl, utförligt och precist respektive anbudsgivare har lyckats beskriva efterfrågade IT-funktioner, lösningar och arbetssätt i sina redogörelser. Det framgår tydligt vad som krävs för att uppnå maximal poäng och högsta prisavdrag.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja metod för anbudsutvärdering förutsatt att denna på ett transparent och förutsägbart sätt redogör för hur utvärderingen kommer att gå till. SLL har använt en absolut utvärde-

ringsmodell med sex tydligt viktade underkriterier inom utvärderingskriteriet Kvalitet samt har, genom tydlig anvisning om vad anbudsgivarna ska beskriva i kvalitetsredogörelser, tydligt redovisat vad som krävs för att er hålla viss poäng. Kentor efterfrågar exakt information om hur SLL kommit fram till de poäng och prisavdrag som bolagets anbud fått. Av rättspraxis på området framgår bl.a. att omständigheten att avsaknad av detaljerad information om exakt hur poängsättningen gått till inte innebär att de grundläggande principerna om transparens träts förnär samt att visst mått av subjektiv bedömning vid enskild poängsättning är ofrånkomlig.

Förvaltningsrättens bedömning

I kravspecifikationerna avseende de aktuella anbudsområdena återfinns avsnitt 7 Lösningförslag och redogörelser. I detta avsnitt efterfrågas diverse lösningförslag och redogörelser, kopplade till de krav som uppställs i kravspecifikationer, som utgör underlag för bedömning och poängsättning.

Exempelvis uppställer kravspecifikationens punkt 2.1.2.4 i ett ska-krav gällande att anbudsgivaren ska ha en väl beprövad metod för ständiga förbättringar inom sin förvaltningsverksamhet och med stöd av denna kontinuerligt presentera förslag till förbättringar av applikationer till SLL. Förbättringsförslagen ska omfatta så väl enskilda applikationer, grupper av applikationer, tekniska miljöer som rutiner och arbetssätt.

Under punkt 7.1.1. B anges att anbudsgivaren ska redogöra för hur löpande förbättringsarbete genomförs enligt de krav som ställs i kravspecifikationens punkt 2.1.2.4. Anbudsgivaren ska då redogöra åtminstone för

- 1) Hur Anbudsgivaren arbetat för att bevaka och fänga nya omvärldskrav/möjligheter;
- 2) Hur Anbudsgivaren fångar interna och kundspecifika förbättringsbehov/möjligheter;
- 3) Hur Anbudsgivaren arbetar för att förbättringarna ska komma SLL:s verksamhet till gagn;

- 4) Hur Anbudsgivaren samarbetar med SLL i att identifiera och realisera förbättringar;
- 5) Hur och när Anbudsgivaren presenterat förbättringsförslag.

Som ska-krav anges vidare att anbudsgivaren ska redovisa sitt lösningsförslag avseende överlämnande och förbättringsarbete samt att alla redogörelser ska innefatta en beskrivning av "hur" efterfrågad tjänst löses samt "varför" lösningen ser ut som den gör.

I utvärderingsmallarna UV -2.2 och UV -3.3, som utgör bilagor till anbudsinbjudan, finns utvärderingsmallar som är kopplade till kravspecifikationerna. Här anges vilket prisavdrag på anbudspriset en anbudsgivare kommer att erhålla utifrån hur SLL bedömer att anbudsgivaren har redogjort för sina lösningar avseende de icke-obligatoriska krav som uppställs i kravspecifikationen. Störst prisavdrag ges till anbudsgivare som bedöms ligga på nivå *utmärkt*:

- Anbudsgivaren har med sina redogörelser visat utmärkt insikt i SLL:s verksamhetens och användares behov och svarar på ett utmärkt sätt mot de mål, riktlinjer, krav, förutsättningar samt dokument som presenteras i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivaren har med sina redogörelser gjort sannolikt för SLL att anbudsgivaren kommer att leverera Tjänsterna på ett utmärkt sätt.

Mindre prisavdrag ges till anbudsgivare som bedöms ligga på nivå *mycket bra*, minst prisavdrag ges till anbudsgivare som bedöms ligga på nivå *bra* och inget prisavdrag ges till anbudsgivare som bedöms vara på nivå *godtagbart*.

Kentor har anfört att denna utvärderingsmodell är alltför otydligt för att en anbudsgivare ska kunna utläsa vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen och att detta öppnat för en godtycklig och oförutsägbar bedömning i strid med principerna om transparens och likabehandling. Särskilt invänder

Kentor emot att det saknas definitioner av begreppen *utmärkt*, *mycket bra*, *bra* och *godtagbart*.

Förvaltningsrätten anser att SLL genom kravspecifikationerna och utvärderingsmallarna har specificerat och tydliggjort vad myndigheten avser att tillmäta betydelsen vid värderingen. SLL har efterfrågat lösningar på specifika behov som myndigheten har identifierat och har specificerat att myndigheten önskar få en redogörelse för både anbudsgivarnas förslag till lösning samt varför denna lösning har valts. När en upphandlande myndighet inte i förväg vet vilken lösning som en anbudsgivare kan erbjuda kan det enligt förvaltningsrättens mening inte fullt ut krävas av den upphandlande myndigheten att den i förväg och i detalj ska specificera hur lösningar kommer bedömas och poängsättas.

Det framgår vidare av praxis att en upphandlande myndighet allmänt sett måste ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera ett anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. Det uttalas bland annat att den upphandlande myndighetens värdering får godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning (se Kammarrätten i Stockholms dom den 5 september 2012 i mål nr 2304-12 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2009 i mål nr 5-09). Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att den i målet aktuella utvärderingsmodellen inte strider mot principerna om transparens och likabehandling.

Frågan om tillräckligt underlag för uteslutning

Kentor anför bl.a. följande. Bolaget har uteslutits på grund av att SLL har ansett att Kentors anbudspris inte varit konkurrenskraftigt nog trots att frågan om anbudspris inte hade varit föremål för förhandling. Agerandet strider mot principerna om transparens, likabehandling och den bestämmelse i LOU som reglerar successiva uteslutningar ur förhandlingar. En anbudsgi-

vare kan bli utesluten från vidare förhandling för det fall den upphandlande myndigheten kommer fram till att anbudsgivarens lösning inte kan ligga till grund för ett vinnande anbud. Det krävs härvid att myndigheten har tillräckligt underlag för att bedöma att vidare förhandlingar inte kan leda fram till ett vinnande slutligt anbud. Det enda underlag som SLL kan ha haft för bedömningen är skillnaden i anbudspris mellan Kentor och anbudsgivare med lägre anbudspris. Denna relativa skillnad förelåg dock enligt utvärderingsprotokollet redan när förhandlingen inleddes. Med den logik SLL har tillämpat skulle uteslutningen snarare ha skett redan efter första förhandlingstillfället. Att utesluta en anbudsgivare enbart på grund av högre anbudspris jämfört med andra anbudsgivares anbudspris skulle strida mot 4 kap. 4 § LOU då det inte finns något underlag som styrker att anbudsgivaren inte skulle kunna lämna ett lägre pris vid ett slutligt anbud. Som ensam grund för uteslutning tycks SLL ha identifierat anbudspriset som åtminstone ett av förbättringsområdena i Kentors anbud. Trots att Kentor riskerade uteslutning från vidare förhandling på grund av sitt dittills ofördelaktiga anbudspris berörde inte SLL frågan om anbudspris överhuvudtaget. För högt pris kan ensamt inte utgöra grund för uteslutning från vidare förhandling då pris inte utgör ett sådant kriterium mot vilken jämförelse kan göras som resulterar i uteslutning vid förhandlat förfarande. I förarbetena exemplifieras möjligheten att utestänga anbudsgivare från vidare förhandlingar för det fall anbudsgivares lösningar inte är sådana att de kan läggas till grund för ett slutligt anbud. Ett anbudspris som inte grundas på ett definierat anbudsinnehåll utgör inte en del av lösningen i den mening som avses i förarbetena. Vidare kan anbudspriset komma att ändras vid ett slutligt anbud, exempelvis genom att anbudsgivaren tillåter sig minskade marginaler. Kentor uteslöts trots att SLL inte konstaterat några avgörande brister i förhållande till lösningarna. Kentor har lidit skada genom att berövas möjligheten att lämna ett optimalt anpassat anbud och tilldelas kontrakt.

SLL anför bl.a. följande. Möjligheten att i successiva steg minska antalet anbudsgivare innebär att en leverantör kan utestängas utan att få ha lämnat ett slutligt anbud. Av förarbetena framgår att uteslutning i successiva steg kan aktualiseras då den upphandlande myndigheten i en inledande fas förhandlar fram en teknisk lösning för det som ska upphandlas. Myndigheten har rätt att utestänga en viss anbudsgivare från vidare förhandling om myndigheten vid förhandlingen kommer fram till att anbudsgivarens lösning inte kan leda fram till ett slutligt anbud. Myndigheten måste ha inhämtat tillräckligt underlag för att kunna bedöma om ett av en viss anbudsgivare uppdaterat anbudsförslag inte kan leda till ett vinnande anbud. Myndighetens bedömning i denna del utgår ifrån de tilldelningskriterier, som kan vara både pris och kvalitet med tillhörande underkriterier, som har angetts i förfrågningsunderlaget samt de uppdaterade anbudshandlingar som lämnats in vid varje förhandlingstillfälle.

Förhandlingarna har även om fokus primärt har legat på erbjuden teknisk lösning, indirekt även inkluderat lämnat anbudspris. I enlighet med 4 kap. 4 § LOU har SLL bedömt inlämnade uppdaterade anbudsförslag, inklusive justerade prisbilagor, och successivt uteslutet de anbudsgivare som inte ansetts ha en realistisk möjlighet att inkomma med ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud utifrån uppställda utvärderingskriterier. Kentor hade angett att ursprungligt anbudspris om 389 263 081 kr för anbudsområde 2 och 279 651 863 kr för anbudsområde 3 vilket efter det tredje förhandlingstillfället hade justerats till 345 231 315 kr respektive 250 376 934 kr. Detta ska jämföras med det vinnande anbudspriset om 238 898 301 kr anbudsområde 2 respektive 172 500 926 kr anbudsområde 3. Baserat på de utförliga uppdaterade svarsbilagor och prisbilagor som Kentor skickat efter förhandlingstillfällena har SLL bedömt att vidare förhandlingar inte skulle leda till ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud från Kentor.

Kentor har framhållit att möjligheten att förhandla om Övertagandetjänster och justera sitt ursprungliga anbudspris i denna del har påverkat dess möjlighet att inkomma med ett mycket bättre och mer konkurrenskraftigt bud. Övertagandetjänsterna berättigar till ett prisavdrag om max 20 000 000 kr. Även om Kentor uppnått det maximala poängavdraget för sitt lösningsförslag hade dess senaste uppdaterade anbudspris minskat enbart med detta belopp. Vidare utgör priset för Övertagandetjänsten, som prissätts som ett fast pris, endast 2,6 % av Kentors sammanlagda anbudspris för anbudsområde 2 respektive 3. Möjligheten att förhandla denna prispost i skulle knappast ha haft någon nämnvärd inverkan på Kentors totala anbudspris eller dess möjlighet inkomma med ett konkurrenskraftigt bud. Det av Kentor offererade anbudspriset var inte heller ofördelaktigt för SLL utan en klar förbättring mot dagens nivåer varför SLL inte kunde informera Kentor om att anbudspriset var i behov av förbättring utan att samtidigt avslöja att andra budsgivare hade längre bud. Det är inte korrekt att SLL skulle ha selekterat Kentors bud från vidare förhandling enbart baserat på anbudspris. Av utvärderingsrapporten framgår att selekteringen av uppdaterade bud har gjorts genom att tillämpa annonserad utvärderingsmodell och inte bara tilldelningskriteriet pris.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om SLL har haft tillräckligt underlag för att bedöma att vidare förhandlingar med Kentor inte kunnat leda fram till ett vinnande slutligt bud från bolaget. Kentor menar att så inte är fallet samt att SLL, i strid med 4 kap. 4 § LOU och principerna om transparens och likabehandling, har uteslutit bolaget enbart på grundval av det inlämnade anbudspriset.

I förarbetena till bestämmelsen i 4 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Att förhandlingen får ske i successiva steg innebär att leverantörer kan ute-

stängas från den pågående förhandlingen utan att ha haft möjlighet att lämna ett slutligt anbud. Det innebär exempelvis att den upphandlande myndigheten i en inledande fas förhandlar fram en teknisk lösning för föremålet för upphandlingen. Om myndigheten i förhandlingarna kommer fram till att vissa leverantörers lösningar inte kan ligga till grund för slutliga anbud vid en prövning mot de i annonsen förutskickade kriterierna ger bestämmelsen möjlighet för myndigheten att utestänga dem från vidare förhandlingar. Det förutsätter naturligtvis att myndigheten har tillräckligt underlag för att bedöma att vidare förhandlingar med leverantören inte kan leda fram till ett vinnande slutligt anbud från leverantören i fråga (prop. 2006/07:128 s. 326).

Under anbudsinbudans punkt 10.1 anges under rubriken Grund för tilldelning att SLL avser att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris samt angivna utvärderingskriterier i bilagorna UV-1.2, UV-2.2 och UV-3.2.

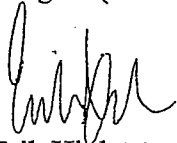
De ovannämnda bilagorna består av utvärderingsmallar. Av dessa kan utläsas att anbudsgivarna kan erhålla visst prisavdrag bl.a. utifrån hur de genom sina redovisade lösningsförslag visar insikt i SLL:s behov och svarar mot de mål som presenterats i förfrågningsunderlaget. Klart står därmed enligt förvaltningsrättens uppfattning att pris är ett av tilldelningskriterierna och att detta även påverkas av de utvärderingskriterier som utgör de andra tilldelningskriterierna. Förvaltningsrätten kan inte utläsa att SLL uteslutit Kentor enbart utifrån det lämnade anbudspriset utan detta har bedömts ihop med det prisavdrag som Kentors presenterade lösningar har genererat. Då detta är i överensstämmelse med vad som angetts i anbudsinbudan har SLL genom förfarandet varken agerat i strid med 4 kap. 4 § LOU eller principerna om transparens eller likabehandling. Vidare anser förvaltningsrätten utifrån vad som framkommit i målet att SLL måste anses ha haft tillräckligt underlag för att göra en bedömning av Kentors möjlighet att inkomma med ett vinnande slutligt anbud. Skäl för ingripande på denna grund saknas därmed.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det Kentor har anfört i sin ansökan om överprövning inte medför att upphandlingen ska rättas eller göras om. Kentors ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).



Erik Hjulström

Rådman

Madeleine Pettersen har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.