



KONKURRENSVERKET	
2011-03-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Enera International AB, 556496-2321
Nämndemansgatan 3
431 33 Mölndal

MOTPART

Malmö kommun
205 80 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 21 oktober 2010 i mål nr
12025-10, se bilaga A

SAKEN

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

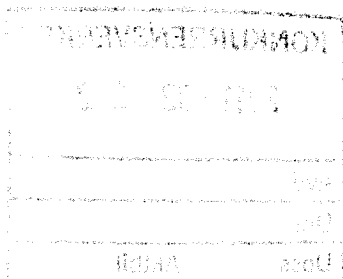
KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut den 28 oktober 2010 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Enera International AB (Enera) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om och anför följande. Den av kommunen använda utvärderingsmodellen ger inte ett tillfredsställande resultat. Modellen är allmänt vedertagen när man använder en prissumma, men är mer omtvistad när man försöker väga ihop flera summor procentuellt. Modellen premierar taktisk prissättning och inte lägst kostnad oavsett hur man räknar på total



kostnad. Eneras anbud har lägst kostnad för etapp 1 samt för etapp 1 och etapp 2 sammantaget, men har trots detta inte premierats av modellen. Bolaget har därigenom lidit skada av den valda av utvärderingsmodellen.

Malmö kommun (kommunen) anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Relativa utvärderingsmodeller har visserligen svagheter, men är sedan länge använda i branschen och godtagna i rättspraxis. Alla modeller kan med strategiska bud ge utfall som leder till ett svårförutsägbart resultat. Alternativet med absoluta modeller förutsätter att beställaren har ingående kännedom om marknadsutbudet och alla detaljer avseende föremålet för upphandlingen. Detta är en förutsättning för att rättvisa avdrag och tillägg ska kunna formuleras och prissättas. Absoluta modeller är särskilt svåra att använda i den aktuella typen av upphandling där beställaren vill kunna dra fördel av att anbudsgivarna konkurrerar med sin fackkunskap och sina egna lösningar. Det är anbudsgivarna som bäst känner branschen. Alla modeller är känsliga för strategiska anbud. Val av utvärderingsmodell kan inte i första hand avgöras med hänsyn till att anbudsgivare inte skulle lämna seriösa anbud. Kommunen har bedömt att resultatet av utvärderingen ligger inom ramen för vad beställaren kan anta som rimligt. Att en utvärdering baserad på principen att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas inte resulterar i att lägsta pris vinner utgör inte skäl för avbrytande om resultatet ligger inom en skälig träffbild.

Konkurrensverket har i ett av kammarrätten begärt yttrande den 20 december 2010 (dnr 616/2010) anför följande.

Konkurrensverkets svar på kammarrättens fråga

23 Malmö stad har vid sin värdering av de inkomna anbuden använt sig av en relativ utvärderingsmodell. Det har i olika sammanhang framförts att de relativa utvärderingsmodellerna typiskt sett är behäftade med vissa brister, till exempel att rangordningen mellan de bästa anbuden kan påverkas av ovidkommande anbud eller att den viktning av tilldelningskriterierna som anges i förfrågningsunderlaget inte går att fastställa på förhand eftersom den faktiska viktningen är beroende av anbudens utformning.

24 Trots den kritik som riktats mot de relativa utvärderingsmodellerna framgår det av kammarrätternas praxis att man inte ansett att det finns något förbud per se för upphandlande myndigheter att använda sig av sådana modeller. Även om de relativa modellerna av domstolarna i vissa fall konstaterats ha brister som kan medföra oönskade resultat har bristerna inte ansetts vara tillräckliga för att sådana modeller ska bedömas som otillåtna i och för sig. Kammarrätterna synes ofta ha lagt en avgörande vikt vid huruvida den aktuella utvärderingsmodellen varit i överensstämmelse med de grundläggande principerna. De ovan refererade rättsfallen C-448/01 EVN Wienstrom samt RÅ 2002 ref 50 torde ha haft stor betydelse vid de svenska domstolarnas bedömning.

25 Rättsläget får således tolkas som att de upphandlande myndigheterna ges en relativt stor frihet vid sitt val av utvärderingsmetod. En viktig förutsättning för detta är dock att tillämpningen av den aktuella utvärderingsmodellen inte får medföra att de grundläggande principerna för offentlig upphandling överträds.

26 Att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska väljas innebär att en avvägning görs mellan anbudets pris och de övriga kriterier som den upphandlande myndigheten valt som tilldelningskriterier. Beroende på hur viktningen mellan de olika kriterierna har gjorts kan således en anbudsgivare med ett, relativt konkurrenterna, högt anbudspris vinna upphandlingen om anbudets poängtal avseende övriga kriterier vid utvärderingen är så högt att detta kompenserar för det relativt sett höga priset.

27 Enligt Konkurrensverkets uppfattning ligger det dock i sakens natur att om två eller flera anbudsgivare har exakt samma kvalitet i sina anbud, eller med andra ord; exakt samma poängsumma avseende de tilldelningskriterier som inte har med priset att göra, så måste den anbudsgivare som har det lägsta priset vinna. Vid ett annat utfall kan den upphandlande myndigheten inte anses ha valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

28 Konkurrensverket noterar angående den aktuella upphandlingen att alla deltagande anbudsgivare erhållit samma poängtal avseende tilldelningskriteriet "Organisation och referenser". Detta kriterium är viktat med 20 procent i båda etapperna. Eftersom det enda tilldelningskriterium som därutöver ska tillämpas är priset (det vill säga anbudssumman plus kostnader) är det enda alternativet för myndigheten att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att tilldela kontraktet till den anbudsgivare som erbjuder det lägsta priset. Detta är en konsekvens av att anbudsgivarna inte har kunnat skiljas åt vad gäller övriga tilldelningskriterier.

29 Resultatet av Malmö stads tilldelningsbeslut är dock att kontraktet tilldelats en anbudsgivare som har ett högre sammanlagt pris än två av sina tre konkurrenter, trots att dessa två anbudsgivare har samma poäng för övriga tilldelningskriterier. Detta förhållande gäller oavsett om staden väljer att genomföra båda de planerade etapperna eller om man endast genomför etapp ett.

30 Konkurrensverket finner att utvärderingsmodellen får anses ha beskrivits på ett godtagbart sätt i förfrågningsunderlaget och den synes också ha tillämpats vid utvärderingen på det sätt som angetts. Modellen i fråga kan dock i det konkreta fallet inte anses ha lett till ett rättvisande resultat och den har därmed varit i strid mot likabehandlingsprincipen då den vinnande anbudsgivaren i relation till sina konkurrenter måste anses ha blivit gynnad på ett otillåtet sätt vid utvärderingen. Enligt Konkurrensverkets uppfattning ligger denna bedömning i linje med de ovan refererade avgörandena C-448/01 EVN Wienstrom samt RÅ 2002 ref 50.

31 Den aktuella utvärderingsmodellen har enligt Konkurrensverkets bedömning påtagliga brister. Detta visas genom att det är fullt möjligt att fingera ett scenario där en hypotetisk anbudsgivare lämnar ett anbud som har den lägsta kvaliteten och det högsta sammanlagda priset av samtliga ingivna anbud, men ändå vinner upphandlingen, detta trots att modellen iakttagits. Ett sådant utfall kan särskilt bli aktuellt om den hypotetiske anbudsgivaren antas ha tillämpat en strategisk prissättning, till exempel genom att ange ett mycket lågt pris för det högt viktade tilldelningskriteriet "anbudssumma", varvid konkurrenterna erhåller så låga poängtal att den hypotetiske anbudsgivaren kan ha angett ett mycket högt pris för det lägre viktade tilldelningskriteriet "driftkostnader" och ändå vinna upphandlingen, även för det fall att anbudet bedöms ha sämre kvalitet än övriga anbud.

32 Skälet till den aktuella modellens brister torde vara att varje anbuds angivna belopp för tilldelningskriterierna anbudssumma, driftkostnader och utvecklingskostnader var för sig jämförs relativt med övriga anbud på motsvarande poster och poängsätts, utan att respektive anbudsgivares sammanlagda pris dessförinnan summerats. Detta förfarande innebär att modellen möjliggör utfall som inte kan anses vara rättvisande.

33 Sammanfattningsvis kan den av Malmö stad i den aktuella upphandlingen tillämpade utvärderingsmodellen inte anses vara förenlig med avsikten att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och den har i det konkreta fallet fått till följd att staden brutit mot principen om likabehandling. Modellen kan därmed heller inte anses vara förenlig med LOU.

34 En fråga är om den tillämpade utvärderingsmodellen per definition ska anses vara otillåten, av det skälet att den över huvud taget möjliggör ett utfall där inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas, eller om modellen bara ska anses otillåten i de fall där ett sådant utfall faktiskt har kunnat konstateras.

35 Det finns ingenting i och för sig som hindrar att den aktuella modellen leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas i en viss given upphandling. Detta är dock helt beroende av hur de inkomna anbuden har formulerats, och således inte något som den upphandlande myndigheten kan råda över.

36 Eftersom den upphandlande myndigheten inte känner till anbudens utformning kan myndigheten aldrig på förhand ha vetskap om man använder sig av en tillåten utvärderingsmodell eller inte. En myndighet som, efter det att anbudet öppnats och utvärderingen gjorts, i den enskilda upphandlingen kunnat konstatera att man är förhindrad att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle i sådana fall vara hänvisad till att avbryta upphandlingen för att inte bryta mot likabehandlingsprincipen. Detta framstår vare sig som rationellt eller effektivt. Det bör också beaktas att risken för utvärderingsresultat som inte är rättvisande kan bedömas som hög med hänvisning till modellens konstruktion. Det kan även anmärkas att modellen har en hög känslighet för så kallad strategisk anbudsgivning, till exempel på sätt som ovan angivits i punkt 31. Det får slutligen anses som olämpligt ur ett transparensperspektiv om det råder osäkerhet bland berörda parter huruvida den tillämpade utvärderingsmodellen är tillåten eller ej.

37 Enligt Konkurrensverkets uppfattning får den av Malmö stad tillämpade utvärderingsmodellen därför anses ha sådana brister att den inte kan godtas.

Slutsats

38 Konkurrensverket anser att den utvärderingsmodell som har tillämpats i den aktuella upphandlingen inte kan anses förenlig med avsikten att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Modellen kan heller inte anses förenlig med likabehandlingsprincipen eller med LOU i övrigt.

Kammarrätten har den 28 oktober 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE


Den upphandlande myndigheten ska efter utvärderingen anta aningen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst pris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska den upphandlande myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen i det här fallet har avsett att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

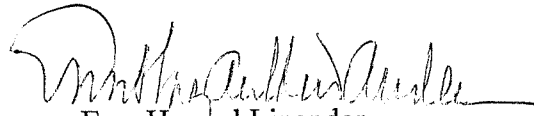
När två eller flera anbudsgivare har exakt samma poängsumma avseende de tilldelningskriterier som inte har med priset att göra bör en utvärderingsmodell som ska utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet rimligen leda till att den anbudsgivare som har det lägsta priset vinner.

Kommunen har i målet invänt att relativa utvärderingsmodeller är allmänt vedertagna och att man vid valet av modell följt gängse praxis. Utfallet av den här valda utvärderingsmodellen är dock, som Konkurrensverket också konstaterat, att kontraktet tilldelas en anbudsgivare som har ett högre totalpris än två av tre övriga anbudsgivare, trots att dessa två anbudsgivare har samma poäng för övriga tilldelningskriterier. Resultatet är dessutom detsamma oavsett om man väljer att genomföra både etapp 1 och 2 eller om man endast genomför etapp 1. Den valda utvärderingsmodellen kan mot denna bakgrund inte anses säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och den strider därför mot LOU. Eftersom Enera har lidit skada av överträdelsen föreligger det förutsättningar att besluta att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

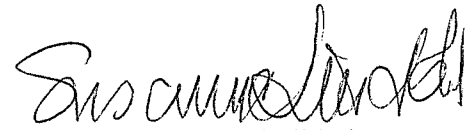


Per Ove Svensson



Ewa Hagård Linander

referent



Susanne Lindblad



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2010-10-21
Meddelad i
Malmö

Bilaga A

Mål nr
12025-10E

SÖKANDE

Enera International AB, 556496-2321
Nämndemansgatan 3
431 33 Mölndal

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Enera International AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför upphandling avseende GPS för vinterväghållning. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har Malmö stad beslutat att anta anbud från Cartesia GIS AB.

Enera International AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand rättelse på så sätt att bolaget ska tilldelas kontraktet på grund av lägsta pris och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget har som grund för sin ansökan anfört följande. I utvärderingen har ett poängsystem använts som inte är rättvisande. Fyra typer av faktorer har använts varav tre är kopplade till pris och ett är kopplat till organisation och referenser. Av utvärderingen framgår att samtliga anbudsgivare har fått samma poäng för faktorn organisation och referenser. Kvar återstår då att välja det anbud som representerar lägst kostnad. Med den modell man valt att använda för utvärdering av pris så får man ett godtyckligt resultat och lägsta pris premieras inte. Det finns ingen korrelation mellan poäng i modellen och lägsta pris. Vidare är beskrivningen av modellen inte komplett och entydigt beskriven i förfrågningsunderlaget. Om bolaget i förväg känt till modellen kunde de lämnat ett anbud där 99 procent av den totala anbudssumman lades i etapp 1 och resterande i etapp 2. De skulle då ha vunnit upphandlingen trots att den totala anbudssumman förblev den samma. Bolaget kan inte se att modellen uppnår syftet att gynna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolagets anbud som var lägst för etapp 1 samt etapp 1 och 2 tillsammans har missgynnats av den utvärderingsmodell som använts och bolaget har därför lidit skada.

Malmö stad motsätter sig bolagets yrkanden och anför följande. Kontraktet omfattar två etapper. Etapp 1 avser leverans och anpassning av 40 enheter avsedda för fordon som används vid halkbekämpning och plogning (vin-

terväghållning). Etapp 2 är option på ytterligare mjukvarufunktioner för att möjliggöra mer detaljerad uppföljning av vinterväghållningen. Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas och att detta framräknas i enlighet med i underlaget angivna utvärderingsmodell. Att utvärdera efter principen lägsta pris vore följaktligen felaktigt. Utvärderingsmodellen har redovisats i underlaget och har följts vid utvärderingen. Modellen är tydligt angiven och kan inte ge något annat matematiskt utfall än det uppvisade. Oaktat att bolaget anser att det vore bättre med en annan modell som skulle ha gynnat deras prissättning så har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet räknats fram efter i förfrågningsunderlaget angivna modell. Modellen är vedertagen och har i underlaget redovisats för alla anbudsgivarna vilket innebär att bolagets påstående att man inte kände till modellen saknar relevans. Bestämmelserna i LOU har iakttagits och bolaget har inte lidit någon skada.

Förvaltningsrätten har genom interimistiskt beslut den 1 september 2010 förordnat att Malmö stad inte får avsluta den påbörjade upphandlingen till dess annat beslutas.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upp-

handling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har i målet anfört att den utvärderingsmodell som Malmö stad använt inte är rättvisande, att den ger ett godtyckligt resultat och att lägsta pris inte premieras. Vidare är beskrivningen av modellen enligt bolaget inte komplett och entydigt beskriven i förfrågningsunderlaget.

I aktuellt förfrågningsunderlag anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn till följande värderingskriterier.

Ettapp 1

Anbudssumma	60%
Driftskostnader	20 %
Organisation/referenser	20%

Ettapp 2

Anbudssumma	50%
Driftskostnader	20 %
Utvecklingskostnader	10%
Organisation/referenser	20%

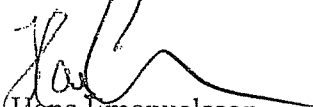
Vidare anges att anbudssummorna och kostnaderna för respektive ettapp alla bedöms i en skala där lägst pris ger 5 poäng. Lägsta pris plus 50 % ger 2,5 poäng. Den slutliga poängen beräknas som ett genomsnitt av poängen från utvärdering av ettapp 1 och ettapp 2.

Enligt förvaltningsrättens mening får det därigenom anses klart och tydligt framgå av förfrågningsunderlaget vilka kriterier som kommer att beaktas och hur dessa viktas samt hur utvärderingen kommer att ske. Förvaltningsrätten kan således inte finna, såsom bolaget anfört, att förfrågningsunderlaget i denna del brister i transparens. Vidare kan förvaltningsrätten konstatera att priset i de två etapperna är uppdelat i olika utvärderingskriterier så-

som anbudssumma, driftskostnader och utvecklingskostnader samt att dessa är viktade olika. Eftersom det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som ska antas har Malmö stad att vid utvärderingen beakta samtliga de angivna kriterierna och viktningen av dessa. Det är såldes inte möjligt för den upphandlade myndigheten att i den nu aktuella upphandlingen, såsom bolaget anfört, endast ta hänsyn till lägsta pris. Av utredningen i målet framgår inte annat än att Malmö stad i detta avseende vid utvärderingen av inkomna anbud har följt förfrågningsunderlaget och den däri angivna utvärderingsmodellen.

Sammantaget har bolaget enligt förvaltningsrättens mening inte förmått visa att den av Malmö stad valda utvärderingsmodellen skulle vara utformad på ett sådant sätt att den kan anses strida mot bestämmelserna i LOU eller att Malmö stad skulle ha åsidosatt nämnda bestämmelser vid utvärderingen av anbudet. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

HUR MÅN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1b)


Hans Emanuelsson

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 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.

