

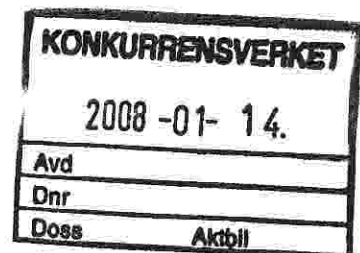


**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

Länsrättsnotarien
Anna Grahn

DOM
2008-01-11
Meddelad i
Falun

Mål nr
3171-07E
Rotel 2



SÖKANDE

ARS Traffic & Transport Technology BV
Vlietweg 14
NL-2266 KA The Hague
Nederländerna

Ombud: Advokat Anna Ulfsson och jur.kand Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi & Co KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholm stad
Trafik- och renhållningsnämnden
Box 8311
104 20 Stockholm

2. Vägverket
781 87 Borlänge

Ombud för 1 och 2: Rogert Andersson
Vägverket
781 87 Borlänge

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ARS Traffic & Transport Technology BV:s ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut från den 30 november 2007.

BAKGRUND OCH YRKANDE

Stockholm stad (nedan Staden) och Vägverket genomför en urvalsupphandling av leverans av information om restider (dnr T 2007-006-3226). Staden och Vägverket har den 20 november 2007 fattat tilldelningsbeslut i upp-

Dok.Id 41767

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 791 21 Falun	Kullen 4	023-484 00 E-post: lansrattenidalarna@dom.se	023-484 80	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

handlingen varvid Swarco Sverige AB (nedan Swarco) tilldelades uppdraget.

ARS Traffic & Transport Technology BV (nedan ARS) begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand, såsom bolaget slutligen bestämt sin talan, att länsrätten skall förordna att upphandlingen får avslutas först efter rättelse. Rättelse skall ske på så vis att Swarcos anbud förkastas och en ny anbudsutvärdering därefter genomförs varvid endast det som angivits i förfrågningsunderlaget beaktas och ARS, som i en korrekt genomförd utvärdering har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tilldelas kontrakt i upphandlingen. ARS yrkar i andra hand att länsrätten skall förordna att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför ARS i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att reservationer eller liknande som innebär att anbudet avviker från de villkor som är uppställda i förfrågningsunderlaget inte kommer att godtas. Det råder således ingen tvekan om att ett anbud som innehåller reservationer mot förfrågningsunderlagets villkor inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav utan skall förkastas. Av avtalsförslagen som ingår i förfrågningsunderlaget framgår följande. "Om leverantören inte fullgör sina åtaganden enligt avtalet och efter anmodan inte inom skälig tid vidtar rättelse får beställaren göra avdrag på ersättningen." Staden och Vägverket har således rätt att utkräva vite i form av avdrag på ersättningen till leverantören. Swarco har dock i sin anbudsmall angivit följande. "Vi tolkar förfrågan som om orsaker till bortfall av restidsdata som ligger utanför vår kontroll, t.ex. att VPN-anslutning mot Stockholm stad och Vägverkets server och/eller GPRS-nätet går ner inte orsakar oss några viten. Närmare precisering av detta förutsätts göras vid kontraktsskrivning." Swarco har således gjort en reservation med avseende på det citerade avtalsvillkoret såvitt avser situationer då Swarco inte kan uppfylla sina åtaganden till följd av att server eller anslutning går ner. Förfrågningsunderlaget lämnar inget utrymme för en sådan reservation, utan förbjuder reservationer. Detta är särskilt allvarligt då det rör sig om ett

skall-krav av mycket stor ekonomisk betydelse. Swarcos anbud uppfyller därigenom inte förfrågningsunderlagets krav och skulle därför rätteligen ha förkastats. Swarcos anbud uppfyller inte heller kravet på att använda den av Vägverket och Staden fastställda anbudsmallen. I förfrågningsunderlaget är vidare bedömningskriterierna egenkontroll och metodbeskrivning så otydligt och knapphändigt formulerade att de inte kunnat tolkas på samma sätt av alla anbudsgivare. Det framgår inte vad Staden och Vägverket haft för avsikt att tillmäta betydelse vid utvärderingen av kriterierna eller vad som varit önskvärt eller i vilken utsträckning anbuden skulle uppfylla vissa krav eller nivåer. Staden och Vägverket har således i praktiken förbehållit sig möjlighet att skönmässigt bedöma de olika anbuden, d.v.s. givit sig själva fri prövningsrätt och möjlighet att göra en allmänt sammantagen bedömning. Användningen av otydliga och bristfälliga utvärderingskriterier har gjort det omöjligt för ARS att lämna ett så ekonomiskt fördelaktigt anbud som möjligt. Om utvärderingskriterierna hade varit tydligare skulle ARS ha haft möjlighet att utforma ett anbud som bättre motsvarat kraven och skulle därmed ha erhållit en bättre bedömning. Stadens och Vägverkets agerande har således inneburit att ARS fått försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen. På grund härav har Staden och Vägverket brutit mot transparens- och likabehandlingsprincipen vilka inryms i kravet på affärsmässighet. ARS har således lidit eller i vart fall riskerat att lida skada varför skäl för ingripande föreligger.

Staden och Vägverket har i yttrande bestridit ARS samtliga yrkanden och yrkar att länsrätten ogillar ARS talan till alla delar. Till grund för sin inställning anför de i huvudsak följande. Upphandlingen av leverans om information om restider gjordes gemensamt för Staden och Vägverket. Staden och Vägverket har vid sin utvärdering av anbuden på intet sätt gått utanför vad som angivits i förfrågningsunderlaget, inte tagit ovidkommande hänsyn och på alla sätt följt huvudregeln om affärsmässighet som följer av 1 kap. 4 § LOU. Staden och Vägverket har på intet sätt använt sig av ett bristfälligt

förfrågningsunderlag. Utvärderingskriteriet metodbeskrivning har varit tydligt och beskrivet på det mesta möjliga fullständiga sätt. Kravet på transparens har uppfyllts. Beträffande metodbeskrivning har ARS anbud inte fått en negativ bedömning utan fått betyget godkänt vilket betyg ARS anbud delar med samtliga andra anbud. ARS har på inte sätt vid utvärderingen bestraffats för att ARS inte lämnat en slutlig driftorganisation. Tvärt om anges tydligt att ARS – eftersom ARS till skillnad från övriga anbudsgivare inte beskriver någon konkret driftorganisation på sikt men har förslag till driftorganisation vid projektets start - fått betyget godkänt såsom samtliga övriga. Att ARS skulle erhålla ett högre betyg än bland annat vinnande anbudsgivare i denna del förefaller vara ett märkligt synsätt. Hade ARS angivit en slutlig driftorganisation hade betyget ändå blivit godkänt och inte väl godkänt. Skäl har inte funnits att ge ARS väl godkänt och därmed alltså bättre betyg än samtliga andra anbudsgivare. Eftersom ARS inte visat att de borde ha fått ett högre betyg än de konkurrerande anbuderna har bolaget inte uppfyllt skaderekvisitet och talan skall ogillas redan av detta skäl. I en så komplex upphandling som den ifrågavarande måste alltid ett visst utrymme tillåtas för tolkning av hur väl ett anbud lever upp till fastställda urvalskriterier. Vad gäller Swarcos uppfyllande av skallkraven har de inte gjort någon som helst reservation. Varje anbudsgivare har naturligtvis rätt att framföra sin tolkning av de avtalsvillkor som presenterats av beställaren. Swarco har på intet sätt förklarat att Swarco inte accepterar beställarens villkor. Swarco har således på intet sätt underlåtit att uppfylla samtliga skallkrav.

ARS har i yttrande tillagt bl.a. följande. Av tilldelningsbeslutet och den därtill fogade sammanställningen framgår att ARS anbud med avseende på kriteriet metodbeskrivning fått en mindre fördelaktig bedömning till följd av att de inte lämnat uppgifter om sin slutliga driftorganisation och att anbudet inte innehållit något "oväntat". Det har enligt tilldelningsbeslutet inte funnits några andra skäl till den mindre fördelaktiga bedömningen av ARS anbud. ARS anbud har således fått en negativ bedömning eftersom de inte

angivit en uppgift som de enligt uttrycklig angivelse i förfrågningsunderlaget inte varit skyldigt att lämna. Staden och Vägverket har således utvärderat och betygsatt sådant som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Bolaget anser att Vägverket och Staden inte i tillräcklig omfattning beaktat de positiva aspekterna i deras anbud då de vill framhålla att bolagets tekniska lösning i minst fyra väsentliga avseenden innehåller avsevärda tekniska förbättringar jämfört med de befintliga systemet i Stockholm, varav minst en som de övriga anbudsgivarna inte erbjuder. Vad gäller frågan om Swarcos anbud uppfyller skall-kraven vidhålls att fråga är om en reservation som är förbjudet enligt förfrågningsunderlaget. Den reservation Swarco gjort avser en fråga av oerhört stor ekonomisk betydelse för anbudsgivarna då det dagliga vitet vid bristande leverans kan komma att uppgå till omkring 100 000 kronor, att jämföra med de månatliga priser om 400 000 – 425 000 kr som anbudsgivarna offererat. Bolaget hade kunnat offerera ett betydligt lägre pris om den aktuella vitesklausulen inte medtagits i avtalen.

Länsrätten har den 30 november 2007 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Länsrätten har vidare i beslut den 17 december 2007 prövat om det intermistiska beslutet skulle upphävas, men därvid avslagit yrkandet härom.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Enligt 7 kap. 2 § LOU skall rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 6 kap. 22 § första och andra styckena LOU framgår att en upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Motsvarigheten till nämnda bestämmelse finns även i 1 kap. 22 § LOU.

I förarbetena (prop. 1992/93:88 s. 51 f) uttalas bl. a. följande. Frågan om vilket anbud som skall antas är mycket central i förhållande till syftet att uppnå en icke-diskriminerande upphandling samt att den upphandlande enheten är skyldig att i förfrågningsunderlaget ange vilken prövningsgrund den avser att använda och att det inte får förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna i förväg inte fått reda på.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl. a. följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid

upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. – 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 gemenskapsrätten inte träds för när.

Länsrätten gör följande bedömning.

Frågorna i målet är dels om Swarcos lämnade anbud innehåller en sådan reservation som innebär att uppställt skallkrav i förfrågningsunderlaget åsidosatts och även om frångående av anbudsmallen skett dels om den utvärdering som företagits skett i strid mot förfrågningsunderlaget med hänsyn till där uppställda utvärderingskriterier.

Swarcos anbud i förhållande till uppställt skallkrav (den s.k. reservationen) samt föreskriven anbudsmall

Det skall framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas (skall-krav). Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas. För att kunna iaktta objektivitet och icke-diskriminering vid anbudsutvärderingen är det nödvändigt att en upphandlande enhet inte avviker från vad som krävts i förfrågningsunderlaget utan endast prövar inkomna anbud utifrån de bedömningskriterier som ställts i detsamma. Av det aktuella förfrågningsunderlaget framgår att reservation eller liknande som innebär att anbudet avviker från de villkor som är uppställda i förfrågningsunderlaget inte kommer att godtas. I förevarande fall har Swarco i anbudsmallen gjort ett tillägg där man uttryckligen lämnar synpunkter på tolkning av en punkt i avtalsförslaget som man förutsätter kommer att preciseras i samband med ett tecknande av kontrakt. En sådan

synpunkt är enligt länsrättens mening inte att anse som en reservation som strider mot det uppställda skall-kravet. Länsrätten finner således inte att ARS visat att sådana skäl föreligger att förutsättningar att förkasta Swarcos anbud med hänsyn härtill finns.

ARS har även gjort gällande att Swarco frångått den i förfrågningsunderlaget angivna anbudsmallen genom att göra det ovan angivna tillägget. Länsrätten kan i denna del konstatera att det framgår av förfrågningsunderlaget (punkten 5.1 av de administrativa föreskrifterna) att anbudsmallen skall användas. Det är vidare ostridigt att Swarco använt sig av denna mall när man lämnat sitt anbud och lämnat erforderliga uppgifter under avsnitt 4 (prismall) som efterfrågats i anbudsmallen. Det förhållandet att Swarco lämnat en synpunkt på hur man tolkar en viss avtalspunkt innebär enligt länsrättens mening inte att ett frångående av anbudsmallen skett på sådant sätt att skäl för ingripanden enligt LOU föreligger.

Utvärderingskriteriet metodbeskrivning och egenkontroll

Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU liksom mot principen om transparens enligt gemenskapsrätten. Leverantörerna bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur utvärderingen kommer att gå till. Detta är en förutsättning för att leverantörerna skall förstå konsekvenserna av att välja den ena eller den andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt.

ARS har i länsrätten framhållit att den upphandlande enheten tillämpat utvärderingskriteriet metodbeskrivning felaktigt då man endast fått bedömningen ”godkänd” då skälen Vägverket och Staden anfört för denna bedömning inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget, vilket strider mot principen om likabehandling och transparens. ARS har anfört att de skulle ha tilldelats betyget ”väl godkänt” och därmed inte fått något procentuellt

påslag på anbudspriset, varför de också skulle ha lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga priset. ARS har även gjort gällande att utvärderingskriteriet egenkontroll är behäftad med sådana brister att det strider mot kravet på affärsmässighet.

Av aktuellt förfrågningsunderlag (administrativa föreskrifter) framgår att anbudet skall innefatta en beskrivning av anbudsgivarens system för egenkontroll (punkten 5.1.1) samt beskrivning av vilken metod som kommer att användas för att lösa uppdraget (punkten 5.1.2). Under avsnitt 6 av nämnda del av förfrågningsunderlaget följer hur prövning av anbud skall ske. Av punkten 6.1 "Anbudspris" framgår följande.

Anbud kommer att utvärderas enligt en metod med "viktade jämförelsetal". Metoden innebär att pris och övriga kriterier viktas samman med hjälp av ett tilläggstal som sätts på dessa övriga kriterier.

Jämförelsetal = anbudspris x [1 + (tilläggstal/100)]

(Lägst jämförelsetal vinner).

Anbudspriset räknas fram utifrån de uppgifter som anbudsgivaren har lämnat på anbudsmallen.

Av punkten 6.2 "Tilläggstal" framgår hur anbuderna kommer att bedömas utifrån egenkontroll och metodbeskrivning. Tilläggstalen är angivna från 0 – 100 med tilläggstalet 0 om lösningen framgår som väl godkänd, tilläggstalet 10 om lösningen framgår som godkänd, tilläggstalet 50 om lösningen framgår som tveksam och tilläggstalet 100 om lösningen inte går att bedöma.

Av bilaga till tilldelningsbeslutet framgår hur anbudsprövningen skett. Beträffande utvärderingskriteriet egenkontroll framgår att ARS erhållit bedömningen "väl godkänd", dvs. något tilläggstal har inte tillkommit i den delen. Det vinnande anbudet Swarco fick betyget "godkänd" vilket innebar

tilläggsalet 10. Vad beträffar utvärderingskriteriet metodbeskrivning har samtliga anbudsgivare getts betyget ”godkänd”, vilket medfört tilläggsalet 10. Sammanfattningsvis kan således konstateras att Swarcos anbud utvärderats mindre fördelaktigt än ARS anbud beträffande utvärderingskriteriet egenkontroll men att de båda anbudsgivarna erhållit samma bedömning beträffande utvärderingskriteriet metodbeskrivning. På grund av Swarcos lägre anbudspris har dock Swarco totalt sett lämnat det mest fördelaktigaste anbudet.

Staden och Vägverket har i den aktuella upphandlingen i förfrågningsunderlaget uppställt som skallkrav att anbudsgivaren skall lämna en beskrivning av sitt system för egenkontroll (punkten 5.1.1 av de administrativa föreskrifterna) samt metodbeskrivning (punkten 5.1.2 av de administrativa föreskrifterna). Under punkten 6 av uppdragsbeskrivningen (Leverantörens egenkontroll), som också utgör en del av förfrågningsunderlaget, framgår bl. a. att leverantören skall ha ett system för egenkontroll för att säkra de restider och de rådata som levereras är korrekta och att leverantören i sitt anbud beskriva hur egenkontrollen fungerar. Därutöver anger förfrågningsunderlaget (punkten 6.1 av de administrativa föreskrifterna) att anbudet, förutom priset, kommer att bedömas utifrån egenkontroll och metodbeskrivning utifrån vissa angivna tilläggstal beroende på hur lösningen bedöms för respektive utvärderingskriterium. Någon ledning för bedömningsgrunderna för tilläggsstalen finns inte angiven, dvs. vad som vägs in för att lösningen skall framstå som ”väl godkänd”, ”godkänd”, ”tveksam” eller ”lösningen går inte att bedöma”. Länsrätten kan konstatera att förfrågningsunderlaget i nämnda del inte är optimalt utformat då en värderingsskala utan närmare angivna bedömningsgrunder kan orsaka gränsdragningsproblem vid utvärderingen. Länsrätten finner dock att det i nämnda del inte är fråga om brister av sådan art och omfattning att upphandlingen genomförts i strid med kravet på affärsmässighet eller gemenskapsrättens krav på lika-

behandling och transparens. Vad som framkommit av anbudsprövningsdokumentet föranleder ingen annan bedömning.

Som framgår av det ovan anförda finner länsrätten således att ARS inte visat att det förekommit sådana brister i det aktuella upphandlingsförfarandet att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Bolagets ansökan om åtgärder enligt LOU skall därför lämnas utan bifall och det interimistiska beslutet upphävas.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c)


Essa Malmqvist



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.