



**LÄNSRÄTTEN I
GÄVLEBORGS LÄN**
Handläggare: Länsrättsnotarien
Elin Ruthström

DOM
2009-11-04
Meddelad i
Gävle

Mål nr
1586-09 E
Rotel 4

SÖKANDE

In Time International AB, 556649-1527
Bryggeriet
972 36 Luleå

MOTPART

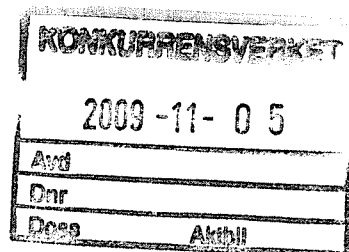
Kommunalförbundet Inköp Gävleborg, 222000-2311
Box 226
801 04 Gävle

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår In Time International AB:s ansökan om överprövning enligt LOU.



Dok.Id 48839

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1093 801 35 Gävle	Lantmäterigatan 4	026-17 67 00	026-17 68 90, 026- 17 68 91	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
E-post: lansrattenigavleborg@dom.se				

BAKGRUND

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg (Inköp Gävleborg) inbjöd enligt förfrågningsunderlag den 17 juni 2009 anbudsgivare att senast den 18 augusti 2009 lämna anbud i en upphandling av SMS-tjänster för kommuner i Gävleborgs län samt ett antal bolag, förbund och stiftelser inom länet (ärendenummer 2009-2527). Upphandlingen, som genomförs genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU, avser en tjänst för att kunna skicka SMS/MMS-meddelanden till enskilda mottagare eller till flera mottagare samtidigt via en Internetansluten dator.

Genom tilldelningsbeslut den 4 september 2009 antogs 21st Century Mobile AB (21st) som leverantör med motiveringen att 21st inkommit med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till viktade utvärderingskriterier i anbudsförfrågan.

YRKANDE M.M.

In Time International AB (bolaget), som placerats som nummer två efter 21st i anbudsutvärderingen, yrkar i ansökan att upphandlingen ska överprövas enligt LOU. Som grund för ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Priset bygger på två huvudkomponenter, periodisk serviceavgift (månadsabonnemang) respektive SMS-trafikavgift. Vid utvärderingen av pris konstaterade Inköp Gävleborg att samtliga anbud hade olika upplägg av sina prislistor vilka Inköp Gävleborg tyckte var svåra att tyda varför de kvarvarande anbudsgivarna fick lämna förtydliganden enligt följande förutsättningar.

En kommun består av 6 st förvaltningar. Varje förvaltning har två användare som har möjlighet att skicka SMS/MMS till ett okänt antal mobilnummer. Vi önskar ett totalpris för 24 månader (exkl. SMS/MMS-taxa). Redovisa även vad som är engångsavgifter och månadsavgifter.

I denna avgörande prisjämförelse togs ingen hänsyn till trafik kostnaderna, vilka sannolikt är de helt dominerande kostnaderna. Det framgår inte hel-

ler om, och i vilken omfattning, trafikkostnaderna medräknats i prisutvärderingen.

Inköp Gävleborg bestrider bifall till ansökan. För det fall länsrätten bifaller bolagets ansökan, yrkar Inköp Gävleborg att upphandlingen ska göras om. Inköp Gävleborg anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Trafikkostnaderna har tagits med i prisjämförelsen med en estimering av förväntad volym för en genomsnittlig kommun i Gävleborgs län om 7 000 SMS respektive 800 MMS under 24 månader.

Bolaget anför i huvudsak följande i yttrande över Inköp Gävleborgs svaromål. Den av Inköp Gävleborg nu redovisade trafikkostnadsjämförelsen framgick inte av utvärderingsprotokollet. Utvärderingsgrunderna framgick inte heller av förfrågningsunderlaget, vilket är ett tydligt krav i 12 kap. 1 § LOU. Inköp Gävleborg har kraftigt undervärderat antalet SMS/MMS. I KommersAnnons publicerades frågan om det fanns några beräknade SMS/MMS-volymer, vilken besvarades bl.a. enligt följande.

Inga volymer är beräknade. Gästriklands kommuner skickade ca 338 000 st SMS/MMS (år 2008 med Telia) och Hälsingland skickade ca 373 500 st SMS/MMS (år 2007 med Ventelo).

Bolagets prissättning baseras bl.a. på nämnda erfarenhetsvärden. Om förfrågningsunderlaget hade innehållit uppgift om den låga estimerade volymer för utvärderingen, skulle bolagets prissättning varit en helt annan.

Inköp Gävleborg genmäler i huvudsak följande. Alla anbudsgivare har erhållit samma information och samtliga har varit medvetna om att denna tjänst är ny inom kommunerna. Eftersom ingen statistik finns gällande tjänsterna som skickas via datorer har företagen endast kunna göra bedömningen utifrån volymen av skickade SMS/MMS i det mobila nätet. En presumtiv anbudsgivare skulle vid det tillfälle också ha bedömt att tjänsterna via datorerna under den första avtalsperioden skulle vara ringa. Vid anbudsutvärderingen gjordes bedömningen att månadskostnaderna inklusive trafikostnaderna måste summeras för att ge en rättvisande bild av

verkligheten. Referensgruppen gjorde en bedömning av antalet SMS/MMS som skulle vara skälig i ett nytt avtal med hänsyn till genomsnittskommunen och volymerna blev 7 000 SMS och 800 MMS. Alla anbudsgivare bedömdes lika inför de ställda parametrarna. Brytpunkten för att eventuellt byta leverantör under en 24 månaders avtalsperiod går vid volymer som vida överskrider 160 000 SMS och 16 000 MMS vilket kommunerna inte har räknat med att överskrida.

Bolaget gemälar härefter i huvudsak följande. Prissättningen, med förhållandet mellan fasta avgifter respektive rörliga avgifter, är helt beroende av de förväntade trafikvolymerna. Eftersom anbudsgivarna endast haft egna och kommunernas erfarenhetsvärden som underlag för gissningen av trafikvolymerna, är det orimligt att tro att anbudsgivarna skulle gissa på så låga tal som grund för prissättningen. Om beställarna använder tjänsten i rimlig omfattning, kommer de att betala ett avsevärt högre pris för SMS/MMS-trafiken än om bolagets anbud antagits. Beställarna skulle vara betjänta av att upphandlingen stoppas och görs om. Att Inköp Gävleborg fastställt antalet SMS/MMS först i samband med anbudsutvärderingen är inte förenligt med LOU och kan skapa misstanke om att beräkningen anpassats för eller emot ett eller flera anbud.

Inköp Gävleborg anför i yttrande över vad bolaget gemälat i huvudsak följande. Tjänsten är ny för kommunerna och användningsområdet är stort, varför det kommer att finnas inskränkta rutiner när och hur SMS via den webbaserade lösningen får skickas. När förfrågningsunderlaget sammanställdes var uppfattningen att den däri angivna prismallen skulle vara tillräcklig för att få rättvisande priser från samtliga anbudsgivare. Men på grund av att nästan samtliga anbudsgivare har olika idéer på sina modeller gällande månadsavgifter/serviceavgifter och dylikt så blev det tvunget att efterfråga ett förtydligande. Begäran om förtydligande kan ha varit otydligt men ingen av de som svarade frågade om antalet SMS/MMS och ing-

en trodde väl att priserna skulle utvärderas utan hänsyn till SMS/MMS-taxan. Ingen av de övriga anbudsgivarna har ifrågasatt estimeringen.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 15 kap. 2 § första stycket LOU framgår att vid offentlig upphandling av nu aktuellt slag, tillämpas även bl.a. 1 kap. och 16 kap. LOU.

Enligt 15 kap. 16 § LOU gäller följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU.

Av 12 kap. 1 § andra stycket LOU framgår att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska 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.

I 16 kap. 1 § LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I punkt 2.3 i förfrågningsunderlaget anges att i bilagan anbudsformulär finns de krav som ställs i upphandlingen. I punkt 2.5 i förfrågningsunderlaget anges att om förfrågningsunderlaget behöver kompletteras, kommer detta att publiceras via publiceringsverktyget KommersAnnons. I punkt 3 i förfrågningsunderlaget anges att anbudet kommer att bedömas i de tre stegen kvalificering (krav på företaget), prövning (krav på varan eller tjänsten) samt utvärdering (bedömning av angivna kriterier). I punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget anges följande. De anbudsgivare som blivit godkända i steg 1-2, går vidare till utvärderingsfasen där utvärderingen sker enligt det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till bedömningskriterierna pris 50 procent och redogörelser 50 procent.

I punkt 4 i anbudsformuläret anges följande. Pris anges exklusive mervärdesskatt i svenska kronor enligt nedanstående.

Anslutningsavgift	kr
Abonnemang/huvudkonto	kr
Användarkonto	kr
SMS (Nationell)	kr
MMS (Nationell)	kr
Övriga fasta kostnader	kr

Komplett prislista skall bifogas anbudet.

Vid utvärderingen av pris konstaterades det att samtliga anbud hade olika upplägg av sina prislistor. De kvarvarande anbudsgivarna fick då lämna ett förtydligande utifrån följande förutsättningar

En kommun består av 6 st förvaltningar, varje förvaltning har två st användare som ska ha möjlighet att skicka SMS/MMS till ett okänt antal mobilnummer.

Vi önskar ett totalpris för 24 månader (exkl SMS/MMS taxa).

Redovisa även vad som är engångsavgifter och månadsavgifter.

Inköp Gävleborg har därefter använt följande utvärderingsmodell för beräkningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

1 kommun (6 förv. med 2 anv./förv.)	
<u>Enligt förtydligande</u>	
Svar till e-post (24 mån), 12 st	kr
Totalpris 24 månader (SMS/MMS)	kr
Totalpris 24 månader (SMS)	kr
	Antal
SMS (Nationell) 7 000	kr
MMS (Nationell) 800	kr
Summa:	kr

Länsrättens bedömning

Länsrättens prövning enligt LOU utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om den upphandlande myndigheten, i strid med transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU, inte genomfört upphandlingen på ett öppet och förutsebart sätt. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Till stöd för påståendet att upphandlingen genomförts i strid med bestämmelserna i LOU har bolaget framfört att de av Inköp Gävleborg beräknade trafikvolymerna som legat till grund för prisjämförelsen vid anbudsutvärderingen inte framgår av förfrågningsunderlaget.

Länsrätten konstaterar att vid anbudsutvärderingen har Inköp Gävleborg i sin prisjämförelse beräknat varje anbudsgivares trafikavgifter utifrån tra-

fikvolymmer om 7 000 SMS och 800 MMS per 24 månader. De trafikvolymmer som Inköp Gävleborg använt vid anbudsutvärderingen framgår inte av förfrågningsunderlaget eller begäran om förtydligande och utgör ungefär en tjugondel av de på KommersAnnons redovisade SMS-volymer i det mobila nätet för en genomsnittskommun. Avsaknaden av uppgift om vilka trafikvolymmer som skulle komma att användas vid utvärderingen har, enligt länsrättens mening, inneburit att anbud inte kunnat avges med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle ske. Det är därför inte osannolikt att anbudet, som bolaget anfört, kunde varit annorlunda om de tillämpade volymerna varit kända. Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 framhållit 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. Enligt länsrättens mening innebär dock den aktuella bristen i förfrågningsunderlaget att Inköp Gävleborg brutit mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

För att ett ingripande ska ske krävs det även, som ovan anförts, att bolaget kan visa att det lidit skada. Bolaget har gjort gällande att deras prissättning skulle varit en helt annan om uppgift om de vid utvärderingen tillämpade trafikvolymerna lämnats i förfrågningsunderlaget. Bolaget har emellertid inte gjort gällande att bolaget skulle ha lämnat ett totalt sett lägre anbudspris. Vid sådant förhållande finner länsrätten inte visat att bolaget lidit skada genom att Inköp Gävleborg brutit mot LOU. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte. Bolagets ansökan om överprövning enligt LOU ska sålunda avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c).



Eljena Ulfhake Berglund

rådman



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.