



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-06-08
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8971-11
Enhet 15

KONKURRENSVERKET	
2011-06-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

VWR International AB, 556124-8153
163 94 Stockholm

Ombud: Advokat Hugo Norlén, jur.kand. Anna Lindbäck
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

Stockholms Universitet, 202100-3062
Institutionen för organisk kemi
106 91 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Stockholms Universitets (Institutionen för organisk kemi) upphandling av High Performance Liquid Chromatography-system ska göras om.

Dok.Id 132002

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Stockholms Universitet, Institutionen för organisk kemi (SU), genomför en upphandling av High Performance Liquid Chromatography-system (upphandlingen). Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling. SU har i tilldelningsbeslut som avsänts den 18 april 2011 meddelat att man har för avsikt att ingå avtal med Waters Sverige AB.

YRKANDE M.M.

VWR International AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Förfrågningsunderlaget brister i transparens och står även i strid med lika-behandlingsprincipen. Av förfrågningsunderlaget framgår att det förmånligaste anbudet ska antas (punkten 5.1). Vid utvärderingen av det förmånligaste anbudet beaktas uppfyllande av tekniska krav och pris, vilka viktas till 70 respektive 30 procent. Bolagets anbud har utvärderats som tvåa i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget anges inte hur utvärderingen av anbuderna ska ske. Priset utgör 30 procent av helhetsbedömningen men det anges inte hur själva priset ska utvärderas och anbudsgivarna har således inte kunnat förutse hur SU avsett att utvärdera priset. Hur poängtilldelningen skulle ske eller vilka poäng som skulle tilldelas har inte angetts i förfrågningsunderlaget. Vidare har SU valt en godtycklig metod för utvärdering av priset. SU har i efterhand, efter anbudens inlämnande, valt att dela in priserna i tre intervaller; poängsättningen ska ske med 5, 3 eller 1 poäng beroende på i vilket intervall anbudsgivarens pris hamnar. De pris-klasser som använts är 300 000 kr – 349 999 kr (5 poäng), 350 000 kr – 385 999 kr (3 poäng) respektive 386 000 kr – 399 999 kr (1 poäng). Metoden är oproportionerlig eftersom utfallet inte står i proportion till prisskillnaden mellan anbuderna. Om bolaget haft vetskap om hur utvärderingen av

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

pris skulle ske så hade bolaget t.ex. kunnat lägga ett bud som var en krona lägre (dvs. 349 999 kr), vilket skulle ha medfört att bolagets anbud varit det förmånligaste, varvid bolaget skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen, trots att priset endast utgör 30 procent av den totala bedömningen av anbudet. Vidare har SU tillskansat sig ett otillåtet utrymme för godtyckliga bedömningar vid utvärderingen av anbuden, innebärande att SU i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt och obegränsad valfrihet. Anbudsgivarna har inte kunnat förutse hur anbuden skulle utvärderas. I förfrågningsunderlaget anges att priserna inte får överstiga 400 000 kr. Lägsta offererade pris var 319 000 kr. Enligt tilldelningsbeslutets protokoll anges 300 000 kr vara den nedre gränsen. SU har i förväg inte kunnat veta vilka priser som skulle komma att offereras och det kan inte uteslutas att SU efter att ha öppnat anbuden och beaktat de offererade priserna bestämt de olika prisklasserna, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Beträffande utvärderingen av de tekniska specifikationerna finns flera brister i utvärderingskriterierna/kraven under punkten 3.3.1 i förfrågningsunderlaget. Exempelvis anges att mjukvaran ska vara ”våldigt enkel att hantera”. Det framgår dock inte vilka bedömningsparametrar som tillämpas eller hur kriteriet ska utvärderas.

Den utvärderingsmodell som SU har tillämpat beräknar inte det som anges i förfrågningsunderlaget och kan inte med säkerhet sägas ta fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kopplingen mellan offererat pris och utfall i utvärderingen är liten då en prisskillnad om hela 49 999 kr inom ett prisintervall inte ger utslag. Hamnar anbudspriset däremot utanför ett intervall ger redan en (1) krona i prisskillnad ett mycket stort utslag. Stegen i klassificeringen är för få och poängen är godtyckligt satta. Modellen är varken proportionerlig, transparent eller förutsebar och strider mot LOU och de unionsrättsliga principerna. Syftet, att premiera låga priser, tillgodoses inte eftersom anbud med hela 10 procent i prisskillnad kan tilldelas

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

samma poäng. Metoden är olämplig och den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig och överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Bristen i tydlighet i förfrågningsunderlaget har länt bolaget till förfång eftersom bolaget med vetskap om hur utvärderingen skulle ske hade kunnat lägga ett bud som var en krona lägre och då tilldelats kontrakt. Utvärderingsmetoden har påverkat bolaget negativt eftersom poängskillnaden blir orimligt stor med hänsyn till skillnaden mellan de offererade priserna. Bolaget har således lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada till följd av SU:s överträdelse av LOU.

SU har i yttrande yrkat att ansökan ska avslås och anfört bl.a. följande till stöd för sin talan. SU har behandlat alla anbudsgivare lika. Det är ostridigt att SU inte har vetat om vilka priser som skulle offereras. Efter att ha öppnat anbuden i upphandlingen har en noggrann utvärdering gjorts enligt den modell som angetts i förfrågningsunderlaget. Ett diagram över vilka priser som offererats har upprättats (bifogas) i vilket tydligt framkommer hur priserna förhåller sig till varandra nivåmässigt. Enligt SU:s uppfattning stämmer inte påståendet att det inte i förfrågningsunderlaget anges hur utvärderingen ska ske. Grunden för tilldelning är det ekonomiskt mest fördelaktiga. När poängsättningen är klar för bör-kraven kommer resultatet att viktas mot priset. Hur den slutliga viktningen ska ske har angetts under punkten 5.1 i förfrågningsunderlaget, där de kvalitativa kriterierna har getts en vikt på 70 procent och priset en vikt på 30 procent. Det framgår därmed hur SU har tänkt genomföra utvärderingen och SU har inte heller avvikit från detta när utvärderingen genomförts. SU har vidare uppgett sin budget för inköpet varför ingen av anbudsgivarna riskerat att få sitt anbud förkastat pga. ett för högt offererat anbudspris. Enligt SU:s uppfattning är modellen så transparent och förutsägbar som det är möjligt att göra en utvärderingsmodell. Modellen bedömer och poängsätter de bör-krav som ställts

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

upp i förfrågningsunderlaget och poängen har därefter jämförts med priset varvid ett vinnande anbud framkommit. Modellen säkerställer framtagandet av det mest fördelaktiga anbudet. Såsom bolaget anfört finns inte någon utvärderingsmodell som uppfyller samtliga av de grundläggande reglerna inom upphandlingsrätten. SU har vid viktningen följt reglerna i 12 kap. 2 § LOU. Att i protokollet ange priskriteriet i form av ett intervall strider inte mot denna bestämmelse. SU hade inte heller haft för avsikt att göra intervall. Med hänvisning till det bifogade diagrammet för vilka priser som offererats från respektive anbudsgivare kan konstateras att ingen anbudsgivare har fått betyget 4 eller 2. Det har slumpat sig så pga. att priserna har offererats så, vilket således SU inte kunnat ha någon inverkan på. SU vidtar gärna rättelse i utvärderingsprotokollet på denna punkt så att skrivningen om intervall tas bort. Istället föreslås bifogande av de diagram som visar vilka priser som offererats. Bolaget har inte inkommit med begäran om förtydligande under tiden för annonsering av upphandlingen och har således inte utnyttjat möjligheten att ställa frågor. Inte heller någon annan anbudsgivare har ställt någon fråga eller fått något förtydligande. SU har därför uppfattat att utvärderingsmodellen var så klart och tydligt utformad att anbudsgivare utifrån detta kunde utforma anbud som motsvarade den upphandlande myndighetens önskemål. Bolagets påstående att om inte intervall använts så hade det fått högre poäng och vunnit kontraktet är inte rättvisande. Av bifogade diagram 2 framgår hur priserna ser ut som ligger bakom diagram 1. Modellen strider inte mot proportionalitetsprincipen eftersom åtgärden inte har vidtagits och är inte vald av SU, utan för att anbuderna offererade priserna slumpmässigt på det sättet. Poängsättningen har inte skett godtyckligt och någon fri prövningsrätt har SU inte haft. Sannolikheten för skada för bolaget har lätt kunnat avhjälpas med kommunikation och kompletteringar under annonseringstiden. SU anser därför inte att bolaget ens gjort sannolikt att det riskerat att lida skada pga. brister i förfrågningsunderlaget. SU har under genomförandet av upphandlingen tillämpat LOU efter bästa förstånd och utan avsikt att överträda lagen.

Bolaget har i yttrande anfört bl.a. följande. Det framgår inte, såsom SU anfört, av förfrågningsunderlaget hur de offererade priserna skulle utvärderas. SU har inte heller på annat sätt visat hur priserna skulle utvärderas. Inte heller har SU angett på vilket sätt den i yttrandet föreslagna rättelsen skulle gå till. Någon möjlighet att förordna om rättelse finns heller inte. Det åligger inte anbudsgivarna att begära förtydliganden av förfrågningsunderlaget utan ansvaret för utformningen av detta ligger helt på den upphandlande myndigheten. LOU saknar preklusionsregler och det finns ingen skyldighet för anbudsgivare att påtala brister i underlaget. SU har uppgett att man inte haft för avsikt att utvärdera priserna i intervaller, vilket bolaget tolkar som att SU inte på förhand (före anbudstidens utgång) bestämt sig för hur priset skulle utvärderas. Därmed har inte heller anbudsgivarna kunnat förutse detta. Det diagram SU hänvisar till visar endast hur anbudet ligger i de tre intervallen. Diagrammet botar inte de grundläggande bristerna i upphandlingen. Bolaget kan varken utifrån diagrammet eller yttrandet från SU utläsa hur utvärderingen eller rättelsen skulle komma att ske. Någon möjlighet att i efterhand ändra utvärderingsmodellen finns inte. Upphandlingen är bristfällig och måste göras om.

UTREDNING I MÅLET

I punkten 4. "Price" i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

The tenderer must submit an offer for the HPLC that must not exceed 400 kSEK, due to the limited available funding.

I punkten 5.1 "Evaluation of Tenders" – "Assesment criteria" i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

We shall choose the tender that is the most advantageous when all the conditions are considered together.

The following aspects will be given particular weight in our assessment:

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Weight:

- 1) Technical merits and fulfillment of the requirement specifications 70%
- 2) Price 30%

I "Protocol – HPLC purchase, Organic Chemistry – Stockholm University", till tilldelningsbeslutet uppges under rubriken "Price" bl.a. följande.

3 intervals were set for the offers awarding 5,3,1 respectively.

300.000 – 349.999 5 p

350.000 – 385.999 3 p

386.000 – 399.999 1 p

Grades and summary of scores can be found in "Evaluation HPLC.xlsx", Appendix I.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller

2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

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.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

I 16 kap 5 § LOU föreskrivs följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den omständigheten att en anbudsgivare underlåtit att invända mot oklarheter i förfrågningsunderlaget innan anbudstidens utgång inte påverkar anbudsgivarens möjlighet att åberopa oklarheterna som grund för en ansökan om överprövning enligt LOU.

Bolaget har gjort gällande att det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur utvärderingskriteriet ”pris” ska utvärderas och vilka poäng som kunde tilldelas beträffande det aktuella kriteriet och att SU härigenom i princip har gett sig själv fri prövningsrätt. Bolaget har anfört att det inte heller beträffande utvärderingen av de tekniska specifikationerna framgår vilka bedömningsparametrar som ska tillämpas eller hur detta kriterium ska utvärderas. Vidare har bolaget anfört att SU i efterhand godtyckligt har valt utvärderingsmetod samt att vald metod är oproportionerlig och inte syftar till att ta fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

LOU ger inga uttömmande besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna om krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Av uppställda bestämmelser och krav får det anses följa att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphand-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

lingen och att utvärderingsmodellen är så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Det ovan nämnda innebär att det inte är tillräckligt att den upphandlande enheten rent subjektivt behandlar alla anbudsgivare lika och inte tar ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av de inkomna anbuden. Det krävs också att förfrågningsunderlaget är tydligt utformat enligt de ovan nämnda principerna så att alla anbudsgivare är införstådda i kvalificerings- och utvärderingskraven för att de ska ha samma förutsättningar att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Fråga i målet är främst om förfrågningsunderlaget är utformat på ett transparent sätt som inte strider mot likabehandlingsprincipen. I SU:s förfrågningsunderlag anges vilka utvärderingskriterier som ingår i upphandlingens utvärdering och vilken inbördes viktning dessa utvärderingskriterier har; uppfyllande av tekniska krav (70%) respektive pris (30%). Vad gäller utvärderingen av de tekniska specifikationerna finner förvaltningsrätten inte visat att det föreligger sådana brister i förfrågningsunderlaget som medför att ingripande enligt LOU ska ske. Beträffande anbudspris uppges i förfrågningsunderlaget att detta inte får överstiga 400 000 kr. I förfrågningsunderlaget saknas emellertid beskrivning av hur poängsättningen av kriteriet ”pris” ska komma att ske. Förvaltningsrätten finner att en sådan bristfälligt utformad utvärderingsmodell strider mot kraven på förutsebarhet och transparens, vilket innebär att förfarandet strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Den oförutsebarhet som bristerna innebär har medfört att anbud inte har kunnat avgas med tillräcklig insikt om hur värderingen ska ske. Det framstår därvid inte som osannolikt att anbuden kunde ha varit annorlunda om bristerna inte hade funnits. Bristerna har inneburit sådan risk för skada för bolaget att ingripande enligt LOU bör

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

ske. Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska således göras om.

Vid denna utgång saknas anledning att ta ställning till frågan om den av SU valda utvärderingsmetoden är oproportionerlig.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1a LOU)



Barbro Lundholm

Rådman

Föredragande har varit Ulrika Alvinger.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 ska 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 var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast göts till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.