



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-01-26
Meddelad i Linköping

Mål nr
8804-17

SÖKANDE

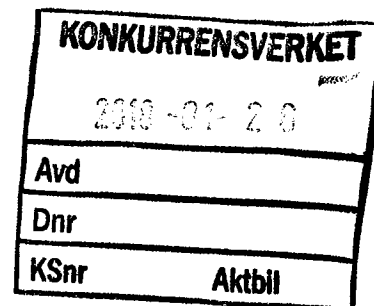
Ework Group AB, 556587-8708
Mäster Samuelsgatan 60
111 21 Stockholm

MOTPART

Kriminalvården
601 80 Norrköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 313314

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kriminalvården genomför upphandlingen *IT-konsultpartner 2016-16740* (Upphandlingen). Upphandlingen är uppdelad i två anbudsområden, *Applikation* samt *Infrastruktur*, och genomförs genom öppet förfarande enligt LOU. Ramavtal kommer att tecknas med som mest två leverantörer för respektive anbudsområde. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Av tilldelningsbeslut den 28 november 2017 framgår att Ework Group AB (Bolaget) inte har tilldelats kontrakt.

Bolaget ansöker nu om överprövning av Upphandlingen och yrkar att denna ska göras om.

Kriminalvården motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Förfrågningsunderlaget strider, såvitt avser modellen för poängsättning, mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i LOU. Eftersom Kriminalvården har använt en utvärderingsmodell som inte är förenlig med gällande rätt har Bolaget inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget har därför inte tilldelats ramavtal och kommer således att lida skada i form av utebliven möjlig försäljningsintäkt. Därmed föreligger grund för att upphandlingen ska göras om.

I Upphandlingen har det saknats tydlig ledning för vad leverantörerna skulle uppfylla för att erhålla viss poäng. Utvärderingsmodellen ger Kriminalvården för stort utrymme för godtyckliga bedömningar ”obegränsad valfrihet”, vilket inte är tillåtet (jfr EU-domstolens dom i mål C-513/99 *Concordia*).

Inkomna anbud utvärderas utifrån anbudspris och kvalitetsbedömning. Kvalitetsbedömningen görs utifrån skriftligt lämnade uppgifter i inkommet anbud. De beskrivningar som ligger till grund för poängsättning av kvalitetsbedömning var följande.

Applikation

4.5.1 Fråga 1: Säkerställande av resursförsörjning

Leverantören ska beskriva hur resursförsörjningen säkerställs, dels initialt och dels över tid. Som förslag på faktorer som kan beskrivas anges här ett antal förslag på beskrivningar.

4.5.2 Fråga 2: Strategisk tillsättning av avrop

Leverantören ska vidare beskriva hur man arbetar strategiskt med tillsättning av Kriminalvårdens avropsförfrågningar för att säkerställa att Kriminalvårdens behov kan tillgodoses.

4.5.3 Fråga 3: Strategiskt arbete avseende utbildning och kompetensutveckling

Leverantören ska beskriva hur man medverkar till att utbudet av IT-konsulter blir större på marknaden.

4.5.4 Fråga 4: Långsiktigt samarbete med Kriminalvården

Leverantören ska beskriva på vilket sätt Kriminalvården under avtalstiden kan dra nytta och fördel av leverantörens utvecklade metoder, processer och kunskap kring IT-lösningar och effektiviseringar samt digitalisering av verksamheter.

Infrastruktur

5.5.1 Fråga 1: Säkerställande av resursförsörjning

Leverantören ska beskriva hur resursförsörjningen säkerställs, dels initialt och dels över tid.

5.5.2 Fråga 2: Strategisk tillsättning av avrop

Leverantören ska vidare beskriva hur man arbetar strategiskt med tillsättning av Kriminalvårdens avropsförfrågningar för att säkerställa att Kriminalvårdens behov kan tillgodoses.

5.5.3 Fråga 3: Strategiskt arbete avseende utbildning och kompetensutveckling

Leverantören ska till sist beskriva hur man medverkar till att utbudet av IT-konsulter blir större på marknaden.

5.5.4 Fråga 4: Strategiskt samarbete med Kriminalvården

Leverantören ska beskriva på vilket sätt Kriminalvården under avtalstiden kan dra nytta och fördel av leverantörens utvecklade metoder, processer och kunskap kring IT-lösningar och effektiviseringar samt digitalisering av verksamheter.

Kvalitetskriteriernas poäng bedömdes av Kriminalvården inom intervallet 0-10 poäng. Som mest kunde en anbudsgivare erhålla 40 poäng och som lägst 0 poäng. Varje erhållen poäng som överstiger 20 poäng genererade ett avdrag på anbudspriset om 250 000 kronor. Som mest kunde man få ett avdrag från anbudspriset på 5 miljoner kronor och som lägst 0 kronor.

Poängskalan som angavs var följande:

8-10 poäng - Anbudsgivaren har på ett trovärdigt och realistiskt sätt beskrivit sitt arbetsätt/strategi och beskrivningen stämmer väl överens med de förutsättningar som finns på marknaden för IT-konsulter. Det arbetssätt som beskrivs bedöms kunna vara en framgångsfaktor i ett framtida samarbete mellan anbudsgivaren och Kriminalvården och generera stora mervärden. Anbudsgivaren har dessutom kommit med egna förslag på lösningar och ett innovativt tankesätt som kommer gynna Kriminalvården under avtalstiden.

4-7 poäng - Anbudsgivaren har på ett trovärdigt och realistiskt sätt beskrivit sitt arbetsätt/strategi och beskrivningen stämmer till största del överens med de förutsättningar som finns på marknaden för IT-konsulter. Det arbetssätt som beskrivs bedöms kunna vara en framgångsfaktor i ett framtida samarbete mellan anbudsgivaren och Kriminalvården och generera vissa mervärden.

1-3 poäng - Anbudsgivaren har beskrivit på vilket sätt arbetet kommer utföras och att det finns en strategi men beskrivningen innehåller inga egentliga mervärden för Kriminalvården.

0 poäng - Anbudsgivaren har visat en bristfällig förståelse för vad Kriminalvården efterfrågat och/eller inte på ett trovärdigt och realistiskt sätt beskrivit sitt arbetsätt/strategi. Kriminalvården ser en påtaglig risk för att samarbetet ej kommer falla väl ut och att det finns risk för att leverantören inte kan fullgöra sitt åtagande på ett för Kriminalvården tillfredsställande sätt.

Bolaget anser att förfrågningsunderlaget står i strid med LOU på grund av den otydliga modellen för poängsättning. Modellen visar inte tydligt vad som skiljer högsta och minsta poäng inom angivet och beskrivet spann 8-10, 4-7, 1-3. För att en sådan modell för utvärdering ska vara förenlig med LOU, måste den ge en klar ledning för vad leverantörerna ska uppfylla för att erhålla viss poäng. Den använda modellen har försvårat för leverantörer-

na att ge konkurrenskraftiga anbud och har medfört utrymme för en godtycklig bedömning. I praxis ställs höga krav på att upphandlingsdokumentet ger ledning för vad leverantörerna ska uppfylla för att få en viss poäng (se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 751-16, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7362-12 samt EU-domstolens dom i mål C-6/15).

Kriminalvården

Det framgår av förfrågningsunderlaget vad som tillmätts betydelse vid utvärdering och poängsättning.

Då Bolaget endast återgett delar av de beskrivningar som ligger till grund för poängsättning vill Kriminalvården framhålla att frågorna kopplade till utvärderingskraven framgår av punkt 4.5, 4.5.1, 4.5.2, 4.5.3 och 4.5.4 avseende delen "*Applikation*" och i punkt 5.5, 5.5.1, 5.5.2, 5.5.3 och 5.5.4 avseende delen "*Infrastruktur*". Utvärderingsmodellerna i 4.5-4.5.4 och 5.5-5.5.4 är identiska. Som exempel anges nedan beskrivningen i 4.5.1.

4.5.1 Fråga 1: Säkerställande av resursförsörjning

Konsultpartnernas förmåga att kunna samarbeta med Kriminalvården och därigenom skapa bra förutsättningar för en välanpassad och robust resursförsörjning är av yttersta vikt. Att just samarbetet präglas av en strävan att ge Kriminalvården de allra bästa förutsättningarna för att använda de konsulter som erbjuds, kommer påverka nyttan och det resultat som kan åstadkommas genom tjänsterna och de konsulter som tillhandahålls.

Leverantören ska beskriva hur resursförsörjningen säkerställs, dels initialt och dels över tid. Förslag på faktorer som kan beskrivas är t.ex.

- Leverantörens organisation
- Hur leverantören säkerställer att utsedd kontaktperson (och "reserv") har den kompetens, flexibilitet och erfarenhet som krävs för att resursförsörjningen ska fungera tillfredsställande för Kriminalvården
- Hur leverantören säkerställer att rätt resurser och kompetenser finns tillgängliga
- Hur leverantören säkerställer att man följer med och/eller ligger i framkant i utvecklingen inom IT-området
- På vilket sätt man arbetar med långsiktig planering tillsammans med kunder och på vilket sätt man kan skapa flexibilitet inom den egna organisationen tillsammans med olika samarbetspartners
- Hur leverantören arbetar med uppföljning av konsulter (både egna och underleverantörer) i största allmänhet och i det enskilda avropet i synnerhet
- Hur bygger leverantören nätverk med t.ex. underleverantörer

- Hur säkerställs att underleverantörerna och dess konsulter innehar rätt kompetens
- Hur säkerställs att underleverantörernas konsulter får rätt och relevant vidare-och fortbildning
- Hur säkerställer leverantören långsiktiga och lojala samarbeten med underleverantörerna

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av det kan avgöra vad den upphandlande myndigheten kommer att tillmäta betydelse vid upphandlingen. Utvärderingsmodellen ska vara utformad så att den är ägnad att leda till rättvisande resultat. Kriminalvårdens utvärderingsmodell, utvärderingskriterier och poängsättningskriterier är klart och tydligt utformade och beskrivna i förfrågningsunderlaget. Av Upphandlingens syfte samt Upphandlingens effektmål, vika framgår av avsnitt 1.1.1 samt 1.1.2 i förfrågningsunderlaget, men än tydligare av beskrivningarna i 4.5 samt 5.5 med tillhörande underrubriker framgår vad Kriminalvården tillmäter betydelse vid utvärderingen samt vad anbudsgivarna ska redogöra för i sina svar på respektive fråga. Kriminalvården har också exemplifierat vad beskrivningarna kan innehålla.

Kriminalvården bestrider att utvärderingsmodellen med tillhörande beskrivning av poängsättningen inte har varit transparent. En normalt omsorgsfull anbudsgivare måste utifrån beskrivningen av uppdragets omfattning och beskrivningarna i förfrågningsunderlaget kunna avgöra vad Kriminalvården har tillmätt betydelse i utvärderingen. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan inte heller missförstå hur utvärderingsmodellen är uppbyggd eller vad som förväntas av anbudsgivaren för att uppnå respektive nivå.

Upphandlingsföremålets karaktär är av sådan art att det inte är frågan om en specificerad och jämförbar produkt vilket medför att det måste finnas utrymme för Kriminalvården att använda sig av en mera öppen utvärderingsmodell (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8289-15). Av rättspraxis framgår även att utvärdering av dylika upphandlingsföremål som innehållit bedömningar av upphandlande myndighet accepterats (se Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 985-10).

Det faktum att Kriminalvården angett intervall, t.ex. 8-10 poäng, gör inte att poängmodellen som sådan blir otydlig. Det ger Kriminalvården möjlighet att behandla anbudsgivarna på ett likabehandlande och objektiva sätt. Anbud som precis når upp till en poängnivå får inte lika höga poäng som ett anbud som vida överstiger vad som krävs av poängnivån, men som fortfarande inte når upp till nästa poängnivå. Att det inte anges exakt i beskrivningen av respektive poängnivå vad som genererar en viss poäng inom intervallet medför inte att utvärderingsmodellen varit otydlig. Att kunna poängsätta anbud olika, när de inte är av samma kvalitet, torde också vara det primära syftet med en utvärderingsmodell som innehåller både pris och kvalitet.

Utvärderingsmodellen ger inte något utrymme för godtycklig tillämpning på det sätt som Bolaget gör gällande. Vad som utgjort ett mervärde i respektive anbudssvar har bedömts av Kriminalvården enligt de förutsättningar som anges i upphandlingsdokumentet.

I praxis har det konstaterats att anbudsgivare inte exakt behöver kunna förutse utfallet av en utvärdering på förhand för att modellen ska följa principen om transparens (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5903-16). Det framgår av samma rättsfall att visst utrymme för subjektiva bedömningar accepteras så länge utvärderingsmodellen är överblickbar och tydligt presenterad.

Poängsättningsmodellen har inte försvårat för Bolaget eller andra anbudsgivare att ge konkurrenskraftiga anbud. Det framgår tydligt av upphandlingsdokumentet vad som utgjort lägsta nivå för att anbudet inte ska förkastas. I avsnitt 1.4.5.1.1, för delen ”Applikation”, vilket i princip är samma som i avsnitt 1.4.5.1.2, för delen ”Infrastruktur”, med skillnaden avseende summan för avdrag på anbudspriset, framgår:

Kvalitetskriterierna kommer poängbedömas av Kriminalvården inom intervallet 0-10 poäng. Vid varje kvalitetskriterium framgår exempel på vad som ska beskrivas för att ge vägledning kring vad Kriminalvården efterfrågar. Därefter finns också beskrivet på vilket sätt poängsättning kommer ske. Som mest kan en anbudsgivare erhålla 40 poäng och som lägst 0 poäng. Varje erhållen poäng som överstiger 20 poäng genererar ett avdrag på anbudspriset om 1 miljon kronor. Som mest kan alltså ett avdrag från anbudspriset på 20 miljoner kronor erhållas och som lägst 0 kronor.

Anbudsgivare ska ha minst 20 poäng för att inte diskvalificeras. Anbudsgivare diskvalificeras också om poängbedömningen är 3 eller lägre på minst två kvalitetskriterier eller om poängbedömningen är 0 på minst ett kvalitetskriterium.

Anbudsgivaren behövde således erhålla minst 20 poäng och fick inte erhålla 3 poäng eller lägre på fler än en bedömningspunkt för att anbudet inte skulle förkastas. Det kan konstateras att Bolaget för tre bedömningspunkter erhållit poäng inom poängintervallet 1-3. Oaktat vilken poäng som Bolaget skulle få inom det poängintervallet skulle maxpoängen per bedömningspunkt ha varit 3 poäng vilket medfört att Bolagets anbud ändå skulle ha förkastats.

Med anledning av ovanstående har Bolaget inte lidit eller riskerat att lida skada. Även om poängmodellen inte hade varit utformad i nivåer utan istället haft beskrivningar för varje enskild poäng hade Bolaget uppnått samma poängnivå (1-3) för de frågor som det i Upphandlingen fått 3 poäng för. Bolagets anbud hade därför alltså förkastats eftersom Bolaget endast erhållit 3 poäng eller lägre för fler än en bedömningspunkt som utvärderats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att upphandlingsdokumentet brister i transparens då poängsättningsmodellen är oklar. Bolaget menar att det inte har kunnat utläsas vad som krävs för att erhålla viss poäng samt att det inte framgått vad som skulle tillmätas betydelse vid poängsättningen. Detta har enligt Bolaget försvårat för anbudsgivarna att avge konkurrenskraftiga anbud samt att det medfört utrymme för godtycklig bedömning.

Vid upphandling av mer komplexa tjänster kan det vara omöjligt att på förhand fastställa enkla, mätbara variabler som anbudsgivare ska ange och som sedan bara kan utvärderas på ett sätt. En mer komplex utvärderingsmodell med vissa subjektiva inslag kan i sådana sammanhang behövas. Det väsentliga är att förfrågningsunderlaget är så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten

tillmäter betydelse (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 4 oktober 2017 i mål 5903-16).

Förvaltningsrätten konstaterar att det av upphandlingsdokumentet framgår att anbud kommer att utvärderas utifrån anbudspris och kvalitetsbedömning. Upphandlingsdokumentet innehåller vidare en beskrivning av hur kvalitets-kriterierna kommer att poängbedömas av Kriminalvården. Kvalitetsbedömningen görs utifrån anbudsgivarnas skriftliga svar på fyra uppställda frågor per anbudsområde. För varje fråga har det angivits specifikt vad anbudsgivaren ska beskriva och det framgår även exempel på vad som kan beskrivas för att ge vägledning kring vad Kriminalvården efterfrågar. Det har således på ett tillräckligt tydligt sätt framgått vad som tillmäts betydelse vid besvarandet av frågorna.

Beträffande poängsättningen i Upphandlingen så ligger det, med hänsyn till upphandlingsföremålets karaktär, i sakens natur att bedömningen av hur väl ett anbud motsvarar det som efterfrågas till viss del blir skönsmässig. Under förutsättning att utvärdering och poängsättning sker på objektiva grunder, dvs. utifrån upphandlingsdokumentets fastställda kriterier och poängskalor så måste den upphandlande myndigheten därför ges visst utrymme för subjektivitet vid utvärderingen av anbudens innehåll (jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 8289-15).

Förvaltningsrätten anser att beskrivningen av poängskalan är tillräckligt klart och tydligt utformad för att varje anbudsgivare, med utgångspunkt i det övriga underlaget, bör kunna skapa sig en god bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Beskrivningen av poängskalan kan inte heller anses ge utrymme för godtycklig bedömning. Det faktum att poängskalan har varit indelad i intervallerna 8-10, 4-7, 1-3 respektive 0 poäng innebär enligt förvaltningsrättens bedömning inte i sig att den kan anses

otydligt utformad eller utformad på ett sätt som ger utrymme för godtycklighet. Den omständigheten att en anbudsgivare genom att endast ta del av upphandlingsdokumentet inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen medför inte att utvärderingsmodellen brister i transparens (se EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 *SIAC Construction*).

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det utifrån vad Bolaget har anfört inte har framkommit att Kriminalvården vid utformningen av upphandlingsdokumentet skulle ha brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).


Kristina André Lilja

Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

