



SÖKANDE

TerraTec Sweden AB, 556880-3653

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert
Walthon Advokater AB
Box 716
114 11 Stockholm

MOTPART

Länsstyrelsen i Norrbottens län
971 86 Luleå

SAKEN

Upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-02-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Länsstyrelsen i Norrbottens läns upphandling av djupmätning med Bathymetrisk LiDAR i Haparanda skärgård, dnr 511-3016-2018, ska göras om.

BAKGRUND OCH PARTERNAS INSTÄLLNING

Länsstyrelsen i Norrbottens län (länsstyrelsen) upphandlar, som ett öppet förfarande enligt LOU, djupmätning med Bathymetrisk LiDER i Haparanda Skärgård. Det kom ett anbud från TerraTec Sweden AB (TerraTec), ett från NRIAS Sweden AB och två från Airborne Hydrography AB (Airborne).

Efter att länsstyrelsen dragit tillbaka tilldelningsbeslut med TerraTec som vinnare meddelade länsstyrelsen, i nytt tilldelningsbeslut daterat den 11 juli 2018, att man avser teckna avtal med Airborne.

TerraTec yrkar, som man slutligen bestämt sin talan, att upphandlingen ska rättas i utvärderingsfasen, och anför bl.a. följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att om två anbudsgivare får samma slutpoäng kommer uppdraget tillfalla anbudsgivaren med det system som har bäst djuppenetreringsförmåga (dpf) och därefter flest antal punkter/m². I det andra tilldelningsbeslutet har länsstyrelsen utvärderat den verkligt erbjudna punkttätheten bestämd av överlapp/täckning, flyghöjd och hastighet, baserat på djupa kanalen. Det har inte framgått av upphandlingsdokumentet.

Enligt upphandlingsdokumenten är det fråga om en trestegsprövning. Steg nr 1 är slutpoäng; om de är samma avgör dpf som steg nr 2; det tredje steget att bedöma flest punkter/m² blir aktuellt bara vid samma slutpoäng och likvärdig dpf. Länsstyrelsen har medgett att man gått vidare med en metod som inte finns beskriven i dokumentationen. Det är inte förenligt med LOU att frångå upphandlingsföreskrifterna. Vid samma poäng kan lottning användas, se avgörandet RÅ 2009 ref. 60 av Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).

TerraTec har offererat ett lägre pris än Airborne. Vid första utvärderingen fick TerraTec och ett av Airbornes anbud samma poäng och bedömdes ha samma dpf, medan TerraTecs anbud bedömdes ha flest punkter/m². I tilldelningsbeslut nr 2 har länsstyrelsen, efter kontakter med Airborne, gett

TerraTec 0,95 poäng och Airborne 1,28 poäng för nominell punkttäthet och angett att jämförelsen baseras på den djupa kanalen.

Frågan i målet gäller dock dpf, inte beräkning av punkttäthet. TerraTecs lösning CZMIL Nova (Nova) och Airbornes lösning Hawkeye har nämligen inte samma dpf. Detta är numera ostridigt och redan av det skälet ska talan bifallas. Skillnaden är inte marginell utan motsvarar fem procent. Frågan om punkttätheten och dess beräkning blir då överhuvudtaget inte intressant.

De offererade lösningarnas dpf, och länsstyrelsens bedömning av desamma, har betydelsen för poängsättningen. TerraTec har i utvärderingen erhållit 100 poäng, vilket är korrekt. Länsstyrelsen har i utvärderingen tilldelat även Airborne 100 poäng och bedömt att Hawkeye är likvärdig med Nova. Eftersom systemen har olika dpf borde lösningarna vid utvärderingen ha tilldelats olika poäng. Airborne borde ha fått 75 poäng och TerraTec 100 poäng. Situation med två anbudsgivare med samma slutpoäng föreligger då inte. Det innebär att det inte varit aktuellt för länsstyrelsen att gå vidare i trestegsprövningen. Även om slutpoängen skulle bli lika, ska TerraTec tilldelas kontraktet eftersom Nova har bättre dpf än Hawkeye. TerraTec hänvisar avseende dpf till produktspecifikationer och till Chris Macons rapport.

Därtill har Nova bättre punkttäthet, men det är inte relevant och behöver inte prövas av förvaltningsrätten. Under alla förhållanden har Nova bättre punkttäthet än Hawkeye för den djupa kanalen. TerraTec åberopar, avseende punkttäthet, Macons rapport och yttrande av Bernt Larsen. Att Nova och Hawkeye inte har samma punkttäthet medför att länsstyrelsen har utgått från en felaktig förutsättning. Utvärderingen saknar också stöd i upphandlingsdokumentet, vari ej framgått att jämförelse ska baseras på enbart den djupa kanalen. Också genom att lägga till parametrar i form av bland annat 60 procent överlappning – istället för att utgå från punkt per linje – har länsstyrelsen brutit mot principerna om transparens och likabehandling.

Vidare har Airborne lämnat två anbud i upphandlingen; ett med Hawkeye och ett med enbart lösningen Chiroptera. Sistnämnda lösning utan djuppenetrerande kanal uppfyller inte kraven och borde ha förkastats. Länsstyrelsen har beträffande totalpris tillämpat en relativ utvärderingsmodell. Chiroptera-anbudet har lägst pris vilket är naturligt då det saknar djuppenetrerande kanal. Airborne har inte vunnit framgång i upphandlingen med det anbudet, men utvärderingen av detsamma och dess anbudspris har sänkt TerraTecs poäng för prisutvärdering från 100 till 98. På detta kriterium skulle, om jämförelse inte görs med Chiroptera-anbudet, TerraTec få 100 poäng och Airbornes Hawkeye-anbud 91. Detta är i sig tillräckligt för att TerraTec ska erhålla högst slutpoäng. Att utvärdera en lösning som inte uppfyller alla ställda krav strider mot LOU. Att Airborne ägnat sig åt strategisk anbudsgivning är ännu ett skäl att förkasta dess Chiroptera-anbud.

TerraTec har offererat den lösning som är ekonomiskt mest fördelaktig och borde rätteligen ha tilldelats kontraktet såsom skedde i tilldelningsbeslut 1. TerraTec har lidit skada genom att länsstyrelsen meddelat tilldelningsbeslut 2 så att TerraTec gått miste om kontraktet, dels brutit mot transparensprincipen så att TerraTec inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Grund föreligger för ingripande enligt LOU.

Länsstyrelsen bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget står inte hur utvärderingen ska göras vid samma slutpoäng om de offererade systemen även har likvärdig dpf och punkttäthet. Länsstyrelsen valde då att gå vidare på samma vis och jämföra den verkliga offererade punkttätheten som bestäms av flyghöjd, hastighet samt täckning/överlapp mellan flygstråken. TerraTec och Airborne fick möjlighet att lämna synpunkter på beräkningssätt. Inga relevanta synpunkter inkom.

Det gamla och nya tilldelningsbeslutet är gjorda enligt samma parametrar, nämligen pris, erfarenhet och dpf. TerraTec och Airborne fick då samma

slutpoäng. I förfrågningsunderlaget står att vid samma slutpoäng kommer uppdraget att tillfalla den vars system har bäst dpf och därefter flest antal punkter/m². Då båda offererade systemen har samma dpf föll alltså den slutgiltiga utvärderingen på antal punkter/m² hos offererat system.

I båda tilldelningsbesluten har beräkningarna gjorts endast baserat på djupa systemet/djupa kanalen, eftersom länsstyrelsen främst efterfrågar ett system med hög dpf. Det framgår tydligt i bakgrundstexten att Norra Bottenvikens havsområde har dåligt siktdjup samt av att dpf är en av utvärderingsparametrarna. Det har endast förtydligats jämfört med tilldelningsbeslut 1.

Länsstyrelsen meddelade TerraTec att man planerade att dra tillbaka tilldelningsbeslut 1 samt anledningen till detta. TerraTec inbjöds att komma in med synpunkter men svarade att man ville ta det via överklagan. Sedan ändrade de sig men då hade länsstyrelsen redan skickat tilldelningsbeslut 2.

Det som skiljer tilldelningsbesluten är hur punkttätheten har beräknats. I det första jämfördes systemens produktspecifikationer, där Airbornes system Hawkeye anges ha punkttäthet 0,4 vid flyghöjd 400 meter och hastighet 60 m/s. Motsvarande information fanns inte i specifikationen för Nova, varpå länsstyrelsen frågade TerraTec. I kompletteringen hade TerraTec beräknat punkttätheten utifrån offererad täckning. Länsstyrelsen fick räkna om för att kunna jämföra systemen. Dessa hade samma pulsfrekvens (10 kHz) och svepbredd (70 procent av flyghöjden) samt likvärdiga scanningsmönster. Det föreföll då rimligt att de hade likvärdig punkttäthet i grundutförandet. Dock framgår inte av specifikationerna hur respektive systems punkttäthet är beräknad och det är svårt att bedöma om de små skillnaderna beror på olika sätt att mäta/räkna eller på verkliga skillnader.

I tilldelningsbeslut 2 har länsstyrelsen endast använt siffror som erhållits från anbudsgivaren direkt eller från systemspecifikationer. Punkttätheten i djupa kanalen är likvärdiga mellan Airbornes och TerraTecs anbud i grundutförandet, men högre till Airbornes favör sett till offererad plan.

Vidare är det inte säkerställt att TerraTecs grunda kanal uppfyller kravet på 1,5 * siktdjup, vilket däremot Airbornes grunda kanal gör.

Det vitsordas att den slutliga utvärderingen inte beskrivs i förfrågningsunderlaget. Detta beror på att länsstyrelsen inte kunde förutse att man skulle få två anbud som erhöll samma poäng och dessutom var likvärdiga i utslagskriterierna vid lika poäng. Länsstyrelsen anser dock att man beskrivit utvärderingsförfarandet och kriterierna relevant och rimligt samt att steget som lagts till är mycket relevant sett till beskrivna utvärderingskriterier. Det ytterligare steget är en fortsättning av det sist beskrivna steget som utvärderar punkttäthet. Länsstyrelsen har inte lagt till någon parameter utan endast beräknat den verkligt erbjudna punkttätheten utifrån planerad flyghöjd, hastighet samt överlapp. Information om dessa parametrar har hämtats från erhållna offerter. Det bedöms som relevant och riktigt, samt inte motsäggande förfrågningsunderlaget, att utvärdera endast den djupa kanalen.

Det vitsordas också att systemen enligt specifikationer inte har exakt samma dpf. Eftersom man kan mäta på olika sätt, och det inte är angivet exakt hur det är beräknat i någon av specifikationerna, bedömde länsstyrelsen att den lilla skillnaden mellan 4,2 och 4,0 låg inom ramen för skillnader i beräkning och redovisning. Bedömningen baserades på att alla andra parametrar i specifikationerna var väldigt likvärdiga. Om detta ska bli utslagsgivande, vore det önskvärt med en oberoende lidarexpert som kan ge TerraTec och Airborne i uppdrag att redovisa på samma sätt och med samma beräkningsmodell. Ingen av anbudsgivarna har angett hur de beräknat systemets dpf och punkttäthet eller om deras värden representerar max- eller medelvärden. Länsstyrelsen anser att det inte räcker som bevisning att ange en siffra på t.ex. dpf eller punkttäthet, utan att definiera hur den är beräknad. En bevisning bör innehålla en sådan definition, en jämförelse med de andra systemen utifrån denna beräkning samt en hänvisning till en oberoende källa att detta är ett korrekt sätt att beräkna. Även om utvärderingen görs om finns

osäkerheterna fortfarande kvar kring jämförbarheten i värdena som anges för dpf eller punkttäthet, vilket riskerar leda till ny överprövning.

Länsstyrelsen motsäger att det skulle vara ett brott mot LOU att utvärdera Airbornes Chiroptera-anbud. Det anbudet uppfyller kravet på dpf 1,5 * secchidjup och länsstyrelsen har inte utvärderat Chioptera-anbudet på ett felaktigt sätt. Av Frågor & svar framgår att ett företag får lämna in två anbud med olika lösningar. Det rör sig inte om strategisk anbudsgivning.

Det har blivit tydligt i överprövningsprocessen att utvärderingen lämnat för mycket tolkningsutrymme och framför allt att det hade behövt specificeras hur anbudsgivare skulle beräkna dpf och punkttäthet, eftersom detta blivit utslagsgivande. Om domstolen finner att utvärderingen ska göras om, bör det i så fall göras utifrån definierade sätt att beräkna dpf och punkttäthet och att definitionen för detta tas fram av en Lidar-expert. I så fall förordar länsstyrelsen den oberoende expertis som finns vid Totalförsvarets forskningsinstitut (FOI). Om det inte är genomförbart torde det mest lämpliga vara att upphandlingen görs om med tydligare definitioner om hur parametrar och skall-krav ska beräknas för att vara jämförbara. Detta bör då ske genom att osäkerhet i bedömningen av dpf elimineras, t.ex. genom att använda ett definierat och transparent sätt för beräkning av dpf och där värden för parametrar redovisas för, såsom *diffuse attenuation coefficient* (Kd).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av intresse i detta fall är kravet på öppenhet, vilket också benämns transparensprincipen. Kravet på insyn i upphandlingar har av EU-domstolen formulerats som att "alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt", se *C-19/00 SIAC Construction Ltd* och *C 583/12 C eVigilo Ltd*.

I upphandlingsdokumentet punk 5.1.2 anges i huvudsak följande. Beställaren kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt för Beställaren. Vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt kommer att bedömas utifrån bästa förhållanden mellan pris och kvalitet. Länsstyrelsen kommer att bedöma anbuderna utifrån tilldelningskriterierna totalpris, mätsystemets djuppenetrationsförmåga och erfarenhet av liknande uppdrag. I det fall två anbudsgivare erhåller samma slutpoäng kommer uppdraget att tillfalla anbudsgivaren som offererar det system som har bäst djuppenetrationsförmåga och därefter flest antal punkter per kvadratmeter.

TerraTec har anfört att bolaget har bättre dpf och bättre punkttäthet än det vinnande anbudet och att länsstyrelsen använt en metod i utvärderingen som inte finns beskriven i upphandlingsdokumentet.

I punkt 4.1 anges hur anbudsgivaren ska beskriva mätsystemet bl.a. genom information om dpf och antal punkter/m². Att anbudsgivaren ska redovisa detta utan krav på bevisning strider i sig inte mot LOU. Enligt 4 kap. 10 § LOU ska myndigheten, innan den tilldelar ett kontrakt, kontrollera bl.a. att anbudet uppfyller kriterierna i upphandlingsdokumentet. Den som läser detta upphandlingsdokument får bilden att länsstyrelsen har möjlighet att göra en sådan kontroll utan att anbudsgivaren behöver lägga resurser på mer avancerad dokumentation.

Vad länsstyrelsen själv framfört ger dock vid handen att denna kontroll är närmast ogörlig. Länsstyrelsen har anfört att de inte räcker som bevisning i målet att ange en siffra på dpf eller punkttäthet; därtill krävs en definition av beräkningen, en jämförelse med de andra systemen utifrån denna beräkning samt en hänvisning till en oberoende källa att detta är ett korrekt sätt att göra beräkningen. Att ge in sådant underlag var dock inget som erfordrades i upphandlingsdokumentet. Det är istället till förvaltningsrätten som TerraTec

gett in rapporter för att styrka sin sak. Motsvarande kan inte TerraTecs konkurrenter göra inom ramen för denna överprövningsprocess.

Avseende kriteriet dpf har länsstyrelsen anfört att skillnaden i dpf mellan TerraTecs och Airbornes system är så liten (4,2 respektive 4,0) att den ligger inom ramen för olika sätt att beräkna och redovisa. Likartat anför länsstyrelsen om punkttätheten. TerraTec menar däremot att skillnaden i dpf inte alls är marginell utan tvärtom så signifikant till deras fördel att de borde få kontraktet på detta utslagskriterium. Upphandlingsdokumentet ger ingen ledning här och det är omöjligt att objektivt avgöra vad som är en stor skillnad eller en liten skillnad. Mot bakgrund av detta finner förvaltningsrätten att upphandlingsdokumentet inte varit transparent. Länsstyrelsen har således överträtt LOU i denna del.

I tilldelningsbeslutet har länsstyrelsen uppgett att ”Då två utförare erhållit samma slutpoäng och dessutom erbjuder likvärdiga system med avseende på dpf och antal punkter per kvadratmeter faller avgörandet på det antal punkter per kvadratmeter som erhålls i och med offererad flygplan. Jämförelsen baseras på den djupa kanalen eftersom beställaren i första hand efterfrågat ett system som kan tränga ner i en vattenmassa med dåligt siktdjup.”

Länsstyrelsen har vitsordat att den slutliga utvärderingen inte beskrivs i förfrågningsunderlaget men att länsstyrelsen inte kunde förutse att man skulle få två anbud som erhöll samma poäng och dessutom var likvärdiga i utslagskriterierna vid lika poäng. Länsstyrelsen har vidare anfört att det steg som lagts till är relevant sett till beskrivna utvärderingskriterier.

I enlighet med transparensprincipen ska dock alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunna tolka kriterierna på samma sätt. Av det sagda följer att det inte räcker att, som så länsstyrelsen gjort

gällande, ett kriterium är relevant och riktigt, utgör en logisk fortsättning på upphandlingsdokumentet och inte motsägs av detta. Olika sådana härledningar och tillägg är nämligen typiskt sätt inte möjliga att förutse för anbudsgivarna. Den utvärderingsmetod som länsstyrelsen tillämpat har således inte varit transparent och länsstyrelsen har överträtt LOU i denna del.

I 20 kap. 6 § LOU anges att 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.

Förvaltningsrätten har konstaterat att upphandlingsdokumentet brister i transparens avseende kriterierna dpf och punkttäthet, samt att länsstyrelsen tillämpat ett utvärderingskriterium som inte framgår av upphandlingsdokumenten. Dessa brister relaterar direkt till utfallet där TerraTec först vann men sedan kom tvåa i nytt tilldelningsbeslut. TerraTec har därför lidit skada eller kan komma lida skada. I detta fall har överträdelserna skett i det konkurrensuppsökande skedet utifrån hur upphandlingsdokumentet utformats. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Linnea Nyström
förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.