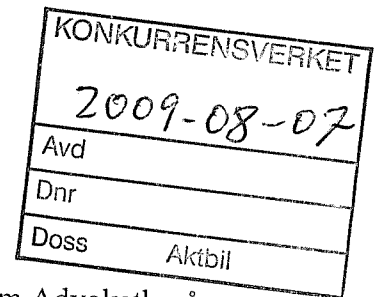




SÖKANDE

CA Consultadministration AB, 556257-8020
Mässans Gata 8
412 51 Göteborg



Ombud: Advokaten Kaisa Adlercreutz, MAQS Law Firm Advokatbyrå
AB, Box 11918, 404 39 Göteborg

MOTPART

1. Halmstads kommun (mål nr 1199-09)
Box 153
301 05 Halmstad

2. Halmstads Energi och Miljö Nät AB (mål nr 1208-09)
Box 31
301 02 Halmstad

3. Halmstad Energi och Miljö AB (mål nr 1209-09)
Box 31
301 02 Halmstad

Ombud för 1-3: Kommunjuristen Mats Wallmark, Halmstads kommun,
Box 153, 301 05 Halmstad

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Länsrätten avvisar ansökningsdelen i den del den avser konsultområde be-
nämmt Leverantörskontroll.

Med bifall till ansökningsdelen i övrigt på följande sätt, bestämmer länsrätten
att upphandlingen i den del som avser konsultområdena Besiktning bygg,
Byggledning mark/anläggning, Kontroll bygg, Kontroll mark, Kostnadsbe-
räkningar, Kvalitetsansvarig PBL, Miljö, Projekt- och byggledning samt
Projektledning mark/anläggning skall göras om.

Länsrättens interimistiska beslut den 11 juni 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 46976

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 131 301 04 Halmstad	Södra vägen 5	035-13 29 00 E-post: lansrattenihalland@dom.se	035-21 35 62	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Halmstads kommun, Halmstad Energi och Miljö Nät AB samt Halmstad Energi och Miljö AB, nedan benämnda Myndigheterna, har beslutat om upphandling avseende ramavtal för tekniska konsulttjänster (referensnummer KS 2008/0429). Upphandlingen, som administreras av Halmstads kommun, avser ett femtiotal områden och varje område utvärderas separat. Anbud har kunnat lämnas för hela eller delar av uppdraget. I tilldelningsbeslut daterat den 2 juni 2009 meddelade kommunen att beslut fattats om att anta andra anbudsgivare än CA Consultadministration AB (556577-5722), nedan benämnt CA1, som leverantörer i upphandlingen.

CA Consultadministration AB (556257-8020), nedan benämnt CA2, har ansökt om överprövning av upphandlingen avseende konsultområdena Besiktning bygg, Byggledning mark/anläggning, Kontroll bygg, Kontroll mark, Kostnadsberäkningar, Kvalitetsansvarig PBL, Leverantörskontroll, Miljö, Projekt och byggledning samt Projektledning mark/anläggning.

Länsrätten har den 11 juni 2009 beslutat att upphandlingen i den del som avser ovannämnda konsultområden inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

CA2 yrkar att länsrätten beslutar att upphandlingen i ovannämnda delar inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så vis att utvärderingen görs om och anbudet från bolaget därvid utvärderas. I andra hand yrkar bolaget att länsrätten beslutar om att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. – *Förkastande av anbud* – Av utvärderingsprotokollet framgår att Myndigheterna förkastat anbudet från CA1. Anbudet har således inte utvärderats. Anledningen anges vara att anbudet inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav. Myndigheterna har här angett att CA1 varit avregistrerat enligt Skatteverket.

Under tiden mellan anbudets inlämnande och utvärderingen har dock CA1 genomgått en absorptionsfusion i enlighet med aktiebolagslagen (2005:551), ABL. Därvid har det tidigare helägda dotterbolaget CA1 upptagits av sitt moderbolag CA2 (då benämnt CA Consult AB). Fusionen har beslutats den 15 december 2008 och registrerats den 7 januari 2009. Båda dessa tillfällen har således inträffat före det att anbudet lämnats in. CA1 har därefter inte kunnat råda över det fortsatta förloppet då bolaget självt inte har möjlighet att kontrollera fusionens verkställighet hos Bolagsverket. Fusionen har verkställts den 16 mars 2009. Det faktum att verkställighet inträffade under utvärderingen innebär inte att anbudet får förkastas. Moderbolaget har efter verkställigheten även genomgått namnändring och har sedan den 18 mars 2009 samma firma som det tidigare dotterbolaget. – Vid inlämnandet av anbudet uppfyllde CA1 kraven. Myndigheterna hade insett detta om kontroll skett vid denna tidpunkt. Vidare hade Myndigheterna kunnat erhålla bevis om att ställda krav var uppfyllda om sådant bevis begärts in i enlighet med punkt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget. Så sent som den 16 april 2009 ställde Halmstads kommun en kompletterande fråga angående bolagets godkännande av avtalsvillkoren. Då denna fråga ställdes efter det att fusionen registrerats hos Bolagsverket har bolaget vid denna tidpunkt bibringats uppfattningen att kommunen varit medveten om fusionen. Anledningen är att prövning av eventuella uteslutningsgrunder (punkt 3.1.2 i förfrågningsunderlaget) bort ske tidigare. För det fall Myndigheterna var av uppfattningen att fusionen medfört hinder att utvärdera anbudet borde förtydligande ha begärts in avseende denna omständighet. – I enlighet med 23 kap. 1 och 34 §§ ABL har anbudet, under tiden mellan anbudets inlämnande och anbudsutvärderingen, överlåtits inom ramen för fusionen. Vidare föreligger identitet mellan de två bolagen då all verksamhet i det tidigare bolaget övergått till moderbolaget. Den enda skillnaden föreligger således i att bolaget ändrat organisationsnummer, då till och med namnet är detsamma som vid anbudslämnandet. – Det faller på sin egen orimlighet att en anbudsgivare skulle lägga ned det omfattande arbete som

ett anbudslämnande innebär för att sedan begära att bli avregistrerat. Genom att inte utvärdera anbudet har kommunen förfarit i strid med LOU. – CA2 åberopar NOU:s yttrande den 21 september 2006 (dnr 2005/0197-26) och EG-domstolens dom i mål C-454/06. – *Sammanblandning* – Vid genomförandet av upphandlingen har Myndigheterna sammanblandat kvalificering och utvärdering. I förfrågningsunderlaget har angetts att utvärdering kommer att ske utifrån bl.a. anbudsgivarens utbildning samt erfarenhet/kompetens. Sådana omständigheter avser anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget och kan därför inte utgöra utvärderingskriterier. Myndigheterna har vidare sammanblandat kvalificering och utvärdering genom att för kriteriet Utbildning uppställa ett minimikrav om 25 poäng. Härutöver har Myndigheterna redan i kvalificeringsfasen angående anbudsgivarnas erfarenhet använt sig av poängskala. Förfarandet visar att Myndigheterna inte separerat de två faserna. – CA2 åberopar EG-domstolens domar i mål C-31/87 och C-532/06 samt Kammarrättens i Stockholm dom den 19 december 2008 i mål nr 5512-08 och Kammarrättens i Sundsvall dom den 13 februari 2009 i mål nr 3474-08. – *Otydligheter i förfrågningsunderlaget* – Förfrågningsunderlaget har inte utformats med hänsyn till kraven på förutsebarhet och transparens. Av den allmänna beskrivningen i punkt 1.4.2 i förfrågningsunderlaget framgår avseende kriterierna Utbildning, Arvode/pris samt Inställelsetid att en linjär skala kommer att användas. Något exempel på denna linjära skala anges emellertid inte. Det har därför varit svårt för en anbudsgivare att i förväg veta hur skillnader i anbudet påverkar poängsättningen. Av respektive förfrågningsunderlag framgår, utan att detta närmare preciseras, vilka utvärderingskriterier som tillämpas för respektive konsultområde. Någon närmare beskrivning av utvärderingskriterierna framgår inte av förfrågningsunderlaget. Otydligheter föreligger också genom att det för vissa kriterier använts poäng och för andra belopp. Det framgår inte hur viktningen av kriterierna relaterar till varandra. Viktningsrapporten har i och för sig angivit den inbördes viktningen av kriterierna. Denna tar emellertid inte hänsyn till att poängskalorna skil-

jer sig åt för de olika kriterierna. Även poängsättningen av utvärderingskriteriet Arvode/pris är i sig otydlig då det inte anges med vilken poängskala ett angivet arvode/pris skall poängsättas. – *Otillåten lottning* – Av utvärderingsprotokollet framgår att lottdragning ägt rum för att fastställa rangordningen i enlighet med lottdragningsprotokoll. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid ingenstans hur rangordningen kommer att bestämmas för det fall flera anbudsgivare uppnår samma poäng vid anbudsutvärderingen. Att i denna situation använda sig av lottning är inte förenligt med 1 kap. 9 § LOU. Ett val mellan två anbud som uppnått samma poäng måste nämligen vara affärsmässigt motiverat. – CA2 åberopar Länsrättens i Uppsala län dom den 1 april 2009 i mål nr 266-09 och 510–512-09. – *Skada* – Upphandlingen har genomförts utan hänsyn till de gemenskapsrättsliga principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Till följd av att Myndigheterna underlåtit att utvärdera ingivet anbud samt till följd av otydligheter i förfrågningsunderlaget och sammanblandningen av kvalificerings- och utvärderingskriterier har CA2 lidit skada eller kan bolaget komma att lida skada. Även potentiella anbudsgivare har lidit skada genom att de kan ha funnit sig icke kapabla att delta i upphandlingen.

Myndigheterna anser att ansökningsen skall avslås och anför bl.a. följande. De bestrider påståendena om att upphandlingen genomförts i strid med 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att CA2 till följd härav har lidit eller kan komma att lida skada. Anbudet från CA1 har förkastats på laga grund. Vidare har utvärderingen av anbuderna skett i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Inga av gemenskapsrättens principer har trätts för när. I förfrågningsunderlaget har angetts att anbuderna skulle komma att utvärderas avseende de angivna kraven och viktade utvärderingskriterierna. Myndigheterna ställer sig frågan om CA2, som har ett annat organisationsnummer än vad som angetts i det inlämnade anbudet, är behörigt att föra talan gentemot upphandlingen. – *Förkastande av anbud* – I punkt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget har kommunen ställt upp skalkkrav för de leverantörer som lämnar anbud. Ett av kraven är att an-

budsgivare skall vara registrerad firma och att detta kan komma att kontrolleras med Skatteverket. Den 14 maj 2009 uppgav Skatteverket till Myndigheterna att CA1:s angivna organisationsnummer är avregistrerat. Det organisationsnummer som leverantören angav är det nummer som ligger till grund för den information som kom från Skatteverket. Att CA1 med vetskap om blivande fusion inte informerat Myndigheterna kan inte ligga Myndigheterna till last. Bolaget har under pågående upphandling haft möjlighet att själv informera om tilltänkt fusion. Myndigheterna måste med uppställda krav kunna förlita sig på att Skatteverkets information är korrekt och att bolaget självt informerar i anbud eller på annat sätt till kommunen. Det har inte visats att Myndigheterna har varit medvetna om fusionen och det är rimligt att ställa krav på upphandlande myndigheter att följa alla leverantörers tilltänkta fusioner m.m. En omvärldsbevakning är att anse som högst orimlig under pågående upphandlingsprocess, som i detta fall gav upphov till 92 inlämnade anbud. Myndigheterna får inte förfördela övriga anbudsgivare i strid med LOU för att bolaget självt förbisett att ange rätt organisationsnummer eller informera om fusionen. Myndigheterna har sedan tidigare avtal med CA1. Inte heller i den avtalsrelationen har Myndigheterna delgetts uppgift om att en fusion ägt rum eller att ett nytt organisationsnummer erhållits. – Myndigheterna vitsordar att en fusion innebär att ett bolag övertar samtliga tillgångar och skulder i ett annat bolag mot vederlag. Myndigheterna bestrider dock att åberopade rättsfall m.m. är tillämpliga i detta fall. – *Sammanblandning* – Myndigheterna har ingen förståelse för varför utbildning samt erfarenhet/kompetens inte skulle kunna utgöra utvärderingskriterier. Minimikravet ger 25 poäng. Om personer har högre utbildning än lägsta satta gräns medför det högre poäng, vilket i sin tur ger bättre kompetens. Med andra ord viktas graden av utbildning, vilket torde vara rimligt. Myndigheterna måste själva få välja att betala för högre utbildning/kompetens än för lägre utbildning/kompetens. – Myndigheterna åberopar bl.a. prop. 2001/02:142 s. 21. – *Otydligheter i förfrågningsunderlaget* – Bolaget har inte svävat i ovisshet om hur utvärderingen

av inlämnade anbud skulle komma att genomföras. Förfrågningsunderlaget kan inte anses vara behäftat med otydligheter då bolaget inte inkommit med frågor eller påpekanden under anbudstiden. Om oklarhet funnits borde rimligtvis frågor ha ställts. I utskickat informationsmeddelande med frågor och svar den 28 januari och 18 februari 2009 beskrivs linjär skala. – *Otillåten lottning* – Lottning kan göras i enlighet med gemenskapsrättens principer om objektivitet. Myndigheterna har använt en neutral part från Sydsvenska handelskammaren i den lottning som företagits. – Myndigheterna åberopar Kammarrättens i Göteborg dom den 14 maj 2009 i mål nr 2079–2081-09.

CA2 anför därefter bl.a. följande. – *Sammanblandning* – Utbildning samt erfarenhet/kompetens är omständigheter som typiskt syftar till att säkerställa att anbudsgivaren har kapacitet att i sig utföra uppdraget. Kriterierna syftar inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. För att vara tillåtet skall ett utvärderingskriterium vara hänförligt till föremålet för kontraktet, dvs. den tjänst som skall utföras eller de varor som skall levereras. Kriteriet får bl.a. inte syfta till att bedöma en leverantörs tidigare erfarenhet. – *Otydligheter i förfrågningsunderlaget* – Förtydligande avseende begreppet ”linjär skala” finns enbart i förhållande till utbildning, inte i förhållande till övriga kriterier. Vidare är det inte en anbudsgivares utan den upphandlande myndighetens ansvar att tillse att ett förfrågningsunderlag är tillräckligt tydligt och förutsebart. Detta ansvar försvinner inte genom att en anbudsgivare inte ställt frågor. – *Otillåten lottning* – Det av Myndigheterna åberopade avgörandet var inte enhälligt. Av en skiljaktig mening framgår att lottning endast är tillåten då detta angetts i förfrågningsunderlaget. Skälen för detta är bl.a. att potentiella anbudsgivare då kan ställa krav på att få information om hur lottningen skall genomföras. Det kan inte heller uteslutas att en anbudsgivare avstått från att nedlägga resurser på att lämna anbud för det fall det upplysts om att kontrakt kan komma att tilldelas genom lottning. Genom beslut den 16 juni 2009 (mål nr 3411–3413-09) har Regeringsrätten meddelat prövningstillstånd. – Då

Myndigheterna inte angett vad som skall fälla avgörandet vid lika poäng är upphandlingen i denna del genomförd i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Vid ytterligare skriftväxling har parterna vidhållit sina inställningar.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser i LOU

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

Enligt 12 kap. 1 § första stycket LOU skall 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.

Enligt andra stycket i paragrafen skall myndigheten, vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, 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. – Enligt tredje stycket skall en upphandlande myndighet i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 12 kap. 2 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten skall 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, skall dessa anges i fal-

lande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning skall anges i annonsen om upphandlingen, förfrågningsunderlaget eller i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

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

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget m.m.

Av förfrågningsunderlaget för den aktuella upphandlingen (punkt 1.2.11) framgår att prövningen av anbudsgivare och anbud skall ske i en flerstegsprocess, varvid först kontrolleras anbudsgivarens lämplighet utifrån uteslutnings- och kvalificeringsgrunder. De anbudsgivare som uppfyller kraven får sedan sina anbud prövade avseende krav på efterfrågad produkt inklusive avtalsvillkor. Därefter sker prövning av anbud.

I förfrågningsunderlagets avsnitt 1.3. ”Leverantörskontroll” återfinns bl.a. punkt 1.3.1 (”Registreringsskyldighet”). I denna punkt anges bl.a. följande.

Anbudsgivare skall ha fullgjort sina lagstadgade skyldigheter avseende registreringar och betalningar för sociala avgifter och skatter i Sverige, alternativt i hemlandet, om företaget är registrerat i annat land, enligt Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

I punkt 1.3.3 ”Teknisk och yrkesmässig kapacitet” anges följande.

Anbudsgivare skall inneha och visa att de har dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget. Detta skall framgå av anbudet som skall innehålla en kortfattad beskrivning av det anbudsgivande företaget.

Anbudsgivaren skall ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste tre åren. Uppdragen bör vara utförda av de konsulter som erbjuds i denna upphandling. Detta skall styrkas genom bi-

fogade referenser (2 st) med kontaktperson och telefonnummer samt en kort beskrivning av det genomförda uppdraget. Kommunen kommer att kontakta referenserna för kontroll att uppdrag utförs till belåtenhet. Det går även bra att lämna referenser från kommunen. Bedömning görs på varje konsultområde för sig.

I nämnda punkt anges i övrigt att referenser kommer att få frågor i vissa avseenden, bl.a. om förmåga att leverera resultat av god kvalitet, samt att varje fråga betygsätts av referensen (0–5 poäng, varvid 5 poäng avser mycket gott resultat). Medelbetyget skall vara minst 3,5 för att anbudsgivaren skall anses ha uppfyllt kravet.

Bestämmelser om bedömning av anbud återfinns i avsnitt 1.4 i förfrågningsunderlaget. I punkt 1.4.1 "Kriterier för anbudsprövning" anges följande.

I utvärderingsfasen utvärderas de anbud som gått vidare från kvalificeringsfasen och uppfyller samtliga obligatoriska krav (skall-krav). Kriterier anges vid resp konsultområde. Viktning anges i bifogad viktningrapport.

Anbud som har högst slutpoäng inom aktuellt konsultområde rangordnas som nr 1, därefter följer det anbud som har näst högst sammanlagd poäng osv.

I punkt 1.4.2 "Bedömning och utvärdering av konsultområde" anges följande.

För bedömning och utvärdering skall Konsultförteckningen ifyllas och bifogas anbudet.

Utvärderingskriterierna, vilka kan vara olika per konsultområde, skall besvaras för varje konsultområde enligt nedan. Läs även mera vid resp konsultområde kap 2-48 i förfrågningsunderlaget.

Utbildning:

besvaras av kommunen. Bedömning sker på de uppgifter som anbudsgivaren lämnat i konsultförteckningen. Endast slutförd utbildning kommer att bedömas. Ange vilka konsulter (2 st/område) som skall ingå i utvärderingen. Kommunen beräknar sedan poäng för varje konsult, adderar dessa och dividerar med 2 för ett genomsnitt. Om anbudsgivaren endast förfogar över en konsult, läggs dennes poäng i utvärderingen. Linjär skala används. Maximalt värde ges vid 180 poäng högskola, därefter fallande värde efter antal högskolepoäng, lägsta värde ges vid gymnasieutbildning/fackskola. Minimikravet för uppdraget är gymnasieutbildning/fackskola.

Erfarenhet/kompetens:

besvaras av kommunen. Bedömning sker på de uppgifter som anbudsgivaren lämnat i konsultförteckningen. Samma konsulter som ovan ingår i utvärdering-

en. Kommunen beräknar sedan arbetsår för varje konsult, adderar dessa och dividerar med 2 vilket ger en genomsnittlig poäng. Om anbudsgivaren endast förfogar över en konsult, läggs dennes poäng i utvärderingen.

Kapacitet:

besvaras av anbudsgivaren. Antal konsulter som erbjuds inom aktuellt område anges.

Arvode/pris:

besvaras av anbudsgivaren. Pris/timme anges. Samma konsulter som ovan ingår i utvärderingen. Kommunen beräknar sedan arbetsår för varje konsult, adderar dessa och dividerar med 2 vilket ger en genomsnittlig poäng. Om anbudsgivaren endast förfogar över en konsult, läggs dennes pris i utvärderingen. Linjär skala används, värden anges vid resp område. Samma gäller hyra av XRF och PID.

Inställelsetid:

besvaras av anbudsgivaren. Ju längre inställelsetid ju lägre poäng. Linjär skala används, värden anges vid resp område.

Slutligen summeras poängen efter viktning till en slutpoäng.

Avsnitt 2-48 i förfrågningsunderlaget innehåller ytterligare bestämmelser om utvärderingskriterier för respektive konsultområde. Avsnitten, som är likartade, inleds med en kravspecifikation. I exempelvis avsnitt 17, som gäller området Konsult bygg, anges följande.

17.1. Krav

17.1.1. Specifikation

Kunna utföra platskontroll för projektets genomförande under byggproduktionsskedet. Granskning av handlingar under färdigprojektering.

Uppfylls kravet på kontroll bygg?

Kravgräns Ja

Nej

17.2.1. Utbildning

Relevant utbildning för området redovisas nedan.

Ange utbildningsnivå

25,00 – 180,00 Poäng

Kravgräns: 25,00

17.2.2. Kompetens

Redovisa antalet arbetsår inom området

Ange antal arbetsår

100	> 10 år
67	6–10 år
33	2–6 år
0	< 2 år

17.2.3. Kapacitet

Redovisa hur många konsulter som erbjuds inom aktuellt arbetsområde

Ange antalet konsulter

100	> 5 st
50	2–5 st
0	1 st

17.2.4. Arvode/prissättning

Redovisa arvode/timme för uppdraget

Ange pris/timme

900,00 – 600,00 SEK

Förfrågningsunderlaget innefattar ett viktningsprotokoll i vilket angetts hur utvärderingskriterierna för respektive konsultområde förhåller sig till varandra. För exempelvis området Konsult bygg anges följande.

25,00 % Kapacitet
25,00 % Kompetens
25,00 % Pris
25,00 % Utbildning

Förfrågningsunderlaget förutsätter att anbud skall innehålla en förteckning över aktuella konsulter enligt viss blankett. I denna finns utrymme för att för respektive konsultområde lämna uppgift om bl.a. konsulter namn, relevant utbildning för området, antal arbetsår inom området samt arvode/timme.

Innan anbudstidens utgång har Halmstads kommun besvarat vissa frågor från potentiella anbudsgivare och i övrigt meddelat vissa förtydliganden. Såvitt avser utvärderingskriteriet Arvode/pris har därvid angetts bl.a. följande. Pris inom prisintervallet är det som ligger till grund för poängsättning. Det är fritt att lägga lägre/högre pris. Poäng sätts linjärt inom angiven skala på respektive konsultområde, dvs. inte mellan högsta/lägsta anbud. Högsta pris/timme inom intervallet ger 0 poäng och lägsta pris/timme ger 100 poäng. – Såvitt avser utvärderingskriteriet Utbildning har svarats jakande på fråga huruvida poängskalan är helt linjär mellan 25 och 180 poäng utbildning på så sätt att varje utbildningspoäng ger poäng för utvärderingen. Vidare har angetts följande.

Utvärdering utbildning:

Högskolepoäng, så här räknar vi: varje läsår (2 terminer) ger 40 poäng. Alltså en 3-årig högskoleutbildning ger 120 poäng. Gäller oavsett om man har högskoleexamen efter den nya eller den gamla beräkningen. Minimikravet är

grundskola/fackskola. Det är alltså bra om ni tydliggör antalet läsår eller terminer i konsultförteckningen.

Linjär skala ang utbildning: maximalt värde ges vid 180 högskolepoäng (då får man värdet 100), därefter fallande värde efter antal högskolepoäng för att slutligen ge lägsta värde vid gymnasieskola/fackskola (värdet 25). Exempel: 160 högskolepoäng ger värdet 88, 120 högskolepoäng ger värdet 66 och 80 högskolepoäng ger värdet 44. Om man har högskoleutbildning kortare än 80 högskolepoäng ger dessa värdet 25, dvs. samma som gymnasie/fackskola.

Frågor om talerätt m.m.

Myndigheterna har ifrågasatt om CA2 har rätt att föra talan mot den aktuella upphandlingen.

I målet har framkommit att CA1, som lämnat anbud i upphandlingen, genom verkställd fusion gått upp i sitt tidigare moderbolag. Moderbolaget (CA2) har sedermera tagit samma namn som dotterbolaget hade. Fusionen innebär att dotterbolagets tillgångar och skulder övergått till moderbolaget och att dotterbolaget upplöstes (se 23 kap. 1 § och 23 kap. 34 § ABL). En följd härav är att CA2 övertagit den möjlighet att ansöka om överprövning som CA1, såsom anbudsgivare, tidigare haft. Länsrätten finner därför att CA2 har rätt att föra talan mot upphandlingen.

Länsrätten konstaterar emellertid att upphandlingen inte avsett något konsultområde benämnt "Leverantörskontroll". I denna del skall ansökningen därför avvisas.

Fråga om förkastande av anbud

Av ett utvärderingsprotokoll den 2 juni 2009 framgår att Myndigheterna bedömt att anbudet från CA1 inte uppfyller alla skalkrav och därför inte utvärderat anbudet. I protokollet hänvisas till att företaget är avregistrerat enligt Skatteverket. Upplysningen om avregistrering har erhållits då Skatteverket lämnat upplysningar beträffande bl.a. registrering för mervärdesskatt m.m. för samtliga anbudsgivare i upphandlingen. Skatteverkets upplysningar är daterade den 14 maj 2009.

Av handlingarna framgår att Bolagsverket den 7 januari 2009 registrerat fusionsplan innebärande att moderbolaget med nuvarande namnet CA Consultadministration AB (556257-8020) upptar dotterbolaget CA Consultadministration AB (556577-5722). Vidare har Bolagsverket den 16 mars 2009 registrerat verkets samma dag meddelade beslut om tillstånd att verkställa fusionsplanen.

Av 27 kap. 3 § första stycket ABL framgår huvudregeln att Bolagsverket genast skall kungöra i Post- och Inrikes Tidningar vad som har registrerats i aktiebolagsregistret.

Enligt 27 kap. 4 § första stycket ABL gäller att det som enligt denna lag eller särskilda bestämmelser har förts in i aktiebolagsregistret skall anses ha kommit till tredje mans kännedom, om det enligt 3 § har kungjorts i Post- och Inrikes Tidningar. Detta gäller dock inte beträffande rättshandlingar eller andra åtgärder som har vidtagits före den sextonde dagen efter kungörandet, om tredje man visar att det var omöjligt för honom eller henne att känna till det som har kungjorts. I andra stycket i paragrafen anges att i fråga om rättshandlingar och andra åtgärder som har vidtagits innan sådant kungörande som avses i första stycket har skett, kan bolaget inte åberopa det förhållande som blivit eller bort bli infört i registret mot någon annan än den som bolaget visar har känt till förhållandet.

Länsrätten gör följande bedömning.

Genom fusionen har det övertagande bolaget, dvs. CA2, i och för sig kommit att inträda såsom anbudsgivare i den aktuella upphandlingen i stället för CA1. Frågan är om Myndigheterna trots detta haft fog för att avvisa det inlämnade anbudet.

Det har inte framkommit annat än att de registreringar som gjorts i aktiebolagsregistret avseende bolagens fusion har kungjorts i Post- och Inrikes

Tidningar och att kungörelse skett i direkt anslutning till registreringarna. Att så skett får därför tas till utgångspunkt.

Av handlingarna framgår inte vid vilken dag anbudet från CA1 lämnades in. Myndigheterna har emellertid inte bestritt uppgiften om att anbudet kom in efter att fusionsplanen registrerades den 7 januari 2009. Anbudstiden i upphandlingen gick ut den 1 mars 2009, varför anbudet synbarligen getts in senast den dagen. Anbudsöppning ägde rum den 2 mars 2009.

Att förutsättningar för tillämpning av undantagsregeln i 27 kap. 4 § första stycket andra meningen ABL skulle vara för handen har inte visats. Länsrätten finner därför att Myndigheterna, i enlighet med första meningen i sagda lagrum, får anses ha känt till att CA1 genomgick ett fusionsförfarande redan vid den tidpunkt då anbudet lämnades in och därmed också då anbudet öppnades samt därefter. Detta medför enligt länsrättens mening att Myndigheternas grund för bedömningen att anbudet inte uppfyllde samtliga skallkrav, dvs. att bolaget var avregistrerat enligt upplysning från Skatteverket, inte kan anses ha varit tillräcklig för att anbudet skulle kunna förkastas. Den omständigheten att CA1 eller CA2 inte informerade Myndigheterna om fusionen förrän efter utvärderingen och tilldelningsbeslutet ändrar inte bedömningen. Detsamma gäller beträffande det förhållandet att fusionens verkställighet registrerades och därmed kungjordes först efter det att anbudet lämnats in.

I övrigt har Myndigheterna inte gjort gällande bristande skallkravsuppfyllelse beträffande anbudet från CA1. Länsrätten finner därför att anbudet rätteligen har bort utvärderas.

Frågor om otydligheter i förfrågningsunderlaget

Länsrätten konstaterar inledningsvis att utvärderingskriteriet Inställelsetid inte har uppställts i förfrågningsunderlagets avsnitt för de olika konsultområden som är aktuella i målen.

Hur bedömningen av övriga utvärderingskriterier (särskilt Utbildning och Arvode/pris) skulle ske har visserligen inte exemplifierats i förfrågningsunderlaget men har dock förtydligats och exemplifierats i flera avseenden genom Halmstads kommuns svar på frågor m.m. Länsrätten finner att utvärderingskriterierna inte kan anses otydliga på sådant sätt att upphandlingen därigenom brister i förutsebarhet. Länsrätten anser inte heller att viktningen av utvärderingskriterierna kan anses otydlig eller annars i strid med 1 kap. 9 § och 12 kap. 2 § LOU.

Frågor om sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen

En anbudsprövning består av två faser. Kvalificeringsfasen innefattar kontroll av anbudsgivarnas lämplighet utifrån kriterier avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderings- eller tilldelningsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En sammanblandning av faserna kan utgöra ett sådant fel att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen.

Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis, framgår bl.a. att sådana kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. EG-domstolen uttalade även bl.a. följande. I målen vid den nationella domstolen avser de kriterier som den upphandlande myndigheten valt såsom ”kriterier för tilldelning” huvudsakligen vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga. Det rör sig därvid om kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och som således inte utgör ”kriterier för tilldelning” i den mening som avses i direktiv 92/50.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 7 april 2009 (mål nr 6411-08) tolkat Lianakis-domen på så vis att "förbudet" mot att beakta anbudsgivarnas erfarenhet enbart gäller sådan erfarenhet som är relevant för att bedöma risken för att anbudsgivaren inte kommer att kunna genomföra det i upphandlingen aktuella projektet, vilken risk enbart skall bedömas i kvalificeringsfasen. Vidare fann kammarrätten bl.a. att Lianakis-domen inte innebär något hinder mot att poängsätta personalens erfarenhet och kompetens inom ramen för tilldelningsfasen om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på det som skall upphandlas.

Länsrätten gör följande bedömning.

Referenstagningen till grund för anbudsgivarnas kvalificering har resulterat i en poängsättning enligt punkt 1.3.3 i förfrågningsunderlaget, varvid en viss lägsta medelpoäng utgjort gräns. Detta sätt att bedöma anbudsgivarnas förmåga att utföra efterfrågade tjänster kan enligt länsrättens mening inte anses innebära att det föreligger en sammanblandning mellan kvalificerings- och utvärderingsfasen i upphandlingen.

Vad därefter gäller uppställda utvärderingskriterier (Utbildning, Erfarenhet/kompetens, Kapacitet och Arvode/pris) konstaterar länsrätten att upphandlingen gäller konsulttjänster. Det framstår därför enligt länsrättens mening som i praktiken omöjligt att utvärdera kvaliteten på offererade tjänster om inte exempelvis konsulternas kompetens utifrån utbildning och erfarenhet skulle kunna få bedömas i anbudsutvärderingen. Den omständigheten att Myndigheterna tillämpat utvärderingskriterier av detta slag kan därför i sig inte bedömas som oförenligt med LOU.

Förfrågningsunderlagets olika avsnitt för konsultområdena inleds med en specifikation som förklarar vad respektive konsultområde avser. Enligt länsrättens mening finns med hänsyn härtill en direkt koppling mellan kvalitetsnivån på det som upphandlas och de uppställda kriterierna för utbild-

ning och kompetens/erfarenhet. Länsrätten finner därför att dessa kriterier i och för sig inte kan anses avse anbudsgivarnas förmåga att utföra efterfrågade tjänster. För kriteriet Utbildning har emellertid också uppställts en kravgräns som innebär att anbud inte kommer att utvärderas för det fall konsult inte har relevant gymnasieutbildning eller utbildning från fackskola. I praktiken har därmed detta kriterium kommit att utformas som ett kvalificeringskrav och inte som ett kriterium för att bedöma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Länsrätten finner att detta förhållande står i strid med 12 kap. 1 § LOU.

Vad sedan gäller utvärderingskriteriet Kapacitet, som avser antalet konsulter som anbudsgivaren kan erbjuda inom respektive konsultområde, anser länsrätten att detta inte kan uppfattas på annat sätt än som hänförligt till anbudsgivarnas förmåga att utföra efterfrågade tjänster. Kriteriet strider därför mot 12 kap. 1 § LOU.

Fråga om lottning

Av förfrågningsunderlaget (punkt 1.2.4) framgår att tre eller flera anbud per konsultområde kommer att antas samt att utvärderingen resulterar i rangordning. Av underlaget för upphandlingen i övrigt (avtalsmall) framgår att avrop kommer att ske i rangordning varvid som huvudregel den leverantör som rangordnats som nummer ett kommer att anlitas i första hand. Det finns dock inga bestämmelser i förfrågningsunderlaget som klargör hur rangordning kommer att ske för det fall flera anbud bedöms helt likvärdiga vid utvärderingen.

Vid genomförd utvärdering konstaterades för vissa konsultområden att flera anbud erhöll samma poäng. Rangordningen fastställdes därför i dessa fall genom lottdragning. Såvitt är aktuellt i målen genomfördes lottdragning för konsultområdena Byggledning mark/anläggning, Kontroll mark, Projekt- och byggledning samt Projektledning mark/anläggning.

Länsrätten gör följande bedömning.

I LOU finns inga regler som uttryckligen hindrar att en upphandlande myndighet använder sig av lottning för att rangordna anbud som befunnits helt likvärdiga vid utvärderingen. Av 1 kap. 9 § LOU följer emellertid att upphandlingar skall genomföras på ett sätt som är förutsebart för leverantörerna. Enligt länsrättens mening medför detta att lottning såsom yttersta utvärderingsmetod endast kan tillgripas om det angetts i förfrågningsunderlaget att lottning kan bli avgörande. Eftersom någon sådan upplysning inte finns i det aktuella förfrågningsunderlaget finner länsrätten att genomförd lottning skett i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Frågor om skada och om ingripande

Till följd av att anbudet från CA1 felaktigt förkastats i upphandlingen har risk för skada uppkommit för CA2, som genom fusionen kommit att ersätta CA1. Redan av denna anledning finns skäl för länsrätten att förordna om ingripande mot upphandlingen.

Även de brister som konstaterats ovan med avseende på förfrågningsunderlagets utformning är av sådant slag att CA2 kan komma att lida skada om inte ingripande sker. Dessa brister är vidare sådana att rättelse inte är en tillräcklig åtgärd. Länsrätten finner därför att upphandlingen skall göras om i de delar som nu är aktuella, dvs. konsultområdena Besiktning bygg, Byggledning mark/anläggning, Kontroll bygg, Kontroll mark, Kostnadsberäkningar, Kvalitetsansvarig PBL, Miljö, Projekt- och byggledning samt Projektledning mark/anläggning.

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



Magnus Lundberg

Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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.