

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-02-01
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23156-09
Enhet 12

SÖKANDE

Hildebeck & Co. Aktiebolag, 556223-6157
Vikingavägen 17B
133 33 Saltsjöbaden

Ombud:

Jur. Kand Emma Berglund
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Försvarets Materielverk
KE Upphandling 1
115 88 Stockholm

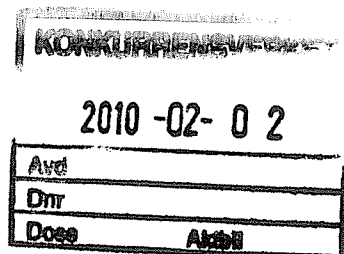
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 13 november 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.



BAKGRUND

Försvarets Materielverk (FMV) har genomfört en upphandling av ramavtal avseende försäljning på kommission, beteckning 339949-AI767825 ("Upphandlingen"). Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande. I tilldelningsbeslut den 4 november 2009 ("Tilldelningsbeslutet") beslöt FMV att anta annat anbud än anbudet från Hildebeck & Co. AB ("Bolaget").

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att Upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts innebärandes att det vinnande anbudet förkastas. Bolaget yrkar i andra hand att länsrätten ska besluta Upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts innebärande att utvärderingen ska göras om och att Bolagets anbud ska antas i Upphandlingen. I tredje hand yrkar Bolaget att länsrätten ska besluta att Upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anger Bolaget i huvudsak följande.

Det vinnande bolagets anbud uppfyller inte skall-kravet i punkt 9.2.2.1 i förfrågningsunderlaget. Till styrkande av att det vinnande bolaget uppfyller skall-kraven i aktuell punkt har bolaget endast bifogat en blankett från Skatteverket. Detta bevis styrker inte att bolaget inte är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud. Det vinnande bolaget uppfyller därmed inte det aktuella skall-kravet att inkomma med utdrag ur officiellt register eller intyg utfärdat av en auktoriserad revisor eller annan likvärdig handling. FMV kan inte i efterhand frånfalla detta skall-krav då det strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Det strider mot LOU

att tillåta att en anbudsgivare som inte uppfyller skall-kraven utvärderas på grund av att upphandlande enhet känt sig tillfreds med anbudsgivarens anbud.

Det vinnande bolagets anbud uppfyller inte heller skall-kravet enligt punkt 9.4 i förfrågningsunderlaget då de inte bifogat någon budget för innevarande och kommande år om det är möjligt. Någon förklaring till varför Bolaget inte har bifogat en budget har inte redovisats. Det vinnande bolaget hade kunnat bifoga en budget. Det strider mot LOU att utvärdera ett anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppfyllda skall-krav (se t.ex. Kamrarrätten i Stockholm dom den 7 december 2004, mål nr 3973-04 samt Kamrarrätten i Sundsvall dom den 18 mars 2004, mål nr 3340-03-3341-03). Eftersom FMV har sekretessbelagt delar av det vinnande anbudets handlingar är det omöjligt för Bolaget att veta om det vinnande bolaget har uppfyllt skall-kravet i punkt 9.5.1.

FMV har vidare företagit en felaktig utvärdering av Bolagets anbud. Hade FMV vidtagit en korrekt utvärdering hade Bolagets anbud erhållit högst sammanlagd poäng i Upphandlingen. Genom den felaktiga utvärderingen har FMV agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transpararensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Bolagets anbud är likvärdigt eller bättre än det vinnande bolagets anbud avseende den ekonomiska utvärderingen. Bolaget har tilldelats för låga poäng i samtliga utvärderingskriterier förutom avseende kriterierna ”Auktion” och ”Anbudsförsäljning”. FMV har inte beaktat att Bolaget har kompletterat de traditionella marknadsföringskanalerna med nya och modernare och allsidigare metoder.

Förfrågningsunderlaget uppfyller inte kravet på transparens. FMV har tillämpat en utvärderingsmodell som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Detta strider både mot likabehandlingsprincipen och transpararensprincipen och

1 kap. 9 § LOU. Det framgår inte i förfrågningsunderlaget att de olika anbuden ska jämföras på sådant sätt som anges i tilldelningsbeslutet. Det är av avgörande vikt för en anbudsgivare att veta hur utvärderingen kommer att ske, då det påverkar hur anbudsgivaren väljer att utforma sitt anbud. Genom att i efterhand, dvs. efter det att anbudet inkommit, välja utvärderingsmodell ges den upphandlande myndigheten en möjlighet att påverka vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. Utvärderingen bör göras om enligt förfrågningsunderlaget alternativt om detta inte ska ske bör Upphandlingen göras om i sin helhet.

FMV har sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen vilket strider mot 1 kap 9 § LOU (se EG-domstolens dom i målen C-3187 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG 1988, s 4635, punkt 19 och C-87/94, Kommissionen mot Belgien, REG 1996, sid 2043). Distinktionen mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen medför att en upphandlande enhet ska välja det ekonomiskt mest förmånliga anbudet från de leverantörer som har kvalificerat sig och uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda krav. De krav som ställs i kvalificeringsfasen kan endast utvärderas i så mån att anbudsgivaren antingen uppfyller dem eller inte. Kraven kan sägas utgöra en ribba som anbudsgivaren ska ta sig över. Krav som uppställts i kvalificeringsfasen får inte återkomma i utvärderingsfasen (jmf EG-domstolens dom i målet C-3187 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna). FMV har sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen genom att det i punkten 9.6 i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren minst skall ha någon förmåga att genomföra försäljningar genom samtliga säljmetoder enligt vad som framgår i bilaga 2 utvärderingskriterier och sedan i punkt 9.7 jämförd med punkt 10.1 ange att de kriterier som är skall-krav enligt punkten 9.6 kommer att utvärderas. Kriterier som huvudsakligen avser bedömningen i anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga utgör inte kriterier för tilldelning (se EG-domstolens avgöranden den 24 januari 2008 i mål C-532/06 och den

12 november 2009 i mål 199/07). Förfrågningsunderlaget är vidare otydligt utformat då en anbudsgivare enligt bilaga 2 till förfrågningsunderlaget kan tilldelas 0 poäng i utvärderingen, vilket innebär att anbudsgivaren har ”ingen förmåga” att utföra uppdraget. En anbudsgivare som konstateras inte ha någon förmåga i utvärderingskriterierna kan därmed aldrig bli aktuell för utvärdering varför den angivna poängskalan inte kan tillämpas avseende dessa kriterier. Bolaget kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU eftersom det på goda skäl kan antas att Bolaget vid en korrekt genomförd anbudsutvärdering skulle ha antagits som leverantör i Upphandlingen. Det krävs enligt rättspraxis att brister i upphandlingen faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att sökanden vinner upphandlingen för att åtgärder enligt nämnda paragraf kan komma i fråga.

FMV bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. De omständigheter Bolaget har anfört ger inte stöd för att Upphandlingen skett i strid med reglerna i LOU eller de grundläggande EG-rättsliga principer som ligger till grund för LOU. Bolaget har inte lidit eller kan inte komma att lida skada. Det vinnande bolaget har uppfyllt skall-kravet i punkt 9.2.2.1 genom att lämna in ett registreringsbevis från Bolagsverket, av vilket det hade framgått om vinnande bolaget är i konkurs eller likvidation. Eftersom registreringsbeviset inte innehåller någon sådan information betyder detta att bolaget inte är i konkurs eller likvidation. Bolaget har vidare lämnat in en begäran eller ett svar från Skatteverket, av vilket det bl.a. framgår att vinnande bolaget inte har restförda skatter och avgifter hos Kronofogdemyndigheten. Bolaget har vidare lämnat in ett kreditvärdighetsintyg. Av intyget framgår att bolaget för tidsperioden 2008-2009 tilldelats Trippel-A för högsta kreditvärdighet. Det vinnande bolaget har vidare inkommit med intyg från Skandinaviska Enskilda Banken, av vilket framgår att bolaget i egenskap av kund alltid har fullgjort sina åtaganden gentemot banken. Av ingivet intyg från en auktoriserad revisor med anledning av preliminärt bokslut per den 30 juni 2009 framgår bl.a. att de redovis-

ningshandlingar och övrigt underlag som har legat till grund för bolagets redovisning har varit i mycket god ordning. Av bevis från Bolagsverket framgår att styrelseledamöterna och firmatecknarna för bolaget inte förekommer i registret över fysiska personers och dödsbors konkurser. Vid bedömandet av kravet i punkt 9.2.2.1 är det nödvändigt att utgå från syftet med den bakomliggande punkten 9.2.2 av vilken det framgår att FMV enligt 10 kap 2 § LOU kan utesluta en anbudsgivare under vissa förutsättningar. En upphandlande myndighet kan därmed välja att inte utesluta en anbudsgivare även om samtliga omständigheter i bestämmelsen föreligger. Punkten 9.2.2.1 tar främst sikte på frågan om obestånd. Det föreskrivs inte att anbudsgivaren måste inkomma med en särskild handling som uttryckligen tillkännager att omständigheterna i punkt 9.2.2.1 inte föreligger. Det kan lika gärna göras genom att inge bevis som visar att omständigheterna inte föreligger.

Vad gäller skall-kravet i punkt 9.4 är det upp till anbudsgivaren att bedöma om det är möjligt eller inte att bifoga en budget. Kravet innehåller inte någon skyldighet för en anbudsgivare att avge någon förklaring till varför det inte är möjligt att bifoga en budget. En utvärdering av anbud innehåller ofrånkomligen ett visst mått av subjektivitet. För att minimera det subjektiva momentet och för att leva upp till kravet på likabehandling har FMV till förfrågningsunderlaget bifogat en utvärderingsmodell som tydligt visar vilka omständigheter (utvärderingskriterier) som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen och hur dessa viktas till varandra. Av praxis framgår att upphandlande enhet ska ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande göra egna bedömningar, jmf dom den 5 oktober 2005 i mål T 2575-03 från Hovrätten över Skåne och Blekinge. FMV har utvärderat anbudsgivarnas offerter i enlighet med de krav och den utvärderingsmodell som återfinns i förfrågningsunderlaget.

Av 15 kap 16 § 3 st LOU framgår att den upphandlande myndigheten skall ange antingen hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § och 2 st viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Av 4 stycket samma bestämmelse framgår att kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget. Av punkt 10.1 i förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering kommer att göras i enlighet med Bilaga 2 till förfrågningsunderlaget. I Bilaga 2 återfinns en trädstruktur av vilken framgår vilka kriterier som FMV tillmäter och en utförlig beskrivning av förutsättningarna för utvärderingen och hur denna kommer att gå till. Vad som inte framgår av utvärderingsmodellen är den sammanvägnings- och omräkningsmodell som använts för att få fram respektive anbudsgivares resultat. Modellen i sig har ingen självständig betydelse utan är endast ett sätt att omvandla resultatet av utvärderingen till jämförbara värden. Anbudsgivarna har fått information om vilken poängskala som tillämpas och huvudprinciperna för poängsättningen. FMV har dessutom definierat de olika kriterierna för att det inte ska råda något tvivel om deras innebörd. Den utförliga informationen har varit fullt tillräcklig för all tillvarata Bolagets intresse av att kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud. FMV finner det högst osannolikt att Bolaget hade utformat sitt anbud annorlunda med vetskap om modellen för omräkning eller sammanvägning, i synnerhet som den inte har någon självständig betydelse för resultatet. Modellen är en sådan typ av mätverktyg som ligger inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Enligt EG-rättspraxis kan utvärdering och kvalificering ske vid samma tillfälle. Den upphandlande enheten kan vid tilldelning av kontrakt välja ut de kriterier den vill lägga till grund för tilldelningen under förutsättning att den väljer kriterier som är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (jmf mål C-3187 Gebroeders Bentjes BV mot Nederländerna och mål C532-06 Emm. G. Lianakis AE mfl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl.).

Det faktum att de båda faserna styrs av olika regler innebär inte ett förbud mot att använda samma kriterium både vid kvalificeringen och vid anbudsutvärderingen under förutsättning att kriteriet tjäna olika funktioner i upphandlingen. I nu aktuell upphandling har FMV under punkt 9.6. som kvalificeringskriterium angett att en anbudsgivare ska ha minst någon förmåga att genomföra försäljningar genom partiförsäljning, auktion, nät-auktion, butiksförsäljning och anbuds-försäljning. FMV har ansett att en anbudsgivare måste ha kapacitet och förmåga att genomföra samtliga typer av försäljning för att överhuvudtaget vara intressant som leverantör och kunna nå ut till tänkta kundgrupper. Utöver denna miniminivå, har FMV under punkt 10.1 ansett att det mot bakgrund av den tjänst som upphandlas, försäljningskommissionär, är av vikt att bedöma hur väl och med vilken kvalitet en anbudsgivare kan genomföra partiförsäljning, auktion, nät-auktion, butiksförsäljning och anbuds-försäljning. Dessa tilldelningskriterier har en direkt koppling till upphandlingsföremålet och är avgörande för att bedöma anbudsgivarens faktiska försäljningsförmåga. Det avgörande för hur ett kriterium används är vilken funktion det har och i vilket sammanhang det används. I förevarande upphandling har de aktuella kriterierna haft två särskiljbara funktioner. I kvalificeringsfasen har de använts för att kontrollera en anbudsgivares förmåga och kapacitet att utföra uppdraget och i utvärderingsfasen har de använts för att bedöma hur väl anbudsgivaren kan utföra de olika typerna av försäljning, för all därigenom få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. FMV konstaterar att förfarandet i denna del inte har påverkat Bolagets möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Förfarandet har inte heller påverkat prövningen av Bolagets anbud på ett negativt sätt. Bolaget har därför inte lidit, eller kan inte komma att lida, skada genom FMV:s agerande.

Poängskalan går från noll (0) till fem (5) poäng. Av punkt 9.6. framgår att anbudsgivaren skall ha minst någon förmåga att genomföra försäljningar genom samtliga säljmetoder, dvs partiförsäljning, auktion, nät auktion, butiksförsäljning och anbuds-försäljning. Detta medför att ingen av ovanstående

säljmetoder kan tilldelas noll (0) poäng vid utvärderingen enligt punkt 10.1. Noll (0) poäng kan emellertid tilldelas andra utvärderingskriterier. Om länsrätten skulle finna att poängskalan i denna del är något otydlig vill FMV i detta sammanhang påpeka att samtliga anbudsgivare har tilldelats tre (3) poäng eller mer för respektive utvärderingskriterium. Ingen av anbudsgivarna har således lidit, eller kan komma att lida, skada till följd av poängskalans utformning. För det fall länsrätten skulle finna att det förekommer fel eller brister i Upphandlingen gör FMV gällande att dessa brister är av mindre betydelse och måste accepteras. Med anledning av överprövningen har FMV genomfört en känslighetsanalys av Bolagets anbud. FMV kan konstatera att en poängsättning i enlighet med Bolagets ansökan, där Bolaget alltså fått fem poäng där så begärts och en "högre poäng" där så begärts, inte förändrar rangordningen mellan Bolaget och vinnande bolaget. Bolaget har därför inte lidit, eller kan inte komma att lida, skada till följd av FMV:s poängsättning.

Länsrätten har den 13 november 2009 interimistiskt förordnat att FMV inte får avsluta Upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Enligt 15 kap. 16 § 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 har lägst pris.

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

Den upphandlande myndigheten skall antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fal-

lande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Kriterieviktningen eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Enligt 12 kap 1 § andra stycket LOU ska 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.

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

Utredningen i målet

Skall-krav

I Upphandlingens förfrågningsunderlag anges följande.

9. KRAV OCH KONTROLL AV ANBUDSGIVARE

9.1 Allmänt

Nedan anges de krav som FMV ställer på en anbudsgivare. FMV kommer att kontrollera om anbudsgivaren uppfyller dessa krav innan utvärdering av anbud sker.

Ett anbud som inkommit efter anbudstidens utgång kommer inte att prövas.

Ett anbud som inte uppfyller kvalificeringskraven kommer inte att prövas.

Kvalificeringen gäller enbart anbudsgivaren (juridisk part)

.....

9.2 Uteslutning av anbudsgivare

.....

9.2.2 Omständigheter som kan medföra uteslutning av anbudsgivare enligt 10 kap 2 §

LOU

FMV kan utesluta en anbudsgivare från att vidare delta i denna upphandling om anbudsgivaren

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och FMV kan visa detta,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det land där anbudsgivare har sitt hemvist och/eller i Sverige, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.

Är anbudsgivare juridisk person kan denne uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i punkt 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i punkten 4.

Med företrädare enligt ovan avses varje fysisk person som har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande över anbudsgivaren.

9.2.2.1 Intyg och bevis angående anbudsgivare enligt 10 kap 2 § LOU

Anbudsgivare skall inge bevis som styrker att omständigheter som anges i klausul. Omständigheter som kan medföra uteslutning av anbudsgivare enligt 10 kap 2 § LOU punkt 1 och 5 inte föreligger. Såvitt avser punkt 1 godtas utdrag ur officiellt register eller intyg utfärdat av en auktoriserad revisor eller annan likvärdig handling och såvitt avser punkt 5 godtas intyg från behörig myndighet eller intyg utfärdat av en auktoriserad revisor eller annan likvärdig handling.

Svenska leverantörer skall som intyg beträffande punkt 5 inge av Skatteverket utfärdat intyg "Begäran/Svar, Offentliga uppgifter" (Request/Response, Public Information from Skatteverket, se).

Intyg eller bevis enligt ovan får inte vara äldre än sex månader.

9.4 Krav på anbudsgivarens ekonomiska ställning

.....

Följande upplysningar om anbudsgivarens finansiella ställning skall bifogas anbudet:

-

- om möjligt budget för innevarande och kommande år

.....

Det vinnande bolaget följande handlingar i samband med anbudsavgivandet.

- Registreringsbevis från Bolagsverket den 4 augusti 2009,
- Riskintyg från Upplysningscentralen AB den 27 november 2008 som intygar att bolaget har högst kreditvärdighet enligt UC Risk,
- Diplom den 13 juni 2009 från kreditinstitutet Soliditet enligt vilket bolaget har tilldelats högsta kreditvärdighet i kreditinstitutets kreditratingsystem under en ettårsperiod samt
- Begäran/svar från Skatteverket daterad den 4 augusti 2009. Skatteverket har på blanketten fyllt i att bolaget är registrerad i organisationsnummerregistret, är registrerad som arbetsgivare och innehar F-skatt. Bolaget är även registrerad för mervärdesskatt. Skatteverket har vidare uppgett att bolaget inte har några restförda skulder avseende skatter och avgifter hos kronofogdemyndigheten enligt skatteverkets register.
- Årsredovisning för räkenskapsår den 1 juli 2007 – den 30 juni 2009,
- Balansrapport avseende perioden juli 2008 till juni 2009 och
- Intyg den 14 augusti 2008 av auktoriserad revisor Filip Holmqvist. Enligt intyget har revisorn biträtt det vinnande bolaget sedan 1995 och redovisningshandlingar och övriga underlag har alltid varit av mycket god ordning.

Utvärderingskriterier och utvärderingsmodell

I förfrågningsunderlaget anges följande.

10. UTVÄRDERING

10.1 Utvärderingsprinciper

Utvärdering kommer att göras med hänsyn till angivna kriterier, vilka inbördes är viktade enligt vad som framgår av Bilaga 2, Utvärderingskriterier.

Samtliga kriterier skall kommenteras av anbudsgivaren, även sådana som inte uppfylls

Om anbudsgivaren åberopar även andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet skall anbudsgivaren tillhandahålla ett bindande åtagande/avtal för hela avtalsperioden från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när avtalet skall fullgöras.

.....

Bilaga 2 till förfrågningsunderlaget innehåller en trädstruktur med angivande av procentuell vikt för respektive utvärderingskriterium (se bilaga 1) och definitioner av utvärderingskriterierna. I Bilaga 2 anges även följande.

Hur vi kommer att utvärdera

Utvärderingen kommer att bygga på en bedömning av den information som anbudsgivaren lämnat i anbudet.

Poängsättningen kommer att gå till på följande sätt. Anbudet kommer att tilldelas 0-5 poäng utifrån en värdering av den del av anbudet som är relevant för kriteriet. Betyget ”utmärkt” (motsvarar 5 poäng) förutsätter att anbudsgivaren kan visa på ett för FMV trovärdigt, tydligt och överskådligt sätt

1. att man har full insikt i vad som krävs av Leverantören för att Uppdraget skall kunna utföras i enlighet med Uppdragsavtalet (inkluderar erforderlig riskidentifiering) och
2. att man för FMV gjort sannolikt att man kommer att ha tillräcklig förmåga och kapacitet för att ha möjlighet att utföra Uppdraget på ett utmärkt sätt. Anbud, som inte tilldelas 5 poäng, tilldelas ett poängvärde mellan 4 poäng och 0 poäng, beroende på hur anbudet i relation till det aktuella kriteriet värderas att placeras mellan ytterlighetsvärdena 5 poäng och 0 poäng. Ett anbud bedöms som ”nöjaktigt” i förhållande till det aktuella kriteriet och med uppnår minst poängtalet 3, se vidare bedömningsskalan nedan. Poäng ges i heltal dvs. 0,1,2,3,4 och 5.

Följande bedömningsskala tillämpas

- 5 poäng utmärkt
- 4 poäng mycket bra
- 3 poäng nöjaktigt
- 2 poäng ej fullt nöjaktigt
- 1 poäng lågt
- 0 poäng ingen förmåga

I Tilldelningsbeslutet anges följande.

Utvärderingsmodell

Utvärderingen har gjorts genom tillämpningen av en medelvärdesmetod, vilken bygger på poängsättning av kravsatta egenskaper (bör-krav). Poängsättningen speglar den styrkebedömning av respektive egenskap som anbudsprövningen utvisar. Metoden bygger på att varje kravsatt egenskap (utvärderingskriterium) jämförs mot en viss nivå. Den nivå som används är en egenskaps medelvärde baserad på de inkomna anbuden. Varje anbuds egenskapsvärde normeras mot medelvärdet och poängsätts utifrån en linjär skala hur långt ifrån detta medelvärde som anbudet ligger. Detta innebär att ett egenskapsvärde får noll poäng om den ligger exakt på medelvärdet, pluspoäng om den ligger över medelvärdet och minuspoäng om den ligger under medelvärdet. Det slutliga poängvärdet för egenskapsvärdet ifråga avgörs därefter av egenskapens relativa viktning i förhållande till övriga egenskaper i utvärderingen.

Länsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Skall-krav

Bolaget har gjort gällande att vinnande anbudsgivare inte uppfyller skallkraven i punkterna 9.2.2.1. och 9.4 i förfrågningsunderlaget.

Av punkten 9.2.2.1 framgår att en anbudsgivare skall inge bevis som styrker att omständigheter som kan medföra uteslutning av anbudsgivare enligt 10 kap 2 § LOU punkt 1 och 5 inte föreligger. Detta innebär att anbudsgivaren ska styrka att denne inte är konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud. Som bevis godtas utdrag ur officiellt register eller intyg utfärdat av en auktoriserad revisor eller annan likvärdig handling. Anbudsgivaren ska vidare inge bevis som styrker att bolaget har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det land där anbudsgivaren har sitt hemvist och/eller i Sverige. Som bevis godtas intyg från behörig myndighet eller intyg utfärdat av en auktoriserad revisor eller annan likvärdig handling.

Av handlingarna i målet framgår att det vinnande bolaget har inkommit med bl.a. ett Registreringsbevis från Bolagsverket, ett riskintyg från Upplysningscentralen AB, ett diplom från kreditinstitutet Soliditet och ett intyg från en auktoriserad revisor. Det vinnande bolaget har även inkommit med ett intyg från Skatteverket. Länsrätten anser mot bakgrund av detta att det vinnande bolaget har ingett bevis som styrkt att omständigheter som kan medföra uteslutning enligt 10 kap 2 § LOU punkterna 1 och 5 inte föreligger. Det vinnande bolaget har därmed uppfyllt skall-kravet i punkterna 9.2.2.1 i Upphandlingen.

Vad sedan gäller frågan om det vinnande bolaget, genom att inte ha inkommit med en budget, inte har uppfyllt skall-kravet i punkten 9.4 i förfrågningsunderlaget gör länsrätten följande bedömning. Av punkten 9.4 framgår att en budget för innevarande och kommande år om möjligt ska bifogas. Det föreligger därmed inte någon skyldighet för det anbudsgivarna att inkomma med en budget. Mot bakgrund av detta har det vinnande bolaget uppfyllt skall-kravet i punkten 9.4.

Utvärderingen

Bolaget har gjort gällande att FMV har företagit en felaktig utvärdering av Bolagets anbud då Bolaget har tilldelats för låga poäng. Genom den felaktiga utvärderingen har FMV agerat i strid med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i 1 kap 9§ LOU.

Enligt rättspraxis måste en upphandlande enhet allmänt ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. Den upphandlande enhetens värdering får godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning (jmf bl.a. dom den 6 mars 2009 i mål nr 534-09 från Kammarrätten i Stockholm och dom den 4 februari 2009 i mål 5-09 från Kammarrätten i Jönköping). Det finns enligt länsrättens mening i förevarande fall inte skäl att frångå FMV:s värdering av Bolagets anbud. Vad Bolaget anfört i denna del innebär således inte att grund att förordna om åtgärder med stöd av 16 kap 2 § LOU.

Utvärderingsmodellen

Bolaget har gjort gällande att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kravet på transparens då FMV har tillämpat en utvärderingsmodell som inte framgår av förfrågningsunderlaget och agerat i strid med transparensprincipen i 1 kap 9 § LOU. FMV har vidgått att den sammanvägnings- och omräkningsmodell som använts för att få fram respektive anbudsgivares resultat inte framgår av förfrågningsunderlaget. FMV har anfört att modellen i sig inte har någon självständig betydelse utan endast är ett sätt att omvandla resultatet av utvärderingen till jämförbara värden och att anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget har fått information om den poängskala som tillämpats och huvudprinciperna för poängsättningen.

Länsrätten gör följande bedömning. Av EG-domstolens praxis följer att potentiella anbudsgivare, innan de utformar sina anbud, ska underrättas om de upphandlingskriterier som anbudena måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. EG-domstolen har även fastslagit att upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som skall tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas – under förutsättningen att utvärderingen kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I RÅ 2002 ref. 50 har Regeringsrätten bl.a. uttalat följande. 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 upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det anbud som är det mest fördelaktiga antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Länsrätten konstaterar att den medelvärdesmetod som beskrivs i Tilldelningsbeslutet inte finns angiven i förfrågningsunderlaget eller den tillhörande bilagan. Förfrågningsunderlaget brister därmed enligt länsrättens mening till viss del i tydlighet. Otydligheten är emellertid inte av den art eller omfattning att kraven som uppställs i LOU eller som följer av de gemenskapsrättsliga principerna har åsidosatts. Förfrågningsunderlaget får enligt länsrättens mening anses ha varit tillräckligt klart och tydligt utformat att Bolaget på grundval av detta har kunnat avgöra vad FMV tillmätt betydelse vid upphandlingen och hur de olika kriterierna kommer att viktas. Anbudsgivarna har fått information om vilken poängskala som tillämpats och principerna för poängsättning. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen

Bolaget har gjort gällande att FMV har sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen genom att det i punkten 9.6 som skall-krav har uppställts att anbudsgivaren ska ha minst någon *förmåga* att genomföra försäljningar genom samtliga säljmetoder enligt vad som framgår under "Försäljningsförmåga" i bilaga 2 och det i punkten 9.7 jämförd med punkten 10.1 i förfrågningsunderlaget har angetts att de kriterier som uppställs i punkten 9.6 kommer att utvärderas. FMV har anfört att kriteriet i punkten 9.6 är kopplat till leverantörens förmåga och kapacitet att genomföra kontraktet och att kriterierna under utvärderingen är kopplade till bedömningen av på vilket sätt kontraktet kan utföras, med avsikt att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Länsrätten gör följande bedömning. Enligt EG-domstolens praxis kan kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. När den upphandlande myndigheten kontrollerar anbudsgivarnas lämplighet ska den utgå ifrån de kvalitativa urvalskriterierna, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet, som anges i artiklarna 30 och 31 i direktiv 93/98/EEG. Det är endast möjligt att använda kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra aktuellt projekt kan inte anses utgöra tilldelningskriterier (Se EG-domstolens avgörande den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis och avgörande den 20 september 1988 i mål C 31/87, Bentjees).

Länsrätten gör bedömningen att punkten 9.6 i förfrågningsunderlaget, som hör till kvalificeringen av leverantörer, tar sikte på frågan om anbudsgivarna över huvud taget har lösningar för det specifika uppdraget att bedriva

kommissionsverksamhet genom olika typer av försäljning, dvs. föremålet för kontraktet och inte anbudsgivarens förmåga och kapacitet. Punkten 10.1 och bilaga 2 till förfrågningsunderlaget, som hör till utvärderingen av anbudet, tar sedan enligt länsrättens mening sikte på en utvärdering av de kriterier som uppställts. Någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen har därmed inte skett och förfarandet kan inte anses ha skett i strid med gällande bestämmelser eller grundläggande upphandlingsprinciper.

Poängskalan

Bolaget har gjort gällande att poängskalan i bilaga 2 till förfrågningsunderlaget brister i transparens enligt 1 kap 9 § LOU genom att en anbudsgivare kan tilldelas noll poäng i utvärderingen samtidigt som det i punkten 9.6 anges som ett skall-krav att anbudsgivaren ska ha minst någon förmåga att genomföra försäljningar genom samtliga säljmetoder. FMV har anfört att det är riktigt att ingen av ingen av säljmetoderna som omnämns i punkten 9.6 har fått noll poäng vid utvärderingen enligt punkten 10.1. Noll poäng kan emellertid tilldelas andra utvärderingskriterier. Samtliga anbudsgivare har tilldelats tre poäng eller mer för varje utvärderingskriterium varpå ingen av anbudsgivarna har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Länsrätten finner att förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat och att det föreligger brister i tydlighet när ingen av ingen av säljmetoderna som omnämns i punkten 9.6 har kunnat erhålla noll poäng vid utvärderingen enligt punkten 10.1. Otydligheten är emellertid inte av den art eller omfattning att de krav som uppställs i LOU eller som följer av de gemenskapsrättsliga principerna har åsidosatts. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte heller på den grunden.

Länsrätten finner sammanfattningsvis att vad Bolaget har åberopat inte kan anses utgöra grund för ett antagande om att Upphandlingen genomförts i strid mot LOU och gemenskapsrätten. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Anna Vilgeus Huldt
Anna Vilgeus Huldt

Länsrättsfiskal

Föredragande har varit Peter Collert.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 var till 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.

