



**LÄNSRÄTTEN I
KALMAR LÄN**

Föredragande: Sofia Kullman

DOM
2009-03-10
Meddelad i
Kalmar

Mål nr
1914-08 E
Rotel 1

KLAGANDE

BMG TRADA Certifiering AB
Box 9006
400 91 Göteborg

MOTPART

Kalmar kommun
Fastighets- o inköpskontoret, Inköpsavdelningen
Box 902
391 29 Kalmar

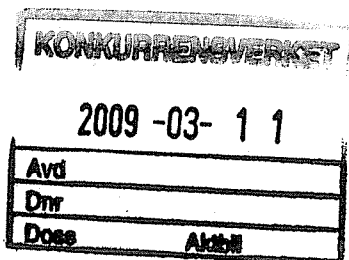
Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och beslutar att Kalmar kommuns upphandling av certifieringsorgan för miljö- och kvalitetsrevision ska göras om.



Dok.Id 33018

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|----------------------------------|------------------|---------------|-------------|--------------------------------|
| Box 614 391 26 Kalmar | Smålandsgatan 28 | 0480-47 78 00 | 0480-851 05 | måndag – fredag 08:00-16:00 |
| E-post: lansrattenikalmar@dom.se | | | | |

YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun genomför en förenklad upphandling av certifieringsorgan för miljö- och kvalitetsrevision och beslutade den 18 december 2008 om tilldelning.

BMG TRADA Certifiering AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Kommunen bestrider att upphandlingen ska rättas.

Länsrätten beslutade den 23 december 2008 att upphandlingen inte får avslutas innan rätten slutligt tagit ställning till ansökningen eller förordnat på annat sätt.

Kommunens anbudsfrågan m.m.

I förfrågningsunderlaget anges hur utvärderingen av kvalificerade anbud ska gå till. Under rubriken Utvärderingsfasen anges bl.a. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Vidare framgår att de utvärderingskriterier som beaktas är viktade enligt följande:

- totalpris 30 %
- utförande 50 %
- referenser 15 %
- miljö 5 %

Bolaget har i målet framfört synpunkter och argumenterat kring följande.

1. Viktningen av utvärderingskriterierna
2. Ackrediteringens betydelse och proportionalitetsprincipen
3. Utvärderingen
 - 3.1 Kommunikation mellan certifieringsorgan och beställare
 - 3.2 Synsätt och metod avseende verksamhetsutveckling

- 3.4 Tidplan
- 4. Referenser
- 5. Miljö
- 6. Presentation
- 7. Skaderekvisitet

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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

Enligt 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 innehåller det lägsta priset.

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

Enligt 12 kap. 1 § andra stycket gäller följande. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande enhet ska i annonsen om upphandlingen eller förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 2 § samma kapitel framgår att det ska anges hur dessa kriterier viktas i förhållande till varandra om detta är möjligt.

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, 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.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 anförts att 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

DOMSKÄL

1. Viktningen av utvärderingskriterierna

Bolaget anför bl.a. följande. Vid utvärderingen har kommunen viktat priset till att endast betyda 30 % av helheten. Det som i utvärderingsdelen i förfrågningsunderlaget kallas ”utförande” har viktats till 50 %, ”referenser” till 15 % och ”miljö” till 5 %. Viss subjektiv värdering kan tillåtas i offentlig upphandling (även om det inte är lämpligt), men definitivt inte viktas till att betyda så mycket som hälften.

Kommunen. Bolaget synes vara av uppfattningen att andra utvärderingskriterier än pris inte får tillmätas en högre vikt än 50 %. Denna uppfattning är felaktig och saknar helt stöd i såväl lagtext som praxis. Det är upp till varje upphandlande myndighet att själv avgöra vilka omständigheter (utvärderingskriterier) som ska premieras och hur dessa ska viktas.

Länsrättens bedömning

Som kommunen har anfört finns det inget stöd i lagtext eller praxis för att andra kriterier än pris inte skulle få viktas högt. Så länge viktningen av kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan den inte anses strida mot proportionalitetsprincipen eller LOU i övrigt.

2. Ackrediteringens betydelse och proportionalitetsprincipen

Bolaget anför bl.a. följande. Kommunen har gjort en ”överprövning” av den bedömning som den statliga ackrediteringsmyndigheten Swedac gör i samband med att ett certifieringsorgan tilldelas en ackreditering. Swedacs beslut innebär att de revisorer som har godkänts är godkända för att genomföra revisioner enligt den tilldelade ackrediteringen. Alla fyra anbudsgivare är ackrediterade av Swedac enligt SS EN 17 021 för att genomföra revisioner av ledningssystem. Bolaget anser att vid en objektiv bedömning kan kommunen i sin upphandling inte nämnvärt skilja på olika kriterier såsom leverans- och genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd etc., mellan de fyra anbudsgivarna, varför skillnaden i utvärderingen borde vara mindre och säkerligen skulle priset då vara en avgörande faktor. Ett av syftena med LOU är tillämpning av den så kallade proportionalitetsprincipen innebärande att krav som ställs vid en upphandling inte får gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Både kvalificeringskrav och utvärderingskriterier ska vara objektiva och möjliga att kontrollera. Kalmar kommuns inlaga låter påskina att utvärderingskriterierna inte behöver vara möjliga att kontrollera. Bolaget vänder sig mot att onödiga utvärderingskriterier förs in. Det är inte rimligt att i en upphandling överpröva en ackreditering som i sig innebär en kompetensprövning enligt en internationell standard. Kommunen bryter mot proportionalitetsprincipen genom att göra så. Bolaget

kan bara konstatera att det uppfyller ställda kvalitetskrav och har det lägsta priset.

Kommunen. Kommunen har inte gjort någon ”överprövning” av den bedömning Swedac gjort i samband med ackrediteringen. Bolaget och dess anbud har uppfyllt ställda krav och därmed utvärderats. Däremot har bolagets anbud inte varit det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till de utvärderingskriterier som tillämpats. De utvärderingskriterier som tillämpats av kommunen står under alla förhållanden helt i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett vilka omständigheter som ska premieras vid utvärderingen och sedermera tillämpat dessa vid utvärderingen.

Länsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har stort utrymme att själv utforma utvärderingskriterier och bestämma hur de ska värderas. Dock får inte principerna i LOU och EG-rätten överträdas. Därvid är det av intresse om kommunen har brutit mot proportionalitetsprincipen när de uppställde utvärderingskriterier som delvis korresponderade med de krav som uppställs av Swedac vid ackreditering, och delvis gick utöver Swedacs krav.

Att ett företag är ackrediterat innebär att det uppfyller vissa krav. Ackrediteringen förutsätter en viss kvalitet på den tjänst företaget levererar. Detta innebär dock inte att man inte kan nå en högre nivå än den som Swedac kräver. Det kommunen till synes har åsyftat med att ställa upp ytterligare utvärderingskriterier är att erhålla en högre kvalitet på föremålet för upphandlingen. Åtgärden att ställa upp utvärderingskriterierna får anses ha varit en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet. En förhöjd kvalitet kan innebära ett ekonomiskt mer fördelaktigt resultat, varför kommunens

handlande i detta avseende inte kan anses bryta mot proportionalitetsprincipen.

3. Utvärderingen

En anbudsprövning består av två faser; en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. I den första kontrolleras anbudsgivarnas lämplighet avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. I den andra sker en tilldelning utifrån kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06 Lianakis AE m.fl följer att det föreligger en valfrihet, dock inte en oinskränkt sådan, vad avser vilka kriterier en upphandlande myndighet kan använda som utvärderingskriterier. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kan hänsyn tas till kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av det nämnda avgörandet av EG-domstolen framgår att de 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 utgöra kriterier för tilldelning. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga utgör kriterier som avser anbudsgivarens förmåga att utföra projektet och således inte kriterier för tilldelning (punkterna 30-31).

Av kommunens förfrågningsunderlag framgår att utvärderingsfasen har viktade utvärderingskriterier enligt följande, totalpris 30 %, utförande 50 %, referenser 15 % och miljö 5 %. Kriteriet utförande har därefter delats upp i ett antal underkriterier.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarna ska beskriva följande avseende kriteriet ”utförande”:

- kortfattad beskrivning av anbudsgivaren
- en beskrivning av processen för arbetet med att införa en gemensam certifiering i kommunen
- en beskrivning av ert synsätt och metod när det gäller samarbete/verksamhetsutveckling/kommunikation och upplägg mellan er och beställaren i det fortlöpande arbetet
- revisionsplan (hur kommer uppdraget att utföras – både tids- och innehållsmässigt)
- revisionsledare med CV
- erfarenhet från tidigare arbete samt erfarenhet från arbete med kommuner och annan offentlig verksamhet
- tidplan.

Bolaget har framfört synpunkter på de underkriterier som behandlas nedan.

3.1 Kommunikation mellan certifieringsorgan och beställare

I förfrågningsunderlaget beskrivs denna punkt som en beskrivning av processen för arbetet med att införa en gemensam certifiering i kommunen.

Bolaget anför följande. Kommunens beskrivning av hur bolagets kommunikationen med kunderna sker är inte korrekt. Bolaget ger alla kunder tillfälle att efter genomförd certifieringsrevision svara på en enkät. Det är också ett standardkrav, som bevakas av Swedac, att de årligen övervakar

kundernas nöjdhet. Det går alltså ut en enkät till samtliga kunder i samband med certifiering. Enkät sänds dock inte ut i samband med uppföljningsrevisioner eller vid recertifieringsrevisioner. Bland befintliga kunder sker ett årligt slumpvis urval som en enkät skickas till. Kommunen har erhållit en sådan och också återsänt enkäten.

Kommunen anför följande. Vad gäller ”kommunikation mellan certorgan och beställare” har bolaget erhållit poängavdrag på grund av det sätt på vilket de efterfrågar kundernas synpunkter. Detta sker endast genom kundenkäter till slumpvis utvalda kunder. Synpunkter inkommer således inte från samtliga kunder varför det inte är säkert att eventuella missförhållanden uppmärksammas.

Länsrättens bedömning

Kommunen har inte bemött bolagets påstående att utskick av enkäter sker beroende av om det är frågan om certifiering, recertifiering och uppföljningsrevisioner. Bolagets uppgift får därför godtas. Eftersom bolaget således skickar ut enkäter i samband med varje certifiering borde de inte ha erhållit poängavdrag på grund av underlåtenhet att kommunicera med kunden. Eftersom kriteriet huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan det inte utgöra ett kriterium för tilldelning. Kriteriet har därmed utformats i strid med LOU.

3.2 Synsätt och metod avseende verksamhetsutveckling

Bolaget anför följande. När det gäller ”metod avseende verksamhetsutveckling” har bolaget fått poängavdrag därför att de inte infordrar relevant dokumentation före kundbesök. Detta är inte korrekt. Dokumentation begärs alltid in vid en certifieringsrevision. Bolaget tar alltid in material i förväg i samband med certifiering och recertifiering. Kommunen förväxlar dessa två aktiviteter med uppföljningsrevisioner där begränsad mängd dokumentation begärs in – allt enligt gällande regelverk. Bolaget har vidare, enligt kommunens skrivelse, erhållit poängavdrag därför att de uppgett att de ”medvetet skriver återhållsamma rapporter”. Detta är en felcitering, vad som har framförts är att vid revision vill bolaget genomföra den så att de har en aktiv dialog. Allt som sägs i denna dialog kan emellertid inte få plats i eller bör inte återges i en rapport. På så sätt är rapporterna mera återhållsamma.

Kommunen anför bl.a. följande. Beträffande ”synsätt avseende verksamhetsutveckling” har bolaget erhållit poängavdrag eftersom de uppgett att de ”medvetet skriver återhållsamma rapporter”. Kommunen önskar inte återhållsamma rapporter, utan rapporter som ger en korrekt och uttömmande bild av eventuella fel och brister i organisationen och som därmed är en god utgångspunkt för förbättring. Bolaget har även erhållit poängavdrag på grund av att de inte infordrar relevant dokumentation före kundbesök i de fall bolaget tidigare arbetat med kunden. Detta är en svaghet i deras metodik eftersom kundernas verksamhet och därmed även dokumentationen är levande och hela tiden förändras. Vad bolaget nu anför avseende sina återhållsamma rapporter är inte korrekt. Även påståendet att bolaget alltid infordrar dokumentation före kundbesök är felaktigt. Det återgivna citatet hade inte att göra med att all information inte får plats i rapporterna, som bolaget nu påstår, utan med att bolaget inte ville framföra för hård kritik, eller som detta uttrycktes vid det möte då bolaget presenterade sitt anbud ”...så att ingen sågas vid fotknölarna.” Det ankommer på bolaget att styrka

att överträdelser av LOU har skett. Bevisbördan kan inte anses uppfylld endast genom ej underbyggda påståenden.

Länsrättens bedömning

Eftersom det är bolaget som ansökt om överprövning ankommer det på bolaget att visa att brott mot LOU har begåtts. Bolaget har anfört att kommunen felciterat och feltolkat bolagets uppgifter. Bolaget har inte styrkt sina påståenden på något sätt. Det kan därför inte anses att kommunens utvärdering varit felaktig i detta hänseende. Underkriteriet i denna del kan därför inte anses strida mot LOU.

3.4 Tidplan

Bolaget anför följande. Vad gäller "tidplan" följer bolaget fastställda riktlinjer och Swedacs regelverk. Som ackrediterat certifieringsorgan är deras uppgift att genomföra revisioner för att kontrollera att organisationen lever upp till aktuell standards krav och kunna tipsa om förbättringsmöjligheter. De är förbjudna att bistå en kund med interna eller riktade utbildningar. De får inte arbeta som konsulter. Att i detta sammanhang tycka att det är bra att certifieringsorgan lägger så mycket som 17 mandagar på uppföljningsrevisioner tyder mer på att man är ute efter att försöka erhålla konsulttjänster och fördyra upphandlingen, än att detta skulle vara ett ändamålsenligt utvärderingskriterium.

Kommunen anför följande. Vad gäller "tidplan" (antal mandagar/år) har poängsättning skett baserat på det antal mandagar per år som anbudsgivaren avser att lägga på den årliga revisionen. Norske Veritas har erhållit full poäng avseende detta underkriterium, då Norske Veritas är den anbudsgivare som avser avsätta flest mandagar per år (17 stycken) för revisionen.

Länsrättens bedömning

Syftet med underkriteriet "tidplan" har bl.a. varit att fastställa vilken leverantör som lever upp till utvärderingskriteriet "utförande" bäst. Länsrätten utgår ifrån att man härvid menar kvalitet på utförande. Kommunens synsätt synes vara att större antal mandagar skulle innebära högre kvalitet. Förvisso kan det ofta vara på det sättet, men det stämmer långt ifrån alltid.

Att ge fler poäng till de leverantörer som lägger mer tid på uppdraget förefaller inte effektivt och lämpligt med detta i åtanke. Kriteriet "tidplan" får i detta fallet anses strida mot proportionalitetsprincipen då det i huvudsak avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet och därför inte kan utgöra ett kriterium för tilldelning.

4. Referenser

Kommunen har använt sig av följande frågeställningar vid referenstagningen.

- Har ni bytt eller ämnar ni byta certifieringsbolag
- Samarbete inför årlig revision
- Förberedda/pålästa inför revision
- Leder revisionen till förbättringar
- Får ni allvarliga avvikelser
- Hittas era brister och svagheter
- Greppar man verksamheten
- Positiva synpunkter
- Negativa synpunkter
- Tidplan
- Återkoppling/rapporter
- Rådgivning

Kommunen anför följande. Angående utvärderingen av kriteriet "referenser" har kommunen efterfrågat referenser från liknande uppdrag och i förekommande fall referenser från den offentliga sektorn. Vid utvärderingen har kommunen kontaktat angivna referenser per telefon och infordrat kommentarer på de punkter som framgår av tilldelningsbeslutet. Vid referenstagningen har kritik framförts mot bolaget på en rad punkter. Återkommande kritik var:

- Bolaget har mycket kort framförhållning vad gäller tidplan inför den årliga revisionen.
- Bolagets revisorer upplevs inte som förberedda/pålästa inför revisionen. Revisorerna sitter ofta och läser innantill när de intervjuar chefer och personal, varför intervjuförfarandena går mycket trögt. Detta upplevde vissa referenspersoner som "fruktansvärt dåligt".
- Dålig kommunikation mellan bolaget och kunderna. Revisorerna har svårt att göra sig förstådda bland kundens personal. "Talar ej med bönder på bönders vis."

Någon referens framförde kritik med innebörden att:

- Bolaget inte hittar kundens brister och svagheter.
- Revisionerna inte leder till förbättringar.
- En kund har framställt önskemål om att tidpunkt för nästa revision ska bestämmas på revisionens avslutningsmöte, men detta önskemål har inte efterkommit av bolaget.
- Bolaget är tillgängligt för rådgivning, men kunden får inte vettig och relevant rådgivning.

Bolaget har erhållit 2,5 poäng avseende kriteriet referenser. För att de skulle kunna vinna upphandlingen hade krävts att de hade erhållit högsta poäng (+1 på en skala bestående av -1, 0 och +1) avseende elva av de tolv frågor som ställts till referenspersonerna. En rad synpunkter och kritik har dock framställts från referenspersonerna vilket lett till poängavdrag.

Vad gäller utvärderingen har det inte i förfrågningsunderlaget angetts exakt vilka frågor som skulle komma att ställas till referenspersonerna. Att frågor skulle komma att ställas rörande det sätt på vilket anbudsgivarna utfört tidigare uppdrag och att referenspersonernas svar skulle komma att ligga till grund för utvärderingen, framgår emellertid klart av förfrågningsunderlaget. Det framstår som närmast uppenbart att det inte är lämpligt att en upphandlande myndighet redan i förfrågningsunderlaget anger exakt vilka frågor som kommer att ställas till referenspersonerna. Kommunen har dock ställt samma frågor till samtliga referenspersoner för att principen om likabehandling inte ska överträdas.

Bolaget anför följande. Bolaget har i efterhand varit i kontakt med angivna referenser och talat med dem som kommunen har kontaktat. Enligt kommunen har man varit i kontakt med enbart ”angivna referenser”. Ingen av dem har, enligt uppgift till bolaget, framfört något negativt och är synnerligen förvånade över hur den från Kalmar kommun uppringande tjänstemannen har kunnat lägga in negativa kommentarer och till och med citat, som ingen av de vidtalade känns vid. Det enda som synes stämma är att en referent har sagt att det kan vara svårt att ”spika” revisionsdatum, syftande på att det snarare var svårt att få deras interna almanackor att passa in. Bolaget ifrågasätter hur referenstagningen har skett och om det för ackrediterade tjänster är nödvändigt. Referenstagning ska ske på ett objektiva och transparent sätt. Underliggande utvärderingskriterier har inte redovisats och redovisade omdömen har vid kontroll inte visat sig stämma.

Kommunen anför följande. Kammarrätten i Göteborg har i en dom, mål nr 5910-08, konstaterat att referenser från med upphandlingen likvärdiga uppdrag kan ge relevant information för bedömningen av vilket anbud som med hänsyn till kvaliteten är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kammarrätten konstaterade därför att den utvärdering av referenser som skett inte stred mot gällande bestämmelser eller grundläggande upphandlingsprinciper. Vid samtal med referenspersonerna fördes minnesanteckningar. Vad referenspersonerna i ett senare skede sagt till bolaget har kommunen ingen kännedom om. Det vore dock knappast första gången som en referensperson tycker att det är obehagligt att framföra kritik direkt till en leverantör. Bolaget har inte styrkt sitt påstående om att kommunen på något sätt förvanskat referenssvaren.

Bolaget har vidare anført att man hade angett en namngiven person på Stockholms läns landsting som en av sina referenser. Eftersom kommunen tydligen inte kom i kontakt med denna person på Stockholms läns landsting hade det varit enkelt att lösa detta – om man ville vara objektiv och positiv – genom att ringa bolaget för erhållande av direktnummer eller att få namn på en annan kontaktperson.

Kommunen har bemött inhämtandet av referenstagning bl.a. på anført följande sätt. Vid referenstagningen erhöll kommunen emellertid beskedet från landstinget att någon med aktuellt namn inte fanns inom landstinget. Med anledning av detta kunde några referenssvar från denna referens inte erhållas. Det verkar som att bolaget menar att kommunen brutit mot LOU genom att inte kontakta bolaget i anledning av att de angett felaktiga kontaktuppgifter alternativt oriktiga referenser i sitt anbud. Kommunen har ingen skyldighet att göra så, och att begära in sådana uppgifter hade kunnat betraktas som att kommunen gett bolaget tillfälle att komplettera sitt anbud på ett otillåtet sätt.

Länsrättens bedömning

Bolaget har, som kommunen anfört, inte styrkt sitt påstående att kommunen förvanskat referenserna. I det återopade kammarrättsavgörandet har rätten fastslagit att det inte finns något generellt förbud mot att låta referenser utgöra ett utvärderingskriterium. Det kan emellertid trots ovanstående vara så att utvärderingskriteriet ”referenser” inte är förenligt med LOU, därför att man sammanblandat utvärderingskriterier med kvalificeringskriterier.

Länsrätten har med ledning av EG-domstolens dom C-532/06, Lianakis kommit fram till att flera av de frågeställningar som framgår av utvärderingen i tilldelningsbeslutet hänför sig till anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget. Utvärderingskriteriet ”referenser” har därmed utformats i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Den kritik som bolaget framfört angående den komplettering av referenstagningen som kommunen har genomfört, kan däremot inte anses strida mot bestämmelserna i LOU.

5. Miljö

Bolaget anför följande. När det gäller kriteriet ”miljö” synes bolaget ha fått lägre poäng därför att de inte har bifogat en resepolicy. Självklart har de en resepolicy, men den har inte särskilt efterfrågats varför den inte bifogats. Däremot har de, som efterfrågats, beskrivit sitt miljöarbete. De hade bilagt sin resepolicy om den hade efterfrågats. Sedan frågar sig bolaget om det är bättre att resa miljöbil från Borås eller som bolaget, tåg eller bil från Karlskrona. Bolagets revisorer finns i närområdet och kommunen har inte tagit hänsyn till att de kan använda miljöbil även från Karlskrona.

Kommunen anför följande. Kommunen har, såsom underlag för utvärdering av kriteriet "miljö" efterfrågat en beskrivning av anbudsgivarens miljöarbete samt av hur resor till och från Kalmar kommer att utföras. Bolaget har erhållit tre poäng av fem möjliga avseende kriteriet. Två anbudsgivare har erhållit högre poäng. Detta motiveras av att de anbudsgivarna endast använder sig av miljöbilar när bil behövs, och att anbudsgivarna i anbudet lämnat skriftliga resepolycys. Det framgick av förfrågningsunderlaget att det sätt på vilket resor till och från Kalmar kommer att ske på skulle komma att spela en viktig roll vid utvärderingen. Det kan knappast komma som en överraskning för en anbudsgivare att det i det sammanhanget är av vikt i vilken mån miljöbilar används och huruvida anbudsgivaren har en resepolicy eller inte.

Länsrättens bedömning

En resepolicy innebär oftast att ett företag har förbundit sig att agera i enlighet med policyn. Bolaget har anfört att de förvisso har en resepolicy, och att de kan använda miljöbilar. Det får dock anses ankomma på anbudsgivaren att lämna in tillräckligt underlag för bedömningen. Med det underlag som fanns tillgängligt framkom det inte om bolaget har som policy att alltid använda sig av miljöbilar. Kommunens utvärdering i denna del kan därför inte anses vara felaktig eller strida mot LOU.

6. Presentation

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare som klarar kvalificeringskraven kommer att bjudas in till Kalmar för presentation av sitt anbud. Bolaget har genomfört en sådan presentation.

Bolaget anför bl.a. följande. Kommunens medgivande att den muntliga presentationen har lagts in som ett utvärderingskriterium (syftar på de citat som diskuterats under rubriken synsätt och metod avseende verksamhetsutveckling) innebär att fel har begåtts, då det inte får tillföras utvärderingskriterier i efterhand. Tillägget har också lett till att bolaget tilldelats lägre poäng. Beträffande påståendet om återhållsamma rapporter diskuterades rapportskrivning vid den muntliga presentationen. Om presentationen tolkas som att bolaget har en alltför lättäm inställning till rapportskrivningen hävdar bolaget att det är en direkt feltolkning av vad som sades och att kommunens tolkning faller på sin egen orimlighet.

Kommunen anför följande. Den muntliga presentationen av anbudet har inte lagts in som ett utvärderingskriterium. Kommunen har tillämpat de utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. En annan sak är att anbudsgivare som uppfyllt ställda kvalificeringskrav, i enlighet med vad som angetts på sidan sex i förfrågningsunderlaget, bjudits in till kommunen för en närmare presentation av sina anbud.

Länsrättens bedömning

Den muntliga presentationen har, som kommunen anför, inte varit ett utvärderingskriterium. Det har därtill framkommit tydligt i förfrågningsunderlaget att en muntlig presentation skulle bli aktuell. Däremot synes den muntliga framställningen ha varit ett underlag vid utvärderingen.

Länsrätten anser det vara olämpligt att basera utvärderingen vid en offentlig upphandling på sådana fakta som inte dokumenteras. Länsrätten kan inte i handlingarna se att någon dokumentation har skett. Avsaknaden av dokumentation gör det nära nog omöjligt att överpröva utvärderingsfasen av upphandlingen. Det finns inte någon möjlighet att kontrollera de uppgif-

ter som bolaget hävdar är felciterade, och som baserar sig på vad som framkommit vid den muntliga presentationen. Det finns dock inte något förbud mot att använda uppgifter som framkommit muntligen vid utvärdering av anbud. Uppgifterna har inte varit ett nytt utvärderingskriterium, utan endast en källa till fakta. Förfarandet kan därför inte anses ha stridit mot LOU.

7. Skaderekvisitet

Bolaget anser att de riskerar att lida ekonomisk skada. Vid en korrekt utvärdering skulle de ha det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och borde därmed ha tilldelats upphandlingen.

Kommunen anför följande. Det bör noteras att bolagets anbud inte skulle ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga ens om det erhållit full poäng avseende kriteriet "utförande". I den mån länsrätten skulle finna att kommunen i något avseende brustit avseende utvärderingen av detta kriterium, har detta i vart fall inte medfört att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Bolagets anbud skulle inte heller ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga om bolagets anbud erhållit samma poäng som de två anbudsgivare som hade högre poäng avseende kriteriet "miljö". Mellan bolagets anbud och det vinnande anbudet skiljer sammanlagt elva poäng. Maximal poäng avseende "miljö" är fem poäng. Bolaget har erhållit 2,5 poäng avseende kriteriet "referenser". För att de skulle kunna vinna upphandlingen hade krävts att de hade erhållit högsta poäng (+1 på en skala bestående av -1, 0 och +1) avseende elva av de tolv frågor som ställts till referenspersonerna. En rad synpunkter och kritik har dock framställts från referenspersonerna vilket lett till poängavdrag.

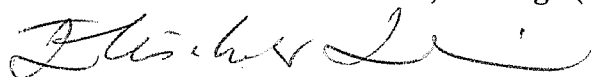
Länsrättens bedömning

För att länsrätten ska kunna besluta om att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske krävs enligt 16 kap. 2 § LOU att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU.

Det kan inte krävas att bolaget visar att de skulle ha vunnit upphandlingen om inte felen i upphandlingen hade förekommit för att skada eller risk för skada ska anses ha förekommit.

Utvärderingskriteriet "tidplan" får anses strida mot proportionalitetsprincipen då det inte är ett effektivt och lämpligt kriterium för att fastställa kvaliteten på föremålet för upphandlingen hos anbudsgivarna. Bolaget har dock inte lidit någon skada på grund av denna brist i upphandlingen. Vad gäller utvärderingskriteriet "kommunikation mellan certifieringsorgan och beställare" får bolaget anses ha tillfogats skada genom att de tilldelats poängavdrag för att de underlåter att kommunicera med kunden, vilket de har visat inte är fallet. Avseende utvärderingskriteriet "referenser" anser länsrätten att kommunen har använt flera av de frågeställningar som hänför sig till anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget. Utvärderingskriteriet "referenser" har därmed utformats i strid med 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har härigenom lidit skada genom att kommunen felaktigt hänfört frågeställningarna vid referenstagningen till kriterier för tilldelning som inte har varit förenliga med LOU. Bristerna bör rättas genom att upphandlingen görs om.

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



Elisabeth Lewin

rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 offentlig part 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 nå 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.