

KLAGANDE

NVS Installationer AB, 556053-6194
Box 384
201 23 Malmö

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och advokat Håkan Johnston
Andersson och Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Eskilstuna Energi & Miljö AB, 556458-1907
Eskilstuna Kommun
631 86 Eskilstuna

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell, jur.kand. Sara-Li Olovsson
och jur.kand. Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 28 september 2011 i mål nr
3831-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom
områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning

*Konkurrens-
verket*

YRKANDEN M.M.

NVS Installationer AB (NVS) yrkar att kammarrätten beslutar att Eskilstuna Energi & Miljö AB:s (EEM) upphandling av ramavtal för rörsvetsarbeten med projektnummer 110063 ska göras om.

EEM motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

Vad NVS anför

NVS hänvisar till de omständigheter och grunder man anför i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande.

Förvaltningsrätten har ansett att NVS, endast med grund i det faktum att NVS anbud inte ansetts kvalificerat att utvärderas, inte lidit skada i anledning av att det vinnande anbudet tilldelats upphandlingen trots att det inte uppfyllt uppställda skall-krav. Domen är i denna del fel och står i direkt strid mot gällande rättspraxis, främst Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10. Prosvets anbud är inte kvalificerat för utvärdering eftersom det brister när det gäller begärd säkerhet samt saknar jämställdhetspolicy. I och med att inget anbud uppfyllt samtliga krav ska upphandlingen rätteligen göras om och NVS lider skada i och med att bolaget berövas möjlighet att delta i en ny upphandling.

Upphandlingens förfrågningsunderlag uppfyller inte LUF:s krav på förutsägbarhet, då urvals- och utvärderingskriterier sammanblandas samt då den föreskrivna utvärderingsmodellen inte säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Upphandlingen ska även av dessa anledningar göras om och NVS lider eller riskerar att lida ska om så inte sker.

Vad EEM anfört

EEM har i allt väsentligt hänvisat till vad man anfört i förvaltningsrätten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det kammarrätten först har att pröva är om det var rätt av EEM att utesluta NVS anbud. Anledningen var att NVS inte erhöll en tillräckligt hög poäng vid referenstagningen för att kvalificeras till anbudsutvärderingen. NVS har bl.a. anfört att EEM endast kunnat ställa krav på att ett anbud uppnår nivån ”godkänt” och att kravet på 62 poäng av 70 möjliga är ett krav som är alltför högt ställt.

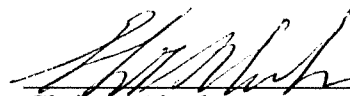
Kammarrätten konstaterar att det står den upphandlande myndigheten fritt att ställa krav på leverantörerna så länge det görs på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Kammarrätten anser inte att de krav EEM ställt på anbuden för att de ska kvalificeras för utvärdering strider mot de principer för upphandling som anges i LUF. Det var därför rätt av EEM att utesluta NVS anbud. NVS överklagande ska därför avslås i denna del.


Nästa fråga är om NVS lidit skada av att Prosvets tilldelats kontraktet. Förvaltningsrätten har ansett att så inte varit fallet och därför inte heller prövat vad NVS anfört om brister i Prosvets anbud.

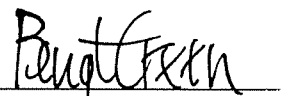
NVS har hänvisat till Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10 där en anbudsgivare, vars anbud uteslutits i kvalificeringsfasen, ansetts lida skada eller riskera att lida skada om även den vinnande leverantörens anbud borde ha uteslutits. Förhållandena i det nu aktuella målet är likartade. I det återopade fallet fanns endast två anbudsgivare och i detta mål har alla anbudsgivare utom Prosvets uteslutits.

Enligt kammarrättens mening kan den som rätteligen har uteslutits i kvalificeringsfasen inte längre betraktas som en presumtiv leverantör och kan därmed inte heller anses lida skada i den mening som avses i LOU. Det finns inte anledning att skilja på fall där det endast finns en respektive fall där det finns flera anbudsgivare kvar efter det att kvalificeringsfasen har slutförts. Om en anbudsgivare som rätteligen har uteslutits i kvalificeringsfasen skulle tillåtas att föra talan i syfte att eliminera samtliga de anbudsgivare som godkänts i kvalificeringsfasen möjliggör detta dessutom ett processande som lätt kan missbrukas och som knappast kan anses stå i överensstämmelse med lagens syfte. Kammarrätten anser således att det var riktigt att, såsom förvaltningsrätten gjort, begränsa prövningen till frågan huruvida uteslutningen av NVS anbud var riktig. NVS överklagande ska därför avslås även i denna del.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Christer Abrahamsson


Anders Davidson


Bengt Green
referent



SÖKANDE

NVS Installationer AB, 556053-6194
Box 384
201 23 Malmö

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och Jur.kand. Håkan Andersson
Andersson och Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Eskilstuna Energi & Miljö AB, 556458-1907
Eskilstuna Kommun
631 86 Eskilstuna

Ombud: Advokat Anna Ulfsson och Jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 8 juli 2011 upphör därmed att
gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M. M.

Eskilstuna Energi & Miljö AB (EEM) genomför en upphandling av fjärrvärmeledningar, ramupphandling 2011-2012, gällande rörsvetsarbeten i mark och kammare (dnr 110063). EEM har den 7 juni 2011 fattat ett tilldelningsbeslut i upphandlingen där anbud från Prosvets JPE AB (Prosvets) antagits.

NVS Installationer AB (NVS) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

EEM motsätter sig bifall till ansökan. EEM yrkar för egen del att förvaltningsrättens ska besluta att den förlängda avtalsspärren inte ska gälla.

Förvaltningsrätten avslag EEM:s yrkande genom beslut den 7 juli 2011. Som skäl härför angavs bl.a. att det i EEM:s tilldelningsbeslut helt saknas uppgift om under vilken period avtal inte får ingås. Underrättelsen uppfyller därför inte de grundläggande formkraven, varför någon avtalsspärr inte har börjat löpa.

NVS har därefter yrkat att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan förvaltningsrätten förordnar annat. NVS anförde bl.a. följande. Reglerna om avtalsspärr är kopplade till tilldelningsbesluts meddelande samt utformningen av underrättelsen avseende vilken period avtal inte får ingås. Förvaltningsrätten har i beslut konstaterat att avtalsspärren inte börjat löpa, varför bestämmelserna i 16 kap. 6 och 9 §§ inte torde gälla. I en sådan situation är 16 kap. 4 § tillämplig.

Förvaltningsrätten har den 8 juli 2011 beslutat att EEM inte får avsluta upphandlingen innan rätten beslutat något annat.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Parternas argumentation

NVS har i huvudsak anfört följande.

Brister i formalia vid anbudsöppning

Upphandlingen har genomförts av EEM, *Inköp*. Avdelningen *Inköp* utgör också beställarens ombud under anbudstiden. Trots detta har ingen från *Inköp* deltagit i anbudsöppningen utan denna har överlåtits till annan personal på EEM som inte varit inblandad i upphandlingen. Anbudshandlingarna är inte heller signerade enhetligt.

Brister i förfrågningsunderlaget

Den utvärderingsmodell som anges i förfrågningsunderlaget innehåller stora brister som medför att det inte är förutsägbart hur anbuden ska utvärderas. Förfrågningsunderlaget anger att å-priser ska utvärderas. Till förfrågningsunderlaget har fogats dokumentet "Fiktiv anbudssumma", vilket får förstås som en vägledning till vad som ska uppmärksammas vid en utvärdering. Av detta dokument framgår dock inte hur de olika å-priserna kommer att volymsättas eller hur de kommer att viktas inbördes. I en upphandling där å-priser utvärderas är det nödvändigt att dessa multipliceras med volymer som entreprenaden eller ramavtalet kan uppskattas innebära. Om detta inte görs antas inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare är det inte förutsägbart hur utvärderingen av referenser på anbudsgivarnas licenssvetsare ska genomföras. Som minsta krav måste ställas att det framgår av förfrågningsunderlaget vilka underkriterier den upphandlande myndigheten lägger till grund för sin bedömning vid utvärderingen av referenser. Sammanfattningsvis kan konstateras att förfrågningsunderlaget överhuvudtaget inte klargör hur utvärderingen av anbuden ska göras. Denna brist kan endast läkas genom att upphandlingen görs om.

Brister i prövningen av NVS:s anbud

Av tilldelningsbeslutet framgår att NVS:s anbud endast erhållit 28 poäng av 70 möjliga vid referenstagningen och därför inte kvalificerats. NVS har i anbudet angett referenspersonerna, Bo Nitzler (EEM), Per Axelsson (EEM) och Magnus Bergman (Tunaentreprenad) till styrkande av ett kvalitativt bra arbetsutförande. Vid referenstagningen har Bo Nitzlers och Per Axelssons omdömen resulterat i sammantaget 4 poäng av 70 möjliga. EEM har inte genomfört referenstagningen på ett objektivt sätt och de interna referenserna har lämnat omdömen som inte speglar NVS verkliga genomförande av referensprojekten. Bo Nitzler och Per Axelsson har erfarenhet av NVS från nu gällande och tidigare årsavtal. EEM har inte under den tid dessa arbeten pågått haft några synpunkter på NVS:s utförande. Detta styrks med ett stort antal byggmötesprotokoll, skrivna av Bo Nitzler, från åren 2010 och 2011. – Vidare ifrågasätts huruvida det är förenligt med LUF att som urvalskriterium kräva att referenser ger omdömen som överstiger godkänt. En anbudsgivare borde rimligen vara kvalificerad att delta i upphandlingen vid godkända referenser. Krav som ställs högre än så borde utgöra tilldelningskriterier.

Brister i Prosvets anbud

Enligt de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget, AFC.631, ska rörentreprenören ställa säkerhet enligt 6 kap. 21 § AB04 i form av bank- eller försäkringsgaranti. I anbudsformuläret anges att "för åtagna förbindelsers fullgörande erbjuder vi följande banksäkerhet" följt av utrymme för anbudsgivaren att ange vilken säkerhet som erbjuds. Av Prosvets anbud framgår inte vilken säkerhet som erbjuds. På den för ändamålet avsedda raden är endast företagets namn angett. Detta innebär att Prosvets anbud saknar den i anbudsformuläret och i de administrativa föreskrifterna efterfrågade upplysningen. Om avsikten varit att anbudsgivare som så önskar har kunnat fylla uppgiften krävs i sådant fall att detta framgår. Av upphandlingsföreskrifterna, AFB, framgår att ett anbud som inte innehåller

samtliga efterfrågade uppgifter ska förkastas. Vilken säkerhet som lämnas är en sådan efterfrågad uppgift. – Det är ett obligatoriskt krav att anbudet ska inges i såväl pappersformat som i digitalt format och att anbudet ska innehålla en jämställdhetspolicy. Av förteckningen över de handlingar som ingått i Prosvets digitala anbud framgår att anbudet inte innehåller en jämställdhetspolicy. Anbudet är därmed inte fullständigt, i vart fall inte i dess digitala form. Det måste anses framgå av förfrågningsunderlaget att anbudet ska vara komplett i båda formerna. – Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudet innehålla minst två referenser per licenssvetsare och minst en av dessa måste vara en extern referens, dvs. en referens från annan beställare än EEM. Av Prosvets anbud framgår inledningsvis att anbudsgivaren endast angett en intern referens för licenssvetsaren Dan Ove Höök. Prosvets anbud kan därför inte anses uppfylla det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet avseende referenser för licenssvetsare. Vidare kan Prosvets inte tillgodoräkna sig licenssvetsaren Dan Ove Hööks kompetens i denna upphandling. Han är nämligen anställd av NVS och inte tillgänglig för Prosvets. Detta har EEM varit medvetna om. Dan Ove Höök har under en längre period utfört arbeten för NVS räkning åt EEM. Förhållanden som blir kända först vid överprövning av en upphandling ska också läggas till grund för bedömningen, se dom från Kammarrätten i Göteborg den 18 december 2009, mål nr 4904-09. En ifylld referensmall för en licenssvetsare som anbudsgivaren inte förfogar över ska behandlas som att den inte är komplett, vilket kan likställas med situationen att anbudet saknar efterfrågad handling eller upplysning. Anbudet ska under dessa förutsättningar förkastas. – Prosvets kan rimligen inte anses inneha tillräcklig finansiell styrka för utförande av uppdraget. Prosvets har en årlig omsättning uppgående till ungefär en miljon kronor. NVS, som har haft årsavtalet med EEM för nu aktuella arbeten sedan 1994, har kunnat konstatera att kontraktets värde under den senaste tolv månadersperioden (maj 2010 - april 2011) uppgick till ungefär tre miljoner kronor. Detta innebär att Prosvets måste ha tillräckliga resurser för att öka sin årsomsättning med ungefär 200 procent för

att fullfölja åtagande mot EEM. Oavsett hur Prosvets planerar att utöka resurserna kan konstateras att de vid anbudets ingivande inte har tillräcklig finansiell styrka för att utföra arbetena.

Skaderekvisitet

Eftersom Prosvets anbud rätteligen ska förkastas kvarstår det inte något anbud att anta i upphandlingen. NVS lider i förevarande fall skada till följd av att Prosvets anbud felaktigt kvalificerats eftersom NVS berövas möjligheten att delta i den nya upphandling som skulle genomförts då det inte funnits något godkänt anbud att anta i den aktuella upphandlingen. För motsvarande situation se Kammarrättens i Göteborg dom den 11 februari 2011, mål nr 4660-10. Huruvida det förekommit två eller tio anbudsgivare i upphandlingen får ingen som helst inverkan, skadan är densamma. Vidare ska påtalas att samtliga brister i förfrågningsunderlaget som anförts ovan har påverkat innehållet i anbuden. Oavsett hur en utvärdering hade utfallit riskerar därför samtliga anbudsgivare och i synnerhet NVS att lida skada av att upphandlingen inte görs om.

EEM har i huvudsak anförde följande.

Brister i formalia vid anbudsöppning

I 15 kap. 11 § LUF regleras anbudsöppningen. Av intresse här är främst att lagen gör klart att den upphandlande enheten ska utse två personer att delta i anbudsöppningen. Det finns inget krav i LUF att någon av dessa ska vara från avdelningen *Inköp*. Kravet är att EEM ska utse två personer att delta. Detta krav har EEM uppfyllt varför skäl för ingripande saknas. Lagtexten ställer inte heller upp något krav på enhetlig signering av anbuden varför denna av NVS framförda invändning saknar grund.

Brister i förfrågningsunderlaget

Enligt NVS har utvärderingsmodellen stora brister och den är inte förenlig med LUF eftersom det inte är förutsägbart hur anbuden ska utvärderas. Av 15 kap. 16 § LUF framgår att kraven är att kriterierna ska viktas eller att de ska anges i fallande prioritetsordning. Användningen av en s.k. jämförelsetalsmodell utan direkt angiven viktning i procent, vilken används i den aktuella upphandlingen, har godkänts i praxis och till och med förordats av Konkurrensverket, se dom från Kammarrätten i Stockholm den 3 juli 2009, mål nr 3014-09. Den omständighet att frekvent förekommande arbeten ges samma vikt som sällsynta arbeten innebär inte att utvärderingsmodellen är bristfällig. Tvärtom leder utvärderingsmodellen till att jämförbara anbud erhålls och att anbuden utvärderas enligt samma förutsättningar. Ibland är det viktigt att volymer anges, exempelvis om vissa priser används i mycket stor omfattning, för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska kunna identifieras. I upphandlingen finns emellertid inga sådana priser, i vart fall är dessa inte kända för EEM. – Av ”Utvärdering licenssvetsare” framgår tydligt vilken poäng som leder till vilket prispåslag eller prisavdrag. Alla anbudsgivare har således kunnat se vilket prispåslag eller prisavdrag som viss poäng avseende licenssvetsarens kompetens leder till. Av ”Utvärdering licenssvetsare” framgår inte bara exakt vilket påslag som kommer läggas på anbudssumman utan också vilka frågor som kommer att ställas i referenstagningen. Hela referenstagningen bygger sedan på att referenten i fråga lämnar sitt omdöme baserat på den personens uppfattning om licenssvetsaren i fråga. Det låter sig inte beskrivas exakt vad som ska krävas för varje poäng eller betyg utan avsikten med referenstagningen är just att referenten ska lämna de omdömen som efterfrågas utifrån eget tycke och smak. Förfarandet uppfyller de krav som har ställts på utvärdering av referenser i praxis och skäl för ingripande saknas.

Brister i prövningen av NVS anbud

NVS anför att referenstagningen är felaktigt genomförd och hänvisar därvid till ett antal byggmötesprotokoll avseende uppdrag som genomförts för EEM:s räkning. Inledningsvis ska påpekas att NVS har åberopat Per Axelsson som en av referenserna hos EEM. Per Axelsson har dock inte varit närvarande vid de byggmöten som NVS åberopar. Vidare framgår ingens tans i förfrågningsunderlaget att referenstagningen kommer att baseras på tidigare byggmötesprotokoll avseende tidigare genomförda uppdrag.

Tvärtom har EEM genomfört sin referenstagning i enlighet med förutsätt ningarna som angetts i förfrågningsunderlaget, dvs. genom ett antal frågor till de referenter som angetts av NVS. Det som framkommit vid byggmö- tena avseende tidigare projekt för EEM:s räkning är förstås på intet sätt bindande för de utlåtanden referenter ger en anbudsgivare. Därtill ska på- pekas att synpunkter på en entreprenörs arbete inte alltid framförs under byggmöten. Referenstagningen är korrekt genomförd och EEM beklagar det dåliga resultat som NVS erhållit. – LUF anger inte någon begränsning i fråga om vilka krav som en upphandlande enhet får ställa på en anbudsgi- vare. Att det, såsom NVS påstår, skulle vara fel att förkasta anbud från en anbudsgivare som endast håller en godkänd nivå känner EEM inte till.

Brister i Prosvets anbud

NVS anför att Prosvets anbud saknar efterfrågad upplysning om bank- eller försäkringsgaranti. Kravet ska dock inte betraktas som ett regelrätt skall- krav i upphandlingsrättens bemärkelse. I förfrågningsunderlaget anges på flera ställen "skall" utan att det innebär att fråga är om ett obligatoriskt skall-krav. De flesta krav där ordet "skall" används är krav som ska upp- fyllas först när avtal tecknas (och endast om så sker). Dessa skrivningar ska således inte hanteras som skall-krav utan mer som upplysningar om kommande avtalsinnehåll eller hantering av en kommande avtalsrelation. Av de administrativa föreskrifterna avsnitt AFC.631 framgår att "RE skall ställa säkerhet enligt AB04 6 kap. 21 § i form av bank- eller försäkringsga-

ranti". Kravet återkopplar till 6 kap. 21 § AB04 och där framgår att "om part enligt kontraktshandlingarna är skyldig att ställa säkerhet för sina förpliktelser, skall säkerhet lämnas till motparten inom två veckor efter det att avtal har träffats." Vidare anges som upplysning i AFC.631 "bank- eller försäkringsgaranti" medan det i formuläret endast efterfrågas "banksäkerhet". Det anges att sådan kan erbjudas inte att uppgift om sådan skall lämnas. Avsikten var att anbudsgivare som så önskade kunde fylla i uppgiften men att detta i sig inte var obligatoriskt. Kravet på säkerhet ska uppfyllas först vid avtalstecknandet. Att kravet på säkerhet finns i entreprenadföreskrifterna styrker denna uppfattning. – EEM bestrider påståendet att den vinnande anbudsgivaren inte har bifogat någon jämställdhetspolicy eftersom det i Prosvets digitala anbud klart framgår att en jämställdhetspolicy finns bifogad på sidan 9 i den vinnande leverantörens anbud. Det är NVS som har bevisbördan för att visa att ett visst förhållande föreligger. NVS har inte gjort detta genom att presentera en förteckning över handlingarna i Prosvets anbud. EEM har däremot visat att jämställdhetspolicy har ingivits med anbudet. – Av AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår att licenssvetsarnas kompetens i de olika anbuden kommer att bedömas efter referenstagning. Licenssvetsarens kompetens är således ett utvärderingskriterium och ska inte ligga till grund för anbudskvalificeringen. I dokument benämnt "Utvärdering licenssvetsare" anges att licenssvetsarens kompetens och erfarenhet kommer att utvärderas utifrån frågor som ställs till två stycken referenser varav en kan vara intern hos beställaren. Två referenser är således grund för poängtilldelning i utvärderingen avseende de anbud som kvalificerats för anbudsprövning. Det bestrids således att det av förfrågningsunderlaget skulle framgå att det krävs två referenser per licenssvetsare. Istället framgår tydligt av "Utvärdering licenssvetsare" att EEM kommer att bedöma licenssvetsarens kompetens osv. utifrån frågor som ställs till två stycken referenser varav en kan vara intern hos EEM. Mot bakgrund av vad som anförts ovan saknas skäl att bemöta vad NVS anför om licenssvetsaren Dan Ove Höök eftersom Prosvets anbud har kvalifice-

rats och en riktig utvärdering har kunnat genomföras med hjälp av de referenser som angetts för licenssvetsaren Jan Ellström. Det bör ändå påpekas att det inte har funnits anledning att betvivla att de uppgifter som vinnande anbudsgivaren angett i sitt anbud skulle vara riktiga. – NVS hävdar att Prosvets inte rimligen kan anses ha tillräcklig finansiell styrka och baserar detta påståande på Prosvets tidigare omsättning. Det har inte ställts krav på viss omsättning och ett sådant krav skulle verka oerhört utestängande för små och medelstora företag. Vid en granskning av Prosvets anbud anses Prosvets inneha tillräcklig finansiell styrka.

Skaderekvisitet

EEM har inte i något avseende brutit mot LUF varför någon skada för NVS inte kan anses ha uppkommit. Det av NVS åberopade rättsfallet saknar därför relevans.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

AFB.51 – Prövning av anbudsgivare

- *...Krav ställs också på att anbudsgivaren har ett arbetssätt som kan leda till ett kvalitativt bra arbetsutförande. Kontroll av detta genomförs med frågor till referenser enligt bifogad referensmall.*

AFB.52 – Värderingsgrunder vid prövning av anbud

- *För anbudslämnare som godkänts som anbudsgivare, samt lämnat alla handlingar som efterfrågats i rätt tid kommer anbudet att utvärderas.*

Å-priserna kommer att sammanvägas till en fiktiv anbudssumma.

Licenssvetsarnas kompetens bedöms efter referenstagning. Frågor och poängbedömning sker enligt bif utvärderingsmall.

Det för B affärsmässigt bästa anbudet kommer att antas, där den fiktiva anbudssumman ökas eller minskas med värdering av licenssvetsarnas kompetens.

Lagtext

Av 1 kap. 24 § LUF framgår att upphandlande enheter 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.

Av 15 kap. 11 § LUF framgår att försändelser med anbud skall, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande enheten skall delta. Anbudet skall föras upp i en förteckning, som skall bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare skall dessutom en person som utsetts av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta skall betalas av den som framställt begäran. – Anbudet skall öppnas samtidigt.

Av 15 kap. 16 § LUF framgår att en upphandlande enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, 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 enheten 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 fallande 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.

Av 16 kap. 5 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Brister i formalia vid anbudsöppning

NVS har anfört att ingen från avdelningen *Inköp*, som genomfört upphandlingen, deltog i anbudsöppningen utan annan personal på EEM som inte varit inblandad i upphandlingen var närvarande. Enligt NVS är anbudshandlingarna inte heller signerade enhetligt.

Den upphandlande myndigheten ska utse två personer som ska delta i anbudsöppningen. Det framgår inte att dessa måste arbeta på avdelningen där upphandlingen genomförts. Det är inte heller ett krav att anbuderna ska signeras enhetligt. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 5 § LUF på den grunden.

Brister i förfrågningsunderlaget

NVS har anfört att den utvärderingsmodell som EEM använt medför att det inte är förutsägbart hur anbuderna ska utvärderas. Enligt NVS anges inte hur de olika å-priserna kommer att volymsättas eller hur de kommer att viktas inbördes, vilket är nödvändigt för att det mest fördelaktiga anbudet ska kunna antas. Vidare har anförts att det inte är förutsägbart hur utvärderingen av referenser för anbudsgivarnas licenssvetsare ska genomföras.

EEM har anfört att det ibland är viktigt att volymer anges, exempelvis om vissa priser används i mycket stor omfattning, för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska kunna identifieras. I upphandlingen finns emellertid inga sådana priser, i vart fall är dessa inte kända för EEM. Enligt EEM leder utvärderingsmodellen till att jämförbara anbud erhålls och att anbuderna utvärderas enligt samma förutsättningar. Vidare har anförts att det framgår tydligt vilket prispåslag eller prisavdrag som viss poäng avseende licenssvetsarens kompetens leder till.

Av förfrågningsunderlaget framgår att å-priserna läggs samman till en fiktiv anbudssumma. Därefter ökas eller minskas den fiktiva anbudssumman beroende på värderingen av licenssvetsarnas kompetens. Av "Utvärdering licenssvetsare" framgår vilket prisavdrag eller prispåslag som poängsättningen av referenserna medför på den fiktiva anbudssumman. Vidare framgår av "Utvärdering licenssvetsare" vilka frågor som ska ställas till referenserna och vilken poäng de olika svaren medför. Mot bakgrund av det anförda får den utvärderingsmodell som anges i förfrågningsunderlaget vara tillräckligt förutsägbar. Vad NVS anført om att priserna bör volymsättas kan inte heller anses visa att utvärderingsmodellen är oförutsägbar eller att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kommer att antas. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 5 § LUF på denna grund.

Brister i prövningen av NVS anbud

Anbudet från NVS har endast erhållit 28 poäng av 70 möjliga vid referenstagningen och därför inte kvalificerats. Vid referenstagningen har omdömena från EEM:s interna referenser resulterat i sammanlagt 4 poäng för NVS. NVS har anført att de interna referenserna har lämnat omdömen som inte speglar NVS:s verkliga genomförande av referensprojekten. Enligt NVS har de interna referenserna erfarenhet av NVS från nu gällande och tidigare årsavtal och EEM har inte under den tid dessa arbeten pågått haft några synpunkter på utförandet. Vidare har NVS anført att anbudsgivare rimligen borde vara kvalificerade att delta i upphandlingen vid godkända referenser och krav som ställs högre än så borde utgöra tilldelningskriterier.

EEM har anført att referenstagningen genomförts i enlighet med förutsättningarna som angetts i förfrågningsunderlaget, dvs. genom ett antal frågor till de referenter som angetts av NVS. LUF anger inte någon begränsning i

fråga om vilka krav som en upphandlande enhet får ställa på en anbudsgivare.

Enligt förfrågningsunderlaget sker kvalificeringen av anbuderna genom referenstagning. För att kvalificeras till anbudsutvärderingen ska anbuderna erhålla minst 62 av 70 poäng av referenserna. NVS har erhållit 28 av 70 poäng och därmed inte uppfyllt de kvalificeringskrav som ställts i förfrågningsunderlaget och således inte kvalificerats till anbudsutvärderingen. Vad som anförs angående referenstagningen, med beaktande av byggmötesprotokollen, visar inte att den är felaktigt genomförd. Att EEM uteslutit NVS:s anbud från utvärderingen strider därför inte mot LUF. Det kan inte heller anses strida mot LUF att det krävs bra referenser för att anbudsgivare ska vara kvalificerade att delta i upphandlingen.

Skaderekvisitet

Av det ovan anförda framgår att EEM haft fog för att utesluta NVS:s anbud från upphandlingen då anbudet inte uppfyllde kvalificeringskraven. Oaktat om Prosvets anbud i sin tur uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, kan NVS därför inte anses ha lidit skada, eller kunna komma att lida skada, av att Prosvets tilldelats kontraktet. Mot bakgrund av det anförda saknas skäl att pröva vad NVS anført avseende anbudet från Prosvets.

Sammantaget följer av det ovan anförda att NVS inte visat att det finns skäl för ingripanden med stöd av 16 kap. 5 § LUF. Ansökan ska därför avslås.

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



Bo Johansson

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Johan Jaginder.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.