

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2009-04-02
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
4613-09 och
4649-09
Rotel 227

KLAGANDE

1. ICM Kungsholms AB, 556257-2189
Box 8346
163 08 Spånga

2. Allt i transport & Spedition AB 018, 556639-6049
Box 26037
750 26 Uppsala

Ombud för 2
Advokat Hugo Norlén
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Upphandlingsavdelningen
113 99 Stockholm

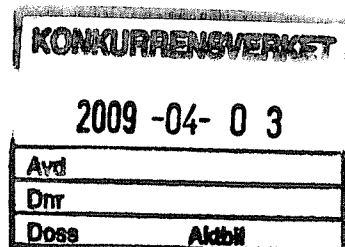
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ICM Kungsholms AB: s och Allt i transport & Spedition
AB: s ansökningar om överprövning.

Länsrätten upphäver de interimistiska besluten av den 6 mars 2009.



BAKGRUND

Arbetsförmedlingen har genomfört en öppen upphandling av ramavtal inom området bohagstransporter/flyttjänster, diarienummer 2008-1104027, enligt LOU. Arbetsförmedlingen har den 26 februari 2009 informerat om avsikten att teckna avtal med Marko Kaj Moving AB (MKM).

YRKANDEN MED MERA

ICM Kungsholms AB (ICM) och Allt i transport & spedition AB (ATS) har ansökt om överprövning enligt LOU och begärt att länsrätten fattar ett interimistiskt beslut.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökningarna.

Länsrätten har den 6 mars 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

ICM har till stöd för sin talan anfört bland annat följande. Arbetsförmedlingens anbudsinvjudan har inte varit tydlig eller transparent samt inte följt principen om likabehandling. I Arbetsförmedlingens utvärdering har Arbetsförmedlingen summerat alla priser för de respektive kategorierna, indelad i Sverige 8.1, Norden 8.2 och Europa utom Norden och Sverige 8.3. Det framgår inte under punkten 5.2 rubricerad Beräkningsgrunder i anbudsinvjudan att efterfrågade priser under punkten 8 rubricerad Anbudsformulär kommer att summeras. Under punkten priser står det angivet att en totalsumma beräknas för respektive delområdes prisuppgifter och utvärderas. Denna mening är otydlig och missvisande. En anbudsgivare kan tolka detta på olika sätt och ingenstans framgår hur utvärderingen görs. Exempelvis har ICM tolkat att utvärdering görs baserat på faktiska underlag eller simulerade flyttar. Arbetsförmedlingen har inte viktat någon av

priserna under faktorer/transportavstånd/magasinerings/tillägg i deras pris-
tabell. Att addera de olika posterna utan att värdera eller viktsätta de olika
komponenterna är inte affärsmässigt och inte det ekonomiskt mest fördel-
aktiga. En anbudsgivare kan inte förstå vad som är viktigast i prissättning-
en. Arbetsförmedlingen blandar olika enhetsbestämningar såsom kvadrat-
meter, kilometer och stycke. Detta innebär att Arbetsförmedlingen i sin
”totalsumma” har summerat äpplen och päron. Summeringen blir snedvri-
den och oskälig. Med en beräknad bostadsyta om 100 kvadratmeter multi-
plicerat med lämnat pris, utan något tillägg, kommer en beräknad flytt att
kosta 25 000 kr med MKM och 9 900 kr med ICM. Att, som Arbetsför-
medlingen, enbart göra en enkel addition av de olika komponenterna ger
ett orimligt utslag om man inte viktar. Någon viktning av de respektive
efterfrågade priserna för varje rad har inte genomförts, vilket strider mot
LOU:s krav på förutsebarhet. Genom att upphandlingen inte genomförts
genom att rättvisande jämförelser gjorts mellan de olika anbuderna har inte
heller kravet på proportionalitet iakttagits. Om Arbetsförmedlingen hade
gjort en korrekt sammanvägning av samtliga faktorer man uppgivit att man
skulle utvärdera hade anbudet från ICM varit det mest ekonomiskt fördel-
aktiga.

ATS anför till stöd för sin talan bland annat följande. I upphandlingen
skulle det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med beaktande av kvali-
tet/uppdragets utförande (viktat till 45 %), pris (viktat till 35 %) och kom-
petens (viktat till 20 %) antas enligt anbudsintjudan punkt 5.1. Arbetsför-
medlingens utvärderingsmodell är bristfällig i flera avseenden och strider
mot LOU och principerna om likabehandling, förutsebarhet och transpa-
rens. Arbetsförmedlingen har inte tillräckligt tydligt angivit hur priset skul-
le utvärderas. Den utvärderingsmodell som tillämpats leder inte till att det
ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Arbetsförmedlingen har i ut-
värderingen vidare frångått den ursprungliga viktningen för utvärderings-
kriterierna. Den inbördes rangordningen mellan anbudsgivarna har slutli-

gen påverkats av andra anbud. Den oförutsägbarhet som bristerna innebär har medfört att ATS anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om bland annat hur priset skulle utvärderas och hur vinkningen skulle stå. ATS har därigenom lidit skada eller riskerar att lida skada. Regeringsrätten har i avgörandet RÅ 2002 ref. 50, migrationsverksdomen, klargjort att det följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens att en ”utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas”. Regeringsrätten har även angivit 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. Det avgörande är att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att leverantören skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Migrationsverksdomen ger inte *carte blanche* till översiktligt beskrivna och bristfälliga förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller. En grundläggande förutsättning vid upphandling är att anbudsgivaren mot bakgrund av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna skall identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet oberoende av antalet deltagare och oberoende av påverkan från andra anbud (jfr NOU, *Modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling*, dnr 2004/0024-26). Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag innehåller tre anbudsformulär där priser skulle anges (punkt 8). Det enda som anges är att ”pris bohagstransport mm” i Sverige, Norden respektive utanför Sverige och Norden skall utvärderas och att en totalsumma för respektive delområde skall beräknas. Den enda volymangivelse som finns i förfrågningsunderlaget är antalet flyttuppdrag och tidigare års omsättning (punkt 4.4). Uppgift om förväntad avtalsvolym måste lämnas vid upphandlingar av ramavtal (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1669-2000). Förfrågningsunderlaget strider mot LOU och transparensprincipen, eftersom Arbetsförmedlingen inte lämnat uppgift om förväntad volym för de respektive poster som finns med i pris-

formuläret. Arbetsförmedlingen har vid utvärderingen summerat samtliga poster i formuläret och fått fram en slutsumma, som sedan har utvärderats. Detta har lett till att ATS anbudspris exempelvis blev 15 555,39 kr för Sverige medan MKM:s anbudspris blev 271,90 kr. I praktiken har dock MKM inte avgivit det för Arbetsförmedlingen lägsta priset. Arbetsförmedlingen har i prisformuläret och utvärderingen inte gjort någon skillnad mellan de olika posterna i formuläret, till exempel mellan bostadsyta, kilometerpris och piano. Det innebär att det pris som anbudsgivaren angivit vid varje post har fått ett lika stort genomslag på anbudspriset oberoende av den reella volymen som kommer att upphandlas. MKM har i utvärderingen fått det lägsta anbudspriset för Sverige, eftersom MKM valt att lägga mycket låga priser på allt utom kvadratmeterpriset. I anbudsinbjudan fanns olika fiktiva uppdrag, räknat på dessa blir MKM:s priser egentligen avsevärt högre än de från ATS. I och med att ATS har angivit verkliga priser för till exempel sjötransport och pianoflytt har ATS missgynnats av utvärderingsmodellen. ATS har utgått från att Arbetsförmedlingen skulle utvärdera respektive post utifrån till exempel en normalvolym för respektive post. De anbudsgivare som velat ge Arbetsförmedlingen en rättvisande prisbild har missgynnats, eftersom sällsynta poster som flyglar och sjötransport fått orimligt högt genomslag i utvärderingen. Modellen möjliggör även att anbudspriser som på papperet är mycket låga sätter övriga utvärderingskriterier, kompetens och kvalitet, ur spel. Vid utvärderingen skulle kvaliteten viktas till 45 %, priset till 35 % och kompetens till 20 %. Av praxis följer att den upphandlande myndigheten inte får frångå de angivna viktningarna (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6303-06). Det avgörande är hur priset i verkligheten slår och vilken betydelse Arbetsförmedlingen verkligen tillmätte priset. Prisutvärderingsmodellen i förening med MKM:s enhetspris innebar att MKM tilldelades så höga poäng att övriga utvärderingskriterier blev helt betydelselösa. Konsekvensen blev att priset ensam blev helt avgörande för vilket anbud som skulle komma att antas. Den prisutvärderingsmodell som använts innebär att rangordningen mellan et-

tan och tvåan i utvärderingen blir beroende av vilka ytterligare, sämre anbud som har lämnats. ATS anbud har inte kunnat avges med tillräcklig insikt om bland annat hur priset skulle utvärderas och hur viktningen skulle slå. Skaderekvisitet är därmed uppfyllt genom att det inte framstår som osannolikt att ATS anbud skulle ha varit annorlunda om bristerna inte hade funnits.

Arbetsförmedlingen anför, i anledning av ansökan från ICM, bland annat följande. Det kan konstateras att det, tvärtemot vad ICM anför, klart och tydligt framgår av förfrågningsunderlaget under punkten 5.2 rubricerad Beräkningsgrunder och underrubriken Priser att de angivna priserna för delområdena A till C under punkten 8 rubricerad Anbudsformulär kommer att summeras. Arbetsförmedlingen kan svårigen förstå att skrivningen *en totalsumma beräknas för respektive delområdes prisuppgifter och utvärderas* kan missförstås. Att hänvisa till historiska data ger ingen vägledning för kommande års avrop av bohagstransporter. Orsaken är helt enkelt att varje flyttning är unik avseende innehåll, avstånd och orsak varför den kommer till stånd. Volymen, det vill säga antalet flyttningar, är också beroende av de regelverk som regering och riksdag beslutar. Den rådande arbetsmarknadssituationen kan vidare komma att påverka antalet framtida transporter negativt. Att ange någon förväntad volym har därför inte varit möjligt. Arbetsförmedlingen har dock lämnat viss information under punkt 4.4 rubricerad Volym.

Arbetsförmedlingen anför, i anledning av ansökan från ATS, bland annat följande. Utvärderingsmodellen strider inte mot LOU. Samtliga anbudsgivare har haft samma möjligheter att lämna prisuppgifter enligt det som har efterfrågats. Det kan konstateras att av anbudsfrågan framgår tydligt avseende utvärdering av pris att en totalsumma beräknas för respektive delområdes prisuppgifter och utvärderas. Det rör sig således om en ren summering. Något beaktande av avropsfrekvenser/volymer har inte avise-

rats i anbudsinbjudan. Det bestrids att Arbetsförmedlingen skulle ha frångått sin utvärderingsmodell samt att Arbetsförmedlingen skulle ha frångått den viktning som framgår av anbudsinbjudan. Utvärderingen har gjorts mot kriterierna i förfrågningsunderlaget och inte i förhållande till andra leverantörers anbud.

ICM anför bland annat följande. Arbetsförmedlingen anför att man svårli- gen kan förstå att skrivningen i förfrågningsunderlaget att en totalsumma beräknas för respektive delområde kan missförstås. Nyckelordet i den cite- rade satsen är beräknas. Arbetsförmedlingen har fått kontakta flera an- budsgivare för att de skall förtydliga sina priser. Det får tolkas som ett be- vis på att underlaget är otydligt och inte transparent. Det är rent av möjligt att denna otydlighet inneburit att potentiella anbudsgivare avstått från att lämna anbud. Arbetsförmedlingen har inte någonstans i förfrågningsunder- laget beskrivit eller angivit hur Arbetsförmedlingen skall beräkna en total- summa. Den fråga som måste ställas är om Arbetsförmedlingen har sum- merat kvadratmeter med kilometer och med styckpriser och med kubikme- ter och med veckor eller månader och med sjöfrakt. Om svaret på den frå- gan är jakande uppkommer helt naturligt följdfrågan om Arbetsförmed- lingen har viktat de olika komponenterna. Om svaret på den frågan är nekande torde deras ansökan vara berättigad. Principen om enkelhet i ut- värderingen får inte drivas så att den leder till ett oskäligt utfall. Att inte vikta priserna är inte transparent och inte heller förenligt med LOU.

ATS anför bland annat följande. Det är visserligen korrekt att det anges att ett totalpris skall utvärderas. Detta utesluter dock inte att utvärderingsmo- dellen ändå strider mot LOU. Med andra ord, även om ATS också hade möjlighet att manipulera utfallet på det sätt som MKM valt att göra, inne- bär det inte att utvärderingsmodellen är förenlig med LOU. Arbetsförmed- lingen har använt en utvärderingsmodell där det var möjligt att ange priset i samlad form. Vid en första anblick synes detta vara fullt förenligt med

LOU; det är upp till anbudsgivaren att välja vilka poster man skall ange och vilket pris man skall avge per post. Effekten har dock blivit att det bolag som fått högst prispoäng inte har erbjudit det för Arbetsförmedlingen totalt sett bästa priset. Utvärderingsmodellen mäter inte det som den avser att göra. Hela tanken med prisutvärderingsmodellen, det vill säga att välja ut det för Arbetsförmedlingen lägsta priset, har därigenom förfelats. Utfallet av prisutvärderingen blev vidare sådan att övriga tilldelningskriterier sattes ur spel i och med att MKM:s pris i prisformuläret var tusentals kronor lägre jämfört med till exempel ATS. MKM fick därmed ett ointagligt försprång i utvärderingen. Kvaliteten på övriga anbudsgivares anbud kom helt att sakna betydelse. Angående viktningen har Arbetsförmedlingen angivit att man kommer att fästa en lägre relativ vikt vid priset än anbudsgivarens kvalitet och något lägre vikt vid kompetensen än vid priset. Syftet att i förfrågningsunderlaget ange att till exempel pris och kvalitet viktas med olika procenttal är att till anbudsgivarna förmedla en bild av i vilken utsträckning en anbudsgivare med relativt högt pris kan kompensera sig med en god redovisad kvalitet visavi i vilken utsträckning en anbudsgivare med sämre redovisad kvalitet kan kompensera sig med ett lågt pris. Priset fick dock i upphandlingen en helt annan vikt. En anbudsgivare kunde få maximalt 1 000 poäng. ATS fick 8,4 poäng av 350 möjliga för priset medan MKM fick 282,1 poäng. Även om MKM hade haft en medioker kvalitet och tilldelats exempelvis 190 poäng hade MKM ändå vunnit. Till och med om MKM tilldelats enbart 10 poäng hade MKM vunnit upphandlingen. Angående otillåtna tilldelningskriterier har Arbetsförmedlingen tillämpat kriterierna kvalitet och kompetens som tilldelningskriterier. Som framgår av anbudsinbjudan och tilldelningsbeslutet avser kriteriet kvalitet bland annat hur anbudsgivarens beställningsrutin och reklamationshantering är organiserad. Kriteriet kompetens avser huvudsakligen vilka kvalifikationer och utbildning som anbudsgivaren förfogar över. Av tilldelningsbeslutet framgår även att Arbetsförmedlingen har beaktat om anbudsgivarna är certifierade i samband med utvärderingen av kriteriet kompetens. En grund-

läggande princip är att den upphandlande myndigheten måste skilja på för det första urvals- eller kvalificeringsfasen och för det andra tilldelnings- eller utvärderingsfasen. Tilldelningskriterier kan endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriterier som avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra kontraktet är urvalskriterier. Tilldelningskriterierna måste härröra sig till kontraktets föremålet, det vill säga det som skall upphandlas. Det är alltså inte tillåtet att använda tilldelningskriterier som avser att utvärdera leverantören (se t. ex. målen C-532/06 *Lianakis* och C-31/87 *Beentjes*). Av Kammarrätten i Stockholms dom i mål 5512-08 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 3474-08 framgår vidare att anbudsgivarens förmåga att organisera sitt arbete, personalens kunnande och kompetens och kvalitet på utförda arbeten är urvalskriterier. Arbetsförmedlingen har genom att använda urvalskriterierna kvalitet och kompetens som tilldelningskriterier blandat ihop tilldelningsfasen med kvalificeringsfasen på otillåtet sätt. Eftersom felaktigt uppställda värderingsgrunder har en icke oväsentlig betydelse för det beslut om tilldelning som Arbetsförmedlingen skall fatta strider förfrågningsunderlaget även i denna del på ett avgörande sätt mot LOU och bakomliggande gemenskapsrättsliga principer. De brister som konstaterats i förfrågningsunderlaget och utvärderingen medför att upphandlingen skall göras om, eftersom bristen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Arbetsförmedlingen har avstått från vidare yttranden.

DOMSKÄL

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

Av 12 kap. 1 § samma lag framgår att en upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall 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 myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 12 kap. 2 § LOU framgår bland annat att en upphandlande myndighet skall ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt.

I 16 kap. 2 § första stycket samma lag stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredning i målet

Av förfrågningsunderlaget punkt 5.2 framgår följande.

Vid bedömningen [av pris] kommer Arbetsförmedlingen att beakta angivet pris enligt nedan.

Område A: Pris bohagstransport mm inom Sverige (250 poäng)

Område B: Pris bohagstransport mm Norden (50 poäng)

Område C: Pris bohagstransport mm utanför Norden och Sverige (50 poäng)

En totalsumma beräknas för respektive delområdes prisuppgifter och utvärderas.

Länsrättens bedömning

ATS har anfört att Arbetsförmedlingen vid utvärderingsfasen beaktat sådana omständigheter som inte härrör sig till kontraktsföremålet och därmed beaktat sådant som skall beaktas vid kvalificeringsfasen och inte vid utvärderingsfasen. Enligt förfrågningsunderlaget skall det ekonomiskt mest för-

delaktiga anbudet antas. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall 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. Länsrätten finner inte att det visats att Arbetsförmedlingen vid utvärderingsfasen tagit hänsyn till något som inte härrör sig till föremålet för kontraktet. Det saknas således skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU på grund av det anförda.

ATS och ICM har anfört bland annat att förfrågningsunderlaget brustit i tydlighet och därmed inte uppfyllt kraven på förutsebarhet genom den i förfrågningsunderlaget valda utvärderingsmodellen avseende pris.

En upphandling enligt LOU skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna skall ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt.

Anbudsgivarna har i tre anbudsformulär lämnat prisuppgifter för de tre olika områdena, det vill säga område A, B och C, som angetts i punkt 5.2. Prisuppgifterna har lämnats i olika delområden som till exempel bostadsyta (kr/kvadratmeter), klaverinstrument och sjöfrakt. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att Arbetsförmedlingen vid utvärderingen skulle komma att vikta de olika prisuppgifternas delområden. I stället har det angetts att de olika delområdena skulle komma att totalsummeras. Förfrågningsunderlaget kan inte förstås på annat sätt än att de olika delområdenas prisuppgifter skulle komma att adderas ihop utan någon viktning. Länsrätten finner därför att förfrågningsunderlaget får anses uppvisa tillräcklig tydlighet och förutsebarhet avseende hur utvärderingen skulle genomföras. Att den nu beskrivna utvärderingsmodellen missgynnar en anbudsgivare som väljer att ta ut ett lågt pris per kvadratmeter men som tar ut högre

kostnader för andra delområden som till exempel sjöfrakt, jämfört med en anbudsgivare som tar ut högre pris per kvadratmeter men i princip inte tar ut några andra kostnader för andra delområden, kan inte anses innebära, som klagandena anför, att förfrågningsunderlaget är i strid med LOU eller någon gemenskapsrättslig princip. Det saknas således grund för ingripande enligt LOU på grund av anförda skäl.

Inte heller i övrigt finner länsrätten det visat att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Sammanfattningsvis finner länsrätten således att det inte visats att Arbetsförmedlingen i upphandlingen brutit mot de gemenskapsrättsliga principer som kommit till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Någon grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte och ansökan skall avslås och de interimistiska besluten skall upphävas.

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



Eva Pedersen

rådman

Föredragande har varit Andreas Hamrén.