

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2008-07-03
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
10264-08
Rotel 553

SÖKANDE

Schenker AB, 556250-3630
412 97 Göteborg

Ombud: advokat Niklas Sjöblom och jur.kand. Maria Bouvin
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

MOTPART

Försvarsmakten
Försvarsmaktens Logistik
Upphandlingsenheten
107 86 Stockholm

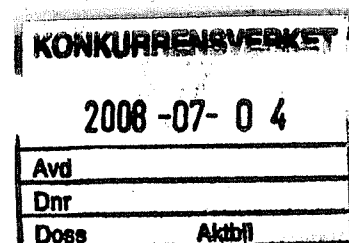
SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 15 maj 2008 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 336895

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Försvarmakten - genom Försvarmaktens Logistik - har genomfört en upphandling avseende Kontrolltorn för FMLOG produktionstransporter (målnr: FM-280-07). Upphandlingen har genomförts som en förhandlad upphandling. I tilldelningsbeslut den 5 maj 2008 beslutade Försvarmakten att anta annat anbud än anbudet från Schenker AB (Schenker).

YRKANDEN M.M.

Schenker ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i samband därmed - vid slutligt avgörande - att länsrätten skall förordna att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför Schenker i huvudsak följande. Försvarmakten har brutit mot principen om förutsebarhet i 1 kap. 4 § LOU och därmed kravet på affärsmässighet. Förfrågningsunderlaget (d.v.s. i Upphandlingen inklusive Inbjudan och Anbudsförfrågan) ska vara så klart och tydligt att anbudsgivarna vet vad som efterfrågas i upphandlingen. Såväl Inbjudan som Anbudsansökan innehåller mycket knappa uppgifter. Det är dessutom otydligt vad Upphandlingen avser och hur utvärdering av anbuderna skall ske. Genom att Försvarmakten har brutit mot kravet på affärsmässighet kan Schenker ha kommit att lida skada. Vidare får en förhandlad upphandling endast användas i vissa undantagsfall och inte så fort den upphandlande enheten anser det vara svårt att utforma ett förfrågningsunderlag. Den aktuella tjänsten rör en tjänst där den vinnande anbudsgivaren ska tillhandahålla ett "kontrolltorn", vilket inte är någon nyhet och används av flera andra företag. Det finns alltså inget som talar för att den aktuella tjänsten skulle vara så specifik att det skulle vara omöjligt att utforma ett förfrågningsunderlag med sådan specifikation att öppet eller selektivt förfarande skulle vara omöjligt att tillämpa. Som framgår av bl.a. Kammarrättens i Sundsvall dom den 27 april 2004 (mål nr 3441-03) är det inte möjligt för Försvarmakten att utforma ett så otydligt, bristfälligt och allmänt hållet förfrågningsunderlag som det i Upphandlingen och förutsätta att denna brist

ska kunna läkas genom att föra utförliga förhandlingar med leverantörerna på så sätt att nya eller fullständiga krav på tjänsten förs in först vid sådana förhandlingar. Därtill går en förhandling utifrån syftet i Upphandlingen ”att efter kvalificering av ett antal anbudsgivare nyttja marknadens kreativitet och med utgångspunkt från Försvarsmaktens beskrivning av sin verksamhet erhålla förslag på effektivare transportlösningar för myndigheten” långt utöver vad som kan anses rymmas inom en tillåten förhandling. Beträffande rätten till överprövning ska det noteras att det faktum att en leverantör eller anbudsgivare under pågående upphandling inte begärt överprövning av upphandlingen eller begärt förtydligande från den upphandlande enheten inte förtar dennes rätt att begära överprövning av upphandlingen sedan tilldelningsbeslut meddelats, eftersom det inte finns någon preklusionsfrist inom vilken en ansökan om överprövning måste göras. Enbart den omständigheten att tjänsten är ny för Försvarsmakten innebär inte att Försvarsmakten kan använda sig av förhandlat förförande. Det ställs strängare krav för rätten att genomföra en förhandlad upphandling i den klassiska sektorn, till vilken Försvarsmakten hör, än i t.ex. försörjningssektorn.

Oklarheter i förfrågningsunderlaget

Försvarsmakten har angett att de avser bjuda in minst tre anbudssökande att lämna anbud där urvalet kommer att baseras på kriterier i kravspecifikationen, de s.k. bör-kraven. Det anges däremot inte hur urvalet kommer att göras. Det anges t.ex. inte hur respektive bör-krav kommer att värderas eller hur viktningen kommer att ske. Det är alltså oklart för anbudssökandena hur urvalet av anbudsansökande kommer att ske och de har ingen möjlighet att förutse vilka anbudssökande som kommer att gå vidare till nästa steg i Upphandlingen, d.v.s. att få inkomma med anbud.

Försvarsmakten har angett de skall-krav och bör-krav som gäller i Upphandlingen avseende aktuell tjänst. Uppställda skall-krav rör dock endast vissa allmänna krav avseende t.ex. redovisning av underleverantörer, tillhandahållande av team för kontaktpunkt, täckningsområde, avvikelse-
rap-

portering, fakturering, tillstånd m.m. Det finns däremot inte tillräckliga uppgifter rörande tjänsten för att fullt förstå innebörden av skall-kraven. Det anges inte någonstans i Anbudsinbjudan, eller någon annanstans, vad som menas med leveransprecision. Är det att leveransen skall ske till rätt ort, till rätt pris, inom rätt tid eller felfritt? Det anges dessutom inte vad som skulle vara "rätt" pris, tid eller felfritt. Något krav på att anbudet skall innehålla uppgifter härom finns inte heller. Det är således inte möjligt att förstå vad det innebär i det specifika fallet. Även om det skulle vara allmänt känt att leveransprecision innebär att leverans skall ske på det sätt som avtalats måste man alltså först veta vad som avtalats, vilket inte är fallet i Upphandlingen.

Försvarmakten har angett att de uppgifter som lämnas i anbudet skall beskriva situationen på anbudsdagen, såvida annat ej uttryckligen har angivits. Det anges inte vilka uppgifter som avses och inte heller vad som menas med situationen.

Förfrågningsunderlaget i Upphandlingen är således mycket otydligt avseende vad Försvarmakten egentligen efterfrågar för utförande av den aktuella tjänsten vilket leder till att det för anbudsgivarna framstår som ett lotteri vilket anbud som kommer att anses ha "den lösning som bäst motsvarar Försvarmaktens krav" och således tilldelas högst poäng som Försvarmakten anger i Anbudsförfrågan.

Oklarheter vad gäller pris

I Anbudsförfrågan anges att anbudsprövning kommer att ske utifrån vissa angivna utvärderingskriterier. Pris anges inte som ett av dessa utvärderingskriterier, vilket innebär att utvärdering inte får ske utifrån de priser som angetts i anbudet. Inte heller efterfrågas pris i den utsträckning att anbudsgivarna skulle ha kunnat förstå att priset skulle tillmätas betydelse vid utvärderingen, vilket det syns ha gjort. Av tilldelningsbeslutet framgår inte

vilka utvärderingskriterier som använts, däremot anges ”efter slutlig förhandling om avtalsvillkor och pris föreslås att avtal tecknas med anbudsgivare Sonat AB”, vilket tyder på att priset alltså haft betydelse för val av slutlig leverantör, vilket inte framgått av förfrågningsunderlaget.

Försvarmakten har inget krav på att priser skall anges för de orter som är aktuella för Försvarmaktens transporter. Det enda som anges (i punkt 1.1 under rubriken Bör-krav i bilaga 2 till Anbudsförfrågan, ”Svarsformulär”) är att anbudsgivaren bör i anbudet presentera hur denne avser att genomföra uppdraget grundat på Försvarmaktens verksamhetsbeskrivning och den erfarenhet som anbudsgivaren har från liknande uppdrag. I sammanhanget ska särskilt noteras att det rör sig om ett s.k. bör-krav och att verksamhetsbeskrivningen endast på ett övergripande sett beskriver Försvarmaktens organisation och transportbehov. Vidare anges att anbudsgivaren även bör beskriva och lämna pris enligt två angivna exempel för sändning av två olika beskrivna kollin till två olika orter. Det rör sig om mycket specifika exempel och några priser för transporter till andra orter med andra kollin än de beskrivna krävs inte.

Oklarheter avseende utvärdering

Försvarmakten har angett att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att tilldelas kontraktet och en viktning i procent anges för de uppställda bör-kraven. Det anges däremot inte hur själva utvärderingen kommer att ske och bör-kraven är i sig oklara. Som exempel kan anges att, förutom det oklara bör-krav som angetts avseende pris för de orter som är aktuella för Försvarmaktens transporter, ”leverantören bör i anbudet ge förslag på hur implementering kan genomföras”. Försvarmakten har inte förklarat vad som menas med implementering. Det bör därtill i förfrågningsunderlaget (i Inbjudan) anges hur bedömningen kommer att gå till, dvs. vilka kriterier som tillmäts betydelse och hur dessa kriterier rangordnas. Det ska noteras att Försvarmakten vitsordar att någon rangordning

eller viktning av urvalskriterierna inte gjorts. Det står inte heller Försvarmakten fritt att välja vilka av anbudssökandena som skall få möjlighet att lämna anbud. Detta måste ske på sådant sätt att en effektiv konkurrens upprätthålls och att de grundläggande principer som utgör grunden för kravet på affärsmässighet i LOU upprätthålls.

Försvarmakten har själva uppgett att de ”anser det inte är möjligt att med hänsyn till det syfte som skall uppnås med upphandlingen - nämligen att inte låsa fast sig vid gamla rutiner och lösningar utan att med hänsyn till Försvarmaktens verksamhetsbeskrivning erhålla förslag på effektivare transportlösningar för Försvarmakten - ytterligare precisera dessa utvärderingskriterier”. Det kan inte anses tillåtet att frångå kravet på affärsmässighet, innehållande bl.a. förutsebarhetsprincipen så fort en upphandlande enhet vill upphandla en tjänst som på något sätt avviker från de tjänster som den upphandlande enheten tidigare nyttjat.

Poängsättningen

Försvarmakten har inte angett hur många poäng som kan komma att tilldelas anbuderna för respektive bör-krav, utan det anges endast att ”den anbudsgivare som bäst motsvarar Försvarmaktens krav på kriterium erhåller 100 poäng” och att ”därefter ges poäng i procentuellt fallande ordning varefter poängen viktas med respektive procentsats”. Trots att det inte framgår av Anbudsförfrågan, eller någon annanstans i förfrågningsunderlaget, har Försvarmakten vid sin utvärdering utgått från en poängskala mellan 1 - 5, vilket framgår av utvärderingsprotokollet i Upphandlingen. Inte heller framgår det på vilka grunder poängen i skalan tilldelas. Det är således inte klart hur Försvarmaktens poängsättning gått till och det kan konstateras att det förekommer flera olika variationer på hur poängsättningen normalt brukar gå till i offentliga upphandlingar. Om det av förfrågningsunderlaget tydligt hade framgått vad Försvarmakten skulle fästa största vikten vid och hur poängsättningen skulle gå till hade Schenker kunnat utforma sitt anbud på

ett sådant sätt att det hade uppfyllt detta och därmed fått högre poäng. Försvarsmakten kan därför inte bortse från att i förfrågningsunderlaget tydligt ange hur utvärderingen och poängsättningen kommer att gå till.

Sammanfattning

Det är svårt för anbudsgivaren att veta hur anbuden kommer att värderas och naturligtvis svårt att veta om det anbud som lämnas in motsvarar det som Försvarsmakten vill ha. Upphandlingen är alltså i flera avseenden otydlig och oförutsebar samt kräver därför ett stort mått av godtyckliga och subjektiva bedömningar från Försvarsmakten, vilket är helt i strid med LOU. Förfrågningsunderlaget i Upphandlingen har långt större brister avseendet kravet på tydlighet och förutsebarhet än vad som kan anses vara acceptabelt. Schenker har därmed lidit skada av det bristfälliga och otydliga förfrågningsunderlaget. Bristerna är av sådan art att de inte kan avhjälpas genom rättelse. Upphandlingen måste därmed göras om.

Försvarsmakten bestrider bifall till Schenkers ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Inom ramen för upphandlingen och med dess syfte har det inte varit möjligt att närmare beskriva kraven i upphandlingen eller efter vilka kriterier val av anbud skulle göras. Försvarsmakten har vid upphandlingen haft rätt att använda sig av förfarandet förhandlad upphandling och har vare sig gått utöver vad som är möjligt eller tillåtet i ett sådant förfarande. Det är riktigt att bestämmelserna i 5 kap. 16 § LOU är avsedda att tillämpas restriktivt men då en kontrolltornslösning är något helt nytt för Försvarsmakten och med hänsyn till att lösningen skulle integreras i befintlig miljö samt till Försvarsmaktens speciella verksamhet gjordes bedömningen att, för att på bästa sätt nå en optimal lösning, nyttja marknadens kreativitet i en förhandlad upphandling. Vidare ställer sig Försvarsmakten frågade till Schenkers hänvisning till kammarrättsdomen, där förutsättningarna för att kunna använda förhandlad upphandling är helt annorlunda jämfört med upphandling inom den klassiska sektorn. Försvars-

makten bestrider bestämt påståendet att förhandlingen skulle ha inneburit att nya krav tillkommit eller att den på något sätt skulle ha gått utanför de i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningarna. Beträffande rätt till överprövning framgår av EG-rättslig praxis att gemenskapsrätten inte hindrar en preklusionsfrist och att det i viss utsträckning finns en skyldighet för en leverantör som anser att förfrågningsunderlaget är oklart eller bristfälligt på ett tidigt stadium påtala detta. Försvarsmakten anser att Schenker genom att inte ansöka om överprövning i ett tidigare skede av upphandlingen underlåtit att försöka begränsa sin skada.

Oklarheter i förfrågningsunderlaget

I den medföljande verksamhetsbeskrivningen kombinerat med de administrativa villkoren framgår det klart vad som efterfrågas och vilka krav som ställs på anbudssökandena. Det är korrekt att någon rangordning eller viktning av utvärderingskriterierna inte har gjorts, vilket dock inte utgör något fel i upphandlingen. Det finns inget krav i LOU på att dessa kriterier måste rangordnas eller viktas. I en förhandlad upphandling har den upphandlande enheten en viss frihet att välja bland de kvalificerade leverantörer, som ska inbjudas att lämna anbud. Huvudsaken är att detta urval görs så att effektiv konkurrens uppnås samt självfallet att övriga grundläggande principer om likabehandling m.m. inte överträds. Om det förekommit något formellt fel i denna del av upphandlingsskedet kan det noteras att Schenker varit en av de leverantörer, som har valts ut att få lämna anbud varför detta således inte inneburit någon skada för dem..

Schenker har anfört att det är oklart vad som menas med begreppet ”leveransprecision”. Mot bakgrund av att Schenker sagt sig såväl uppfylla detta krav som att ”det ingår i kontrolltornets kvalitetsmätning att följa upp och ständigt förbättra leveransprecisionen” har Försvarsmakten svårt att förstå i vad oklarheten skulle bestå. Begreppet leveransprecision får för övrigt anses vedertaget i transportbranschen och Schenker har också i tidigare avtals-

relation med Försvarmakten lämnat statistik på leveransprecision månadsvis. Avseende kravet om att ”de uppgifter som lämnas i anbudet skall beskriva situationen på anbudsdagen, såvida annat ej uttryckligen har angivits” menar Försvarmakten att ordalydelsen får anses motsvara normalt svenskt språkbruk. Schenker synes även i detta fall ha förstått innebörden av kravet vid tidpunkten för ingivandet av anbudet eftersom man har sagt sig uppfylla kravet samt kommenterat kravet med att bolagets anbud beskriver befintliga tjänster. Oavsett om skallkraven i något hänseende kan anses oklara har Försvarmakten i utvärderingen konstaterat att Schenker klarat alla skallkrav varför någon skada inte kan anses ha drabbat dem på grund av en sådan oklarhet.

Krav på angivande av pris

Försvarmakten vitsordar att det inte finns något krav på att anbudsgivare ska ange priser för transporter till Försvarmaktens verksamhetsorter förutom i två specifikt angivna fall och priset har inte haft någon betydelse vid utvärderingen av anbuden och valet av leverantör. Däremot har prisfrågan naturligt nog varit en av de punkter, som diskuterats vid de förhandlingar som förevarit mellan parterna. Det framgår dock inte av ansökan om överprövning vilken betydelse detta skulle ha enligt Schenker eller om detta i sig skulle utgöra något fel på upphandlingen.

Utvärderingskriterier

Försvarmakten har i anbudsförfrågan angivit att man kommer anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till ett antal viktade utvärderingskriterier. Försvarmakten anser att det inte är möjligt att med hänsyn till det syfte som skall uppnås med upphandlingen - nämligen att med hänsyn till Försvarmaktens verksamhetsbeskrivning erhålla förslag på effektivare transportlösningar för Försvarmakten - ytterligare precisera dessa utvärderingskriterier. Begreppet ”implementering” betyder att anbudsgivaren skall beskriva på vilket sätt en föreslagen lösning skall driftsät-

tas i den befintliga verksamheten. Begreppet får anses vedertaget. Det kan konstateras att den största skillnaden mellan Schenkers anbud och det vinnande anbudet är att det senare genomgående innehåller förslag på hur den föreslagna lösningen skall implementeras med den befintliga verksamheten.

Poängsättningen

Schenker har påtalat att Försvarsmakten vid utvärderingen inte följt den poängskala som angivits i anbudsförfrågan. Försvarsmakten vitsordar att det är något oklart uttryckt i förfrågningsunderlaget hur poängsättning skall ske. Det är dock naturligt att anbudena jämförs med varandra, vilket också framgår av förfrågningsunderlaget. Den poängsättning som faktiskt har tillämpats vid utvärderingen är allmänt vedertagen och har inte inneburit någon som helst skillnad för det sammanvägda slutresultatet. Av utvärderingen av bör-kraven i anbudena framgår nämligen att det vinnande anbudet på varje enskilt bör-krav har en högre poäng än Schenker.

Sammanfattning

Försvarsmakten anser att en leverantör med erforderlig kompetens inom området erhållit fullt tillräckligt med information i förfrågningsunderlaget för att kunna lämna ett anbud. Trots de stora bristfälligheter och oklarheter som Schenker påstår att upphandlingen är behäftad med har Schenker inte inkommit med några frågor eller någon begäran av förtydliganden under upphandlingens gång. Tvärtom har Schenker sagt sig besitta den kompetens som erfordras och sagt sig kunna leverera en lösning till Försvarsmakten och Schenker får genom att inge anbud i upphandlingen anses ha accepterat utformningen av anbudsförfrågan. Försvarsmakten anser att myndigheten inte gjort sig skyldig till något brott mot LOU.

Schenker har härefter inkommit med förtydliganden och tillägg med anledning av Försvarsmaktens svaromål.

Länsrätten har i beslut den 15 maj 2008 med stöd av 7 kap. 2 § andra stycket LOU förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas samt att beslutet gäller till dess länsrätten förordnar annat i målet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2008. Enligt övergångsbestämmelser till den lagen skall bestämmelserna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 5 kap. 14 § LOU skall öppen eller selektiv upphandling användas om inte annat följer av 16 eller 17 §.

Enligt 5 kap. 16 § punkten 2 LOU får förhandlad upphandling med föregående annonsering användas om de tjänster som skall upphandlas är av den arten att förfrågningsunderlaget inte kan upprättas med tillräcklig precision för att medge att val kan göras av det bästa anbudet enligt reglerna för öppet eller selektivt förfarande.

I 6 kap. 12 § första stycket LOU stadgas följande. En upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Enligt andra stycket samma lagrum skall vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Av 7 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Slutligen stadgas i 7 kap. 2 § första stycket LOU att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, skall länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen

I tilldelningsbeslutet den 5 maj 2008 angavs bl.a. följande. Enligt det av Försvarsmakten utskickade underlaget för inbjudan till anbudsansökan skall minst tre sökande bjudas in att lämna anbud. Underlaget skickades till 20 leverantörer. Fem anbudsgivare inkom med ansökan inom föreskriven tid. Samtliga fem klarade kvalificeringskraven och gick vidare till utvärdering av skall-kraven. Samtliga fem klarade skall-kraven och gick vidare till utvärdering av bör-kraven. Vid utvärdering av bör-kraven baserades selektionen på referenser, redovisning av resurser och kapacitet att utföra aktuellt uppdrag, förutsättningarna för partnerskap med FMLOG, mervärde/affärsnytta, affärsmodell för prissättning, aktivt miljöarbete och miljökompetens. Efter utvärdering av bör-kraven inbjöds tre sökande att lämna anbud, däribland Schenker. Samtliga tre anbudsgivare klarade skall-kraven och gick vidare till utvärdering av bör-kraven. Efter utvärdering av bör-kraven hade annan anbudsgivare än Schenker lämnat den lösning som bäst motsvarar Försvarsmaktens krav.

Under punkt 3.1 Referenser i Anbudsinbjudan anges följande bör-krav.

Anbudssökanden bör i anbudsansökan redovisa minst 3 externa uppdrag, utförda de 5 senaste verksamhetsåren, (varav minst 1 gäller svenska marknaden), där företaget levererat transportintegratörstjänster motsvarande den av Försvarsmakten beskrivna tjänsten som ansökan avser. Redovisningen bör beskriva uppdragens innehåll och omfattning med namn på kontaktpersoner med telefonnummer hos uppdragsgivaren med medgivande om att Försvarsmakten tar kontakt med kontaktpersonerna. Referenser bör avse externa uppdrag. Interna uppdrag, uppdrag mellan underleverantörer och anbudssökande eller uppdrag inom en anbudssökandes eller underleverantörs koncern bör ej ingå.

Under punkt 1.7 Leveransprecision, i Bilaga 2 Svarsformulär till Anbudsförfrågan, står följande **skall**-krav.

Anbudsgivaren **skall** transportera godset med 95 % leveransprecision. Anbudsgivaren **skall** sträva mot 100 % leveransprecision.

Under punkt 1.2 Aktuella uppgifter, i Bilaga 2 Svarsformulär till Anbudsförfrågan, står följande **skall**-krav.

De uppgifter som lämnas i anbudet **skall** beskriva situationen på anbudsdagen, såvida annat ej uttryckligen har angivits. Med anbudsdagen menas det datum som anbudet senast skall vara inlämnat.

Under punkt B1 1.1 Presentation av uppdragets genomförande med hänsyn till Försvarmaktens verksamhetsbeskrivning, i Bilaga 2 Svarsformulär till Anbudsförfrågan, står följande **bör**-krav.

Anbudsgivaren bör i anbudet presentera hur denne avser att genomföra uppdraget grundat på Försvarmaktens verksamhetsbeskrivning och den erfarenhet anbudsgivaren har från liknande uppdrag. Presentationen **bör** omfatta en ingående beskrivning av den tänkta organisationen, informationsflöde, samarbetsformer, affärsmodell för prissättning, nätverk inkluderande transportörer och utvecklingsmöjligheter. Vidare bör anbudsgivaren vid eventuell förhandling muntligen presentera hur man tänkt sig uppdragets genomförande, omfattningen av anbudsgivarens åtaganden och garantier samt affärsmodellen för prissättning. Anbudsgivaren **bör** också beskriva och lämna pris enligt Exempel 1 och Exempel 2 nedan.

Exempel 1

Försvarmakten skall skicka en sändning till Abéché i Tchad. Sändningen består av ett kולי med en vikt av 32 kg, bredd 30 cm, längd 40 cm och höjd 30 cm. Innehållet utgörs ej av farligt gods. Kollit skall hämtas på godsmottagningen JSS Uppsala (Ärna Flygplats) och levereras i de centrala delarna av staden Abéché i Tchad.

Ge förslag på transportsätt och transportrutt, ledtid samt lämna pris för de olika alternativen a – c.

- a) Express
- b) Normal
- c) Ekonomi

Exempel 2

Försvarmakten skall skicka en sändning från Resmat Centrallager i Arboga till Markverkstaden i Boden. Sändningen består av en pall med vikt 245 kg och innehåller ej farligt gods. Sändningen är klar att hämtas 16.00 dag 1. Ge förslag på transportsätt och pris för de olika alternativen a – c.

- a) Leverans senast 12.00 dag 2. Ledtid maximalt 20 timmar.
- b) Leverans senast 12.00 dag 3. Ledtid maximalt 44 timmar.
- c) Leverans senast 12.00 dag 4. Ledtid maximalt 68 timmar.

Under ”Anbudsprövning” i bilaga 1 Administrativa villkor i Anbudsförfrågan står följande. Försvarmakten kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till nedan viktade utvärderingskriterier:

Presentation av uppdragets genomförande med hänsyn till Försvarmaktens verksamhetsbeskrivning	40 %
Godsuppföljning/Spårning	15 %
IT-stöd	15 %
Implementering	15 %
Avvikelsehantering	15 %

Under ”Utvärdering” i bilaga 1 Administrativa villkor i Anbudsförfrågan står följande. Den anbudsgivare som bäst motsvarar Försvarmaktens krav per kriterium erhåller 100 poäng. Därefter ges poäng i procentuellt fallande ordning varefter poängen viktas med respektive procentsats.

Under bilaga 3, Utvärdering Bör-krav Anbud Control Tower FM-280-07 framgår bl.a. följande. Schenker och två andra anbudssökande har samtliga poängsatts vid fem punkter, genomförande med hänsyn till verksamhetsbeskrivning, godsuppföljning/spårning, IT-stöd, implementering och avvikelsehantering. En anbudssökande fick högsta poäng eller 100, en annan 80 poäng och Schenker fick 57 poäng.

Länsrättens bedömning

Schenker har i sin ansökan om överprövning först i ett senare skede av processen hos länsrätten ifrågasatt tillämpligheten av förhandlad upphandling.

Försvarmakten har vid sin upphandling av tjänsten kontrolltorn för FMLOG produktionstransporter valt en förhandlad upphandling. Ett sådant upphandlingsförfarande med föregående annonsering får enligt 5 kap. 16 § LOU användas bl.a. om de tjänster som skall upphandlas är av den arten att förfrågningsunderlaget inte kan upprättas med tillräcklig precision för att medge att val kan göras av det bästa anbudet enligt reglerna för öppet eller selektivt förfarande. Syftet med det valda upphandlingsförfarandet är enligt Försvarmakten att efter kvalificering av ett antal anbudsgivare utnyttja marknadens kreativitet och med utgångspunkt från Försvarmaktens beskrivning av sin verksamhet erhålla förslag på effektivare transportlösningar för myndigheten. Enligt Försvarmakten har det inte varit möjligt att inom ramen för upphandlingen och dess syfte närmare beskriva kraven i upphandlingen eller efter vilka kriterier val av anbud skulle göras.

Enligt länsrättens mening har Schenker inte förmått visa att Försvarmakten inte haft rätt att utföra upphandlingen som en förhandlad upphandling med föregående annonsering.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag i en sådan upphandling varom fråga är i målet skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kommit till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 § och 6 kap. 12 §.

I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

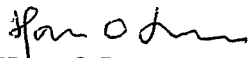
Regeringsrätten har i rättfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Som en av fem anbudsgivare klarade Schenker kvalificeringskraven och gick vidare för utvärdering av skall-kraven. Samtliga fem klarade skall-kraven och gick vidare för utvärdering av bör-kraven. Efter utvärdering av bör-kraven inbjöds tre anbudssökande, däribland Schenker, att lämna anbud. Samtliga tre klarade skall-kraven och gick vidare för utvärdering av bör-kraven. Efter utvärdering av bör-kraven valdes annan anbudsgivare än Schenker.

Schenker anför i sin ansökan om överprövning att upphandlingen är behäftad med bristfälligheter och oklarheter på sätt som närmare anges. Såvitt framgår har dock Schenker inte inkommit med frågor eller begärt förtydliganden hos upphandlande enhet under upphandlingens gång. En sådan underlåtenhet rimmar illa med det krav som bör kunna ställas på en leverantör nämligen att så långt när möjligt försöka begränsa sin skada. Genom att inge anbud föreligger - enligt länsrättens mening - i vart fall en presumtion för att Schenker har godtagit utformningen av anbudsförfrågan.

Vid den slutliga utvärderingen av bör-kraven i fråga om de viktade utvärderingskriterierna har de två övriga anbudssökande fått högre totalpoäng än Schenker. Vad som har efterfrågats av Försvarmakten framgår i allt väsentligt av förfrågningsunderlaget varför kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU eller gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens inte kan anses ha åsidosatts. Grund för ingripande enligt 7 kap. 2 § LOU föreligger inte, varför Schenkers ansökan ska avslås.

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


Hans O Larsson

Rådman

Föredragande har varit Heléne Lindblad Jonsson.



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 vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

