



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-12-14
 Meddelad i
 Stockholm

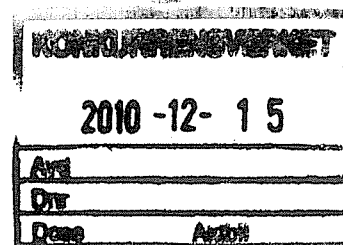
Mål nr
 44570-10
 Enhet 17

SÖKANDE

Tengbomgruppen AB, 556329-9113
 Box 1230
 111 82 Stockholm

MOTPART

Locum AB, 556438-7909
 Box 17201
 104 62 Stockholm



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska förordnande av den 11 november 2010
 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 82329

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Locum AB har på uppdrag av ägaren Stockholms läns landsting inlett en upphandling avseende "Ramavtal arkitekter produktion", LOC 1003-0449 (hädanefter upphandlingen). Syftet med upphandlingen är att teckna ramavtal med sex olika arkitektföretag som ska fördelas på sex stycken projektområden i form av Huddinge sjukhus, Närsjukvården, Karolinska sjukhusområdet Solna, Danderyd och Norrtälje sjukhus, Södersjukhuset samt S:t Görans/S:t Eriks/Södertälje sjukhus.

Locum AB har i tilldelningsbeslut den 28 oktober 2010 beslutat att tilldela anbudsgivarna Cedervall arkitektbyrå, Nyréns, Projektengagemang, Link Arkitektur, Carlstedts arkitekter samt Grontmij ramavtalen.

Förvaltningsrätten har den 11 november 2010 efter ansökan om överprövning och yrkande om interimistiskt förordnande från Tengbomgruppen AB förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN, GRUNDER M.M.

Tengbomgruppen AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen skall göras om. I andra hand yrkar Tengbomgruppen AB att förvaltningsrätten förordnar om att rättelse sker på så sätt att förnyad anbudsutvärdering i enlighet med förfrågan samt med iakttagande av LOU sker.

Tengbomgruppen AB har utvecklat grunderna för sin talan och i huvudsak anfört följande. I KFU (Kompletterande förfrågningsunderlag) daterat 2010-07-01, står under avsnitt U5.2 punkt 3.1. följande om egenreferenser. *För det fall beställaren har erfarenhet av anbudsgivaren, lika de krav som*

anges under punkt 2e, kan beställaren komma att sätta betyg lika punkt 3.2.

Punkt 2e gäller referensuppdrag för kvalificering av företaget.

Vidare står det i U5.2 punkt 3.2, Referensfrågor vid kvalificering, följande. *Snittbetyg beräknas som ett genomsnitt av två referensbetyg, vilka för kända anbudsgivare kan utgöras av egenreferenser enligt punkt 3.1.*

I U5.3 punkt 3.3, Referensfrågor vid utvärdering – Kriterium Kvalitet, står ingenting nämnt om egenreferenser. Sammanfattningsvis har Locum, när man på ett oriktigt sätt bytt ut en av Tengbomgruppen AB: s inlämnade referenser, agerat i strid med den gemenskapsrättsliga grundläggande principen om förutsebarhet såsom densamma kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Tengbomgruppen AB har härigenom lidit skada.

Vidare har Locum på sätt som anges nedan ändrat i utvärderingen av referensfrågor vid kvalificering.

I avsnitt U5.2 punkt 2e står följande om referensprojekt. *Anbudsgivare skall förteckna två referensuppdrag varav en skall vara slutförd och ett kan vara pågående.*

I U5.2 punkt 3.3, Referensfrågor vid utvärdering, är en av sex ställda frågor följande. *3. Slutprodukten (i förekommande fall färdig byggnad eller byggnadsdel) har bidragit mycket positivt till närmiljöns estetik.*

I utvärderingen har man bortsett från fråga 3 då det inte går att poängsätta de accepterade pågående referensuppdragen. Maximal poäng blir då 25 istället för de i KFU angivna 30. Locums agerande har förändrat den förutskickade viktningen mellan kvalitet och pris och står således i strid med de

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

gemenskapsrättsliga grundläggande principerna om förutsebarhet och lika-behandling såsom dessa kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

Locum AB bestrider Tengbomgruppen AB:s yrkande att upphandlingen skall göras om alternativt rättas och hemställer att förvaltningsrätten skall avslå Tengbomgruppen AB:s ansökan om överprövning. Locum AB anför i huvudsak följande. Locum har genomfört upphandlingen enligt de principer som följer av LOU. Upphandlingen, såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingen, präglas av förutsebarhet och transparens och Locum har behandlat samtliga anbudsgivare på ett likvärdigt sätt. Utvärderingen av inkomna anbud samt därtill hörande tilldelningsbeslut har skett på saklig grund och i enlighet med LOU. Tengbomgruppen AB har inte lidit eller riskerat att lida skada.

Locum AB har under anbudstiden gjort kompletteringar av de administrativa föreskrifterna (KFU 1). En specifik förändring av underlaget (se U5.3) är tillägget av utvärderingskriteriet "Kvalitet" vilket förändrat utvärderingsmetoden från "lägsta pris" till "det ekonomiskt mest fördelaktiga".

Utvärderingskriteriet "Kvalitet" viktas till 30 % och kriteriet "Pris" till 70 %. Den anbudsgivaren som erhållit lägsta pris skall erhålla 70 "prispoäng" och den som erhåller högsta poäng på samtliga referensfrågor angående kvalitet skall erhålla 30 poäng. För att Locum ska kunna utvärdera kriteriet "kvalitet" har Locum inkluderat sex påståenden/frågor som av anbudsgivaren angiven referent ska betygsätta enligt given betygskala (se U5.2 punkt 3.3.). Enligt U5.2 punkten 3.1 har Locum möjlighet att använda egenreferenser om de har tidigare erfarenhet av anbudsgivaren. Betygsättningen görs då i enlighet med punkt 3.2. Under U5.3 punkten 3.3, Referensfrågor vid utvärdering – Kriterium Kvalitet, går det att utläsa följande. *Nedanstående frågor ställs i samband med referensfrågor för kvalificering, se ovan punkt 3.2.* En tydlig hänvisning till punkten 3.2. görs här, varvid

det även förklaras att referensfrågorna för att utvärdera kvalitet görs/ställs i samband med referenstagningen för kvalificering av anbudsgivare. Det ger alltså vid handen att samma referent skall besvara både frågorna rörande anbudsgivaren som företag och frågorna rörande kvalitén på utförandet av referensuppdraget, vilka sedan bedöms i upphandlingens olika skeden. Det framstår därför tydligt och klart att det skall vara ett och samma referensuppdrag som bedöms av en och samma referent i både fallet ”kvalificeringsfrågor” och ”utvärderingsfrågor”. Frågorna har delats upp mellan punkt 3.2 och 3.3 eftersom svaren på frågorna har olika syften i upphandlingen.

Tengbomgruppen AB hävdar att det i förfrågningsunderlaget inte framkommer att egenreferenser kan användas vid utvärdering av kriteriet ”kvalitet” då det inte är nämnt under punkten 3.3. Locum har angivit i punkten 3.1 att egenreferenser kommer att kunna användas så som beskrivits i punkten 3.2 och i punkten 3.3 angivit att referensfrågorna gällande kvalitet skall ställas i samband med referensfrågor för kvalificering enligt punkten 3.2. En normalt omsorgsfull anbudsgivare kan ur detta förstå att vid det fall Locum väljer att byta ut en av anbudsgivarnas referenter mot en egenreferens denna referent på samma sätt som anbudsgivarens egen referent skall utgå från ett och samma referensobjekt och svara på frågorna avseende både kvalificering och kvalitet. Locum hänvisar här till EU-domstolens avgörande i mål C-19/00, SIAC Construction. Förutsättningar för Locum att använda egna referenser såväl vid kvalificering som vid utvärdering är tydligt föreskrivet i förfrågningsunderlaget. Locum har därför inte trätt principen om förutsebarhet förnär och Tengbomgruppen AB har inte lidit någon skada eller riskerat att lida någon skada. Tengbomgruppen AB har mycket riktigt gjort gällande att Locum har varit nödgad att bortse från att utvärdera fråga 3 som syftar till att bedöma en slutprodukt. Då Locum accepterat att ett av de två angivna referensuppdragen kan vara pågående har inte referenten i just de fallen kunnat ange någon poäng på just den frågan.

För att samtliga anbudsgivare skall behandlas på ett så rättvist sätt som möjligt har Locum beslutat att bortse från denna fråga vid poängsammanställningen för samtliga anbudsgivares referenssvar. Detta innebär att den totala poängen för kriteriet kvalitet är 25 istället för 30 poäng. Det är alltså riktigt att viktningen mellan pris och kvalitet därav har förändrats och för att återställa den inbördes relationen bör därför maximal prispoäng justeras till 58 poäng istället för 70 poäng. Om den inbördes rangordningen hade påverkats av att justera prispoängen hade Locum vitsordat Tengbomgruppen AB:s yrkande om att upphandlingen skall rättas, men då detta inte är fallet har inte någon anbudsgivare de facto blivit orättvist behandlad och principen om likabehandling har därför ej trätts förnär. Det fränsteg som Locum gjort från förfrågningsunderlaget har inte påverkat utvärderingen och Tengbomgruppen AB har inte lidit eller riskerat att lida någon skada. Kammarrätten i Göteborg har den 21 januari 2010 i mål 3363-09 fastställt att ett visst avsteg från en på förhand angiven utvärderingsmodell inte för- anleder något ingripande om justeringen inte lett till att sökanden lidit någon skada.

Tengbomgruppen AB har i huvudsak replikerat följande. Locum AB hävdar att vad som föreskrivits om egenreferenser under U5.2 punkt 3.1 även skulle gälla för anbudsutvärderingen. Locum AB synes mena att detta skulle vara underförstått. Påståendet är felaktigt eftersom punkten föreskriver följande. *För det fall beställaren har erfarenhet av anbudsgivaren, lika de krav som anges under punkt 2e, kan beställaren komma att sätta betyg lika punkt 3.2.* Rubriken till punkt 2e är *Referensuppdrag för kvalificering av företaget* och punkt 3.2 rör referensfrågorna vid kvalificeringen. Det förhållandet att det under punkt 3.3 angivits att utvärderingsfrågorna skulle ställas i samband med kvalificeringen förändrar inte denna bedömning. Det har inte någonstans angivits att Locum AB avsåg att efter eget tycke byta ut angivna referenser till egenreferenser såvitt avsåg utvärderingen. Locum AB:s påstående om vad en normalt omsorgsfull anbudsgivare borde för-

stått upplever Tengbomgruppen som dåligt underbyggt. Locum AB har därför agerat i strid med vad som förutskickats i förfrågningsunderlaget. Vidare anges ingenstans i förfrågningsunderlaget hur Locum AB skulle komma att hantera en eventuell förekomst av egenreferenser. Enligt ovan angavs ”kan beställaren komma att sätta betyg lika punkt 3.2”. Det framgår därför inte alls hur Locum AB i förekommande fall skulle förhålla sig till egenreferenser; skulle en sådan ersätta en referens, ersätta flera referenser eller skulle den rent av anses vara en tredje referens? Locum AB har vidare anfört att rangordningen mellan de kvalificerade anbudsgivarna inte kom att påverkas av att prispoängen justerades som en följd av den ogenomtänkta frågan utan svar. Detta saknar betydelse eftersom leverantörskollektivet, det vill säga de leverantörer som av en eller annan anledning valt att inte lämna anbud baserat på den anbudsutvärderingsmodell som presenterades i förfrågningsunderlaget, drabbats av en sådan justering av utvärderingsmodellen. Det mellan parterna ostridiga förhållandet att anbudsutvärderingen ändrats från lägsta pris till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste anses vara en sådan väsentlig förändring som inte är tillåten inom ramen för en offentlig upphandling. Att i ett kompletterande förfrågningsunderlag ändra anbudsutvärderingsgrunden har kommit att påverka det konkurrensuppsökande skedet och är därför inte förenligt med LOU. Anbudstiden avseende det kompletterande förfrågningsunderlaget var från den 1 juli till den 12 augusti 2010, d.v.s. 42 dagar. För ett öppet förfarande, som nu är för handen, gäller att annonsering ska ske i 52 dagar.

Locum AB har därefter i huvudsak anfört följande. Tengbomgruppen AB hävdar felaktigt att det ingenstans i förfrågningsunderlaget har angivits hur eventuell hantering av egenreferenser skall ske. Under punkten 3.3. ”Referensfrågor vid utvärdering – Kriterium Kvalitet” i förfrågningsunderlaget går det att utläsa följande. *Poäng erhålls som ett genomsnitt av två lämnade referensbetyg enligt tabellen nedan. Samma metod som vid kvalificering*

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

kommer att användas. Nedanstående frågor ställs i samband med referensfrågor för kvalificering, se ovan punkt 3.2.

Locum AB har tydligt angivit hur referenserna kommer att hanteras oavsett om dessa utgörs av anbudsgivarens båda referenser eller om en av dem byts ut mot en egenreferens enligt punkten 3.1 som i sin tur hänvisar till metodiken angiven i punkten 3.2. Locum har således inte agerat i strid med de grundläggande principerna om förutsebarhet och likabehandling. Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref. 50 åberopas. Det ska även tilläggas att varken Tengbomgruppen AB eller övriga anbudsgivare under anbudstiden har ställt några frågor angående hur egenreferenser ska komma att hanteras. Tengbomgruppen AB har inte visat på vilket sätt leverantörskollektivet har lidit skada eller kunnat lida skada genom att tillämpa den justerade utvärderingsmodellen. Av rättspraxis framgår att sökanden måste anses lida skada eller riskera att lida skada för att en justering av utvärderingsmodellen ska föranleda ett ingripande enligt LOU.

Locum AB bestrider att annonsering skulle ha skett under för kort tid. Av 8 kap. 2 § LOU följer att tidsfristen för att inkomma med anbud (annonseringstiden) ska vara 52 dagar, om inte något annat följer av 4-8 §§. I 5-6 §§ samma kapitel anges under vilka förutsättningar en upphandlande myndighet har möjlighet att förkorta tidsfristerna. Under förutsättning att förfrågningsunderlaget görs tillgängligt elektroniskt kan förkortning ske med upp till 12 dagar. Locum AB har således på ett riktigt sätt tillämpat minst 40 dagars anbudstid (52 dagar – 12 dagar = 40 dagar), då förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt som 8 kap. 5-6 §§ LOU föreskriver gjorts tillgängligt elektroniskt på Allegos hemsida. Vad Tengbomgruppen anför i denna del är således direkt felaktigt.

Tengbomgruppen AB har därefter replikerat i huvudsak följande. Locum AB har gjort gällande att anbudsgivarna inte skulle ha ställt frågor med

anledning av oklarheter. Detta saknar betydelse och Locum AB kan inte övervältra sitt ansvar på anbudsgivarna genom att göra gällande att dessa skulle ha ställt frågor.

UTREDNINGEN I MÅLET

Meddelandet om upphandling

Det ursprungliga meddelandet om upphandling, i vilket tilldelningskriteriet lägsta pris angavs, publicerades av upphandlande myndighet den 7 maj 2010. Sista dagen för mottagande av anbud angavs till den 17 juni 2010. I rättelse publicerad den 14 juni 2010 angavs bl.a. att tilldelningskriteriet var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Sista dagen för mottagande av anbud förlängdes till den 12 augusti 2010.

Förfrågningsunderlaget

I KFU 1 – Kompletterande Administrativa Föreskrifter – av den 1 juli 2010, anges bl.a. nedanstående.

U5.1 Genomförande av anbudsprövning

Anbudsprövningen sker i tre steg. I steg 1-2 prövas anbudsgivaren om denne uppfyller ställda skalkrav. Därefter prövas anbudet efter ekonomisk fördelaktighet.

Anbudsutvärderingen kommer att ske i tre steg:

- 1) Uteslutningsfasen, som är en prövning av anbudsgivaren, där uteslutningsgrunderna i LOU kapitel 10 prövas.
- 2) Kvalificeringsfasen, som är en prövning av anbudsgivaren, där anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet prövas i LOU kapitel 11.
- 3) Utvärderingsfasen (U5.3) som är en bedömning av anbudet i LOU enligt kapitel 12, tilldelning av kontrakt.

U 5.2 Prövning av anbudsgivare

Krav som skall uppfyllas av anbudsgivare.

(...)

2. Prövning av anbudsgivare (kvalificeringsfasen)

(...)

2e) Referensuppdrag för kvalificering av företaget

Anbudsgivare **skall** förteckna **två** referensuppdrag vara **ett skall** vara slutfört och **ett** kan vara pågående. Samtliga referensuppdrag **skall** avse konsulttjänster inom efterfrågat fackområde inom sjukvårdsprojekt eller av motsvarande komplexitet och med störningskänslig pågående verksamhet.

(...) Slutfört referensuppdrag **skall** vara slutfört inom den senaste 3-årsperioden räknat från anbudstidens utgång. Pågående referensuppdrag **skall** ha pågått under minst 3 månader före anbudstidens utgång.

3 Referenser

Utvärderingen av referenser kommer att ske genom att referenter kommer att bli ombudda att ta ställning till ett antal påståenden. Alla frågor kommer att värderas på en *femgradig* skala där 1 är sämst betyg och 5 är bäst. (...)

3.1 Egenreferenser

För det fall beställaren har erfarenhet av anbudsgivaren, lika de krav som anges under punkt 2e, kan beställaren komma att sätta betyg lika punkt 3.2. Egenreferenser kommer att jämföras med i anbudet angivna referenser.

U5.3 Prövning av anbud (utvärderingsfasen)

En förutsättning för att utvärdering skall kunna ske är således

- att anbudet är lämnat och har besvarats i enlighet med förfrågningsunderlaget
- att Anbudsgivaren bedöms vara kvalificerad samt (enligt referensfrågor lägst snittbetyg 3,50 och ingen enskild fråga med betyg 1)

- att obligatoriska krav (skall-krav) uppfyllts

Av de anbud som kan komma ifråga för antagande antas de som är ekonomiskt mest fördelaktiga enligt anbudsformulär. De sex för den upphandlande myndigheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbuderna kommer att tilldelas ett varsitt projektområde enligt punkt B3.

3.3 Referensfrågor vid utvärdering – Kriterium Kvalitet

Kriteriet Kvalitet viktas till 30 %.

Maximal genomsnittlig betygspoäng (genomsnitt av två referenser) är 30 poäng. Poäng erhålls som ett genomsnitt av två lämnade referensbetyg enligt tabellen nedan. Samma metod som vid kvalificering kommer att användas.

Nedanstående frågor ställs i samband med referensfrågor för kvalificering, se ovan punkt 3.2.

Frågorna avser att utvärdera *produkten/tjänsten/det utförda uppdraget/* anbudsgivande företag levererat till referent och hur väl den uppfyllt eller överträffat referentens förväntningar.

(...)

4 Utvärdering anbudspris – Kriterium Pris 70 %

Kriteriet pris viktas till 70 %

(...)

Anbudet med det lägsta anbudspriset enligt beräkning ovan erhåller 70 poäng och övriga poäng motsvarande procentuell avvikelse.

(...)

5 Utvärdering av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet

Det anbud som erhåller den högsta sammanräknade poängen från kriteriet pris och kriteriet kvalitet är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Om två anbud erhåller samma sammanräknade poäng kommer det med högst kvalitetspoäng att rangordnas som det mer ekonomiskt fördelaktiga av de två.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Denna upphandling har påbörjats före den 15 juli 2010 och därmed tillämpas LOU i den lydelse som var gällande vid denna tidpunkt.

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.

I 12 kap. 1 § LOU anges följande. 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.

I 12 kap. 2 § LOU stadgas följande. Den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget,
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar, eller i
4. det beskrivande dokumentet.

Enligt 15 kap. 16 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

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

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att 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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs även att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Tengbomgruppen AB anför sammanfattningsvis att följande brister föreligger i upphandlingen. Den upphandlande myndigheten har gjort ett otillåtet fränsteg från förfrågningsunderlaget genom att bortse från en fråga, då denna fråga avser betygssättning av en slutprodukt. Locum har samtidigt accepterat att ett av de två angivna referensuppdragen kan vara pågående. En referent kan således inte ge någon poäng på den frågan, varför denna fråga strukits vid anbudsutvärderingen.

Vidare har Tengbomgruppen gjort gällande att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att egenreferenser kan användas vid utvärdering av kriteriet "kvalitet" då det inte är nämnt under punkten 3.3. Avslutningsvis har sökande anfört att tilldelningskriteriet vid anbudsutvärderingen ändrats, från att avse lägsta pris till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket måste anses vara en sådan väsentlig förändring som inte är tillåten inom ramen för en offentlig upphandling.

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis frågan om fränsteg från förfrågningsunderlaget. Locum AB har vid anbudsutvärderingen bortsett från en referensfråga i förfrågningsunderlaget då denna inte gick att besvara eftersom den avsåg utvärdering av ett avslutat projekt, samtidigt som Locum accepterat att anbudsgivare kunde använda sig av ett påbörjat projekt vid referenstagning. Locum har dock beslutat att helt bortse från denna fråga vid poängsammanställningen för samtliga anbudsgivares referenssvar. Detta medför att det högsta antal poäng som anbudsgivare kan få för kriteriet kvalitet blir 25 istället för 30 poäng. Det är således ostridigt att förfrågningsunderlaget innehöll en fråga som inte kunde besvaras av alla referenter.

I LOU saknas detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat. Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten uttalade då bl.a. följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet medför emellertid att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas så länge de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

I förevarande fall är utrett att Locum vid anbudsutvärderingen valt att bortse från en referensfråga och att Locum har bortsett från denna vid utvärderingen av samtliga anbud. Rangordningen mellan anbudsgivarna har inte påverkats. Tengbomgruppen AB har inte heller kunnat visa att företaget lidit skada eller riskerat att lida skada med anledning av det inträffade. Det saknas därmed grund för förvaltningsrätten att vidta åtgärder med stöd av LOU på denna grund.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande i fråga om referensfrågor vid utvärderingen av kriteriet kvalitet (KFU 5.3 punkt 3.3). *Poäng erhålls som ett genomsnitt av två lämnade referensbetyg enligt tabellen nedan. Samma metod som vid kvalificering kommer att användas.* I förfrågningsunderlagets avsnitt om referensfrågor vid kvalificering (KFU U5.2 punkt 3.2.) står bl.a. följande. *Snittbetyg över 3,49 krävs för kvalificering av anbudsgivare. Snittbetyg beräknas som ett genomsnitt av två referensbetyg, vilka för kända anbudsgivare kan utgöras av egenreferenser enligt punkt 3.1.* I avsnitt 3.1 (KFU U5.2) anges i huvudsak följande. *För det fall beställaren har erfarenhet av anbudsgivaren, kan beställaren komma att sätta betyg lika de i avsnitt 3.2. Egenreferenser kommer att jämföras med i anbudet angivna referenser.* Under punkt 2e (KFU U 5.2) anges bl.a. att anbudsgivare skall förteckna två referensuppdrag.

Av ovan redovisade avsnitt från förfrågningsunderlaget framgår enligt förvaltningsrättens mening tydligt att den upphandlande myndigheten kan komma att använda egenreferenser under såväl kvalificering som utvärdering. I skall-kraven ingår att anbudsgivaren skall kunna lämna två referensuppdrag, varav minst ett skall vara slutfört. Det som sägs i förfrågningsunderlaget om referenser kan inte förstås på annat sätt än att givna referenser kan komma att bytas ut mot en egenreferens. Det saknas därmed anledning för förvaltningsrätten att på denna grund vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU, eftersom de av Tengbomgruppen AB åbero-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

pade omständigheterna inte utgör något brott mot någon av de grundläggande principerna i LOU.

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till huruvida den av Tengbomgruppen AB åberopade omständigheten att upphandlande myndighet ändrat tilldelningskriteriet vid anbudsutvärderingen, från att avse lägsta pris till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utgör grund för ingripande enligt LOU.

Inledningsvis kan följande konstateras. I LOU är inte specifikt reglerat hur ändringar, förtydliganden och kompletteringar av förfrågningsunderlaget ska ske. En upphandlande myndighet är således inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbuderna ges in klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Detta under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. För att den upphandlande myndigheten ska tillgodose bl.a. öppenhetsprincipen i LOU är det, vid väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget, normalt inte tillräckligt att hantera dessa förändringar som kompletteringar/ tillägg inom ramen för den pågående upphandlingen. I stället bör den pågående upphandlingen avbrytas och en ny upphandling äga rum (se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 1829-10).

Det ursprungliga meddelandet om upphandling, i vilket tilldelningskriteriet lägsta pris angavs, publicerades den 7 maj 2010. Sista dagen för mottagande av anbud var den 17 juni 2010. I rättelse publicerad den 14 juni 2010 angavs bl.a. att tilldelningskriteriet var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Sista dagen för mottagande av anbud förlängdes till den 12 augusti 2010 och ett kompletterande förfrågningsunderlag utsändes.

Mot bakgrund av att denna förändring gjorts i meddelandet om upphandling innan tiden för inlämnande av anbud gått ut och att den upphandlande

myndigheten förlängt anbudstiden med nästan två månader kan förfarandet inte anses medföra något brott mot någon av de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i LOU.

Förvaltningsrätten anser således att vad Tengbomgruppen AB anfört i målet inte innebär att upphandlingen har genomförts i strid med unionsrätten eller reglerna i LOU. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska därmed avslås i sin helhet.

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



Magnus Åhammar
rådman

Föredragande har varit Linnea Sigeman.

