



SÖKANDE

Exact Svenska Mätcenter AB, 556511-7891

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

MOTPART

Skolfastigheter i Stockholm AB, 556034-8970

Ombud: Malin Lindvall
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-02-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Skolfastigheter i Stockholm AB:s upphandling av laseruppmätningar och modellering av byggnader, rum och installationer ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Skolfastigheter i Stockholm AB (SISAB) genomför en upphandling av laseruppmåtningar och modellering av byggnader, rum och installationer (dnr 2016-00851). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. Avtal ska tecknas med tre konsultbolag med de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Med anledning av att Kammarrätten i Stockholm i dom den 26 februari 2018 (mål nr 2730-18) beslutat att upphandlingen ska rättas har SISAB i tilldelningsmeddelande den 15 juni 2018 beslutat att teckna avtal med andra anbudsgivare än Exact Svenska Mätcenter AB (Exact).

Exact yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för talan anför bolaget i huvudsak följande. SISAB har brutit mot principerna om likabehandling och transparens i ÄLOU. SISAB har efter anbudstidens utgång preciserat vad priserna skulle innehålla, förlängt anbudstiden och erbjudit anbudsgivare att justera sina priser. Förhandling har inletts på ett otillåtet sätt eftersom det var frågan om ett öppet upphandlingsförfarande. Oklarheter i förfrågningsunderlaget kan inte läkas efter anbudstidens utgång genom att priserna får justeras efter förtydligande text i kravställningen avseende prissättningen från den upphandlande myndigheten. Exact har lidit skada eftersom förhandling skett i det konkurrensuppsökande skedet.

Anbudstiden gick ut den 5 december 2016. Vid det tillfället hade samtliga anbudsgivare avgivit sitt anbud och priser på de grunder som framgick av förfrågningsunderlaget. Efter det att anbudstiden gått ut tillställde SISAB samtliga anbudsgivare ett brev där anbudsgivarna fick möjlighet att justera sina priser. I brevet anges att priserna som anbudsgivarna skulle lämna skulle omfatta tre specificerade delar. SISAB preciserade i brevet att följande skulle ingå i priserna:

- a) *inmätning med metoden TLS,*

- b) *modellering av BIM-modellen och*
- c) *framtagande av ritningar baserat på resultatet av punktmolnet*

Det framgick inte av prisformuläret/anbudsmallen eller beskrivningen av prissättningen i utvärderingsmodellen, som rörde de efterfrågade prisuppgifterna, att så skulle anges. Flera anbudsgivare justerade sina priser fram till den 19 december 2016, som satts som ny frist. Det var i själva verket frågan om rättelse eller förtydligande av förfrågningsunderlaget som medförde att SISAB ville ha in nya priser. Det var grunderna för prissättningen i förfrågningsunderlaget som förtydligades. Förfrågningsunderlaget var inte transparent nog att anbuderna skulle avgas på samma grunder. Med den spridda anbudsprisbild som rådde (upp till 200 gånger skillnad mellan anbudsgivarna) efter anbudstidens utgång var det uppenbart att anbudsgivarna inte haft klart för sig hur prissättningen skulle gå till. I det fallet skulle upphandlingen ha avbrutits och gjorts om.

Brister i transparensen i förfrågningsunderlaget kan inte läkas genom att nya priser efter förtydligande fått ske. Det gäller även om alla anbudsgivare ges samma möjlighet att komplettera sina priser. Det är endast rättelse av uppenbart skrivfel eller komplettering av anbudshandling som kan ske om inte likabehandlingsprincipen åsidosätts.

SISAB bestrider bifall till Exacts ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. SISAB har inte brutit mot någon bestämmelse i ÄLOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principer som ÄLOU vilar på. För det fall brister skulle anses föreligga såvitt avser förfrågningsunderlaget eller förfarandet i övrigt är bristerna inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosätts.

Av kod AUB.52 på s. 12 i de administrativa föreskrifterna framgår att två olika prissättningsmodeller ligger till grund för utvärderingen av anbuderna. I kategori 1 skulle anbudsgivarna ange ett timpris för olika arbetsmoment

(mätning, modellering respektive scanner och övrig utrustning). I kategori 2 skulle anbudsgivarna prissätta vissa typutrymmen som resulterade i ett å-pris per kvadratmeter.

SISAB hade förutsatt att i respektive å-pris per kvadratmeter i kategori 2 skulle det ingå inmätning med metoden terrester laserskanning, TLS, modellering av BIM-modeller samt framtagning av ritningar baserat på det resulterande punktmolnet. Att det var just de momenten som skulle ingå i respektive å-pris framgick i och för sig inte av prisformuläret/anbudsmallen eller beskrivningen av prissättningen i utvärderingsmodellen under kod AUB.52 på s.12 i de administrativa föreskrifterna. Däremot gick denna information att utläsa från tredje stycket i kod AUC.1 (Omfattning) på s.14 i de administrativa föreskrifterna. Där framgår att: "Uppdraget innefattar inmätningar med metoden terrester laserskanning, TLS, och modellering av BIM-modeller samt framtagande av ritningar baserat på det resulterande punktmolnet".

Vid genomgång av anbuderna visade det sig att när det gällde kategori 2 (å-pris per kvadratmeter) uppvisade anbuderna oförklarligt stora spridningar jämfört med vad SISAB hade anledning att förvänta sig utifrån tidigare erfarenheter av de aktuella tjänsterna. Mot bakgrund av de stora prisavvikelserna inom priskategori 2 ansåg SISAB att det fanns anledning att ifrågasätta om anbudsgivarna hade förstått vilka moment som ingick i priskategori 2. Om anbudsgivarna hade olika uppfattning om de ingående momenten och därför prissatt olika saker skulle det bli svårt att rättvist jämföra de olika anbudens priser och göra en korrekt utvärdering. SISAB valde därför att den 13 december 2016 skicka ut ett meddelande till samtliga anbudsgivare. Anbudsgivarna uppmanades att svara på begäran senast den 19 december 2016, dvs. de hade sex dagar på sig. Det kan konstateras att det inte var fråga om någon förlängning av anbudstiden. Syftet var inte heller att inleda någon förhandling med anbudsgivarna.

Det bestrids att det skulle vara fråga om rättelse eller förtydligande av förfrågningsunderlaget.

SISAB ifrågasätter om Exact lidit eller kunnat komma att lida *skada* av att brevet den 13 december 2016 skickades ut och att ett antal anbudsgivare tilläts justera sina a'-priser. Om Bolaget *inte* justerat sina á-priser hade Exact kommit på plats 1 om utvärderingen genomförts med samtliga anbudsgivares ursprungliga á-priser (dvs. utan beaktande av de justerade priserna i kategori 2). Bolaget hade också kommit på plats 1 i nu genomförd utvärdering (där de justerade á-priserna beaktats för de anbudsgivare som valt att justera dessa) om bolaget inte justerat sina á-priser. Nu valde dock Exact att komma in med justerade á-priser, vilket föranledde att Bolaget kom på plats 5.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphävts. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017 varför lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) är tillämplig.

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap. 9 § lagen ÄLOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § ÄLOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med ÄLOU (RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan därvid endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Det förvaltningsrätten har att ta ställning till är

- om förfrågningsunderlaget i den del som avser tilldelningskriteriet prisjämförelse är tillräckligt tydligt och förutsebart för att principen om transparens ska anses kunna vara tillgodosedd och
- om SISAB efter anbudstidens utgång gjort en otillåten ändring av tilldelningskriteriet prisjämförelse, AUB.52 punkt 2 i administrativa föreskrifterna, genom att inhämta bekräftelse från anbudsgivarna alternativt ge dem möjlighet att göra en rättelse.

Uppfyller förfrågningsunderlaget kravet på öppenhet och transparens?

Principen om öppenhet och transparens innebär bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i förfrågningsunderlaget ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dem och tolka dessa på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, *Pizzo*, punkt 36).

Av upphandlingsföreskrifterna AUB.52 framgår att inkomna anbud kommer att prövas beträffande värdegrunderna Referenser (35 %) och Prisjämförelse

(65 %). Vidare framgår att anbudsgivaren under värdegrunden Prisjämförelse ska ange ett timarvode för samtliga kategorier av personal som kan komma att behövas i samband med uppdraget samt pris per m² BRA enligt anbudsmallen. Vid utvärderingen av priset kommer fyra delar att summeras:

1. timarvodet för medarbetare/scanner, se AUC.61:
 - mätning av data
 - modellering
 - för scanner och övrig utrustning
2. a-priser avseende kvm för:
 - klassrum BRA
 - förbindelseutrymmen BRA
 - övriga utrymmen, samlingslokaler/idrottslokaler BRA
 - teknikutrymmen(driftutrymmen) BIA
 - mark och fasad

I uppdragsföreskrifterna AUC.1. med rubriken omfattning anges att uppdraget innefattar inmätningar med metoden terrester laserskanning, TLS, och modellering av BIM-modeller samt framtagande av ritningar baserat på det resulterande punktmolnet.

SISAB hade förutsatt att i respektive å-pris per kvadratmeter i kategori 2 skulle det ingå inmätning med metoden terrester laserskanning, TLS, modellering av BIM-modeller samt framtagning av ritningar baserat på det resulterande punktmolnet. Enligt SISAB framgår det dock inte av prisformuläret/anbudsmallen eller beskrivningen av prissättningen i utvärderingsmodellen under AUB.52 i de administrativa föreskrifterna att det var just de momenten som skulle ingå i respektive å-pris. Däremot finns information i de administrativa föreskrifterna, AUC.1 - Omfattning, om att uppdraget innefattar dessa moment.

Vid genomgång av anbuden uppvisade dessa beträffande kategori 2 (å-pris per kvadratmeter) stora spridningar jämfört med vad SISAB hade anledning att förvänta sig utifrån tidigare erfarenheter av de aktuella tjänsterna. Mot bakgrund av de stora prisavvikelserna inom priskategori 2 har SISAB

ifrågasatt om anbudsgivarna hade förstått vilka moment som ingick i priskategori 2. SISAB har därför uppmanat samtliga tolv anbudsgivare i meddelande den 13 december 2016 att senast den 19 december 2016 bekräfta att de lämnade á-priserna innehåller samtliga moment alternativt gör en rättelse. Tre anbudsgivare justerade sina priser uppåt.

Enligt förvaltningsrättens sammantagna bedömning kan upphandlingsföreskrifterna avseende utvärderingsgrunden prisjämförelse inte anses vara tillräckligt tydligt utformad för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå vilka moment som ska ingå i de anbudspriser som ska lämnas. SISAB har därmed brutit mot principen om transparens. Detta har medfört att Exact lidit skada. Den omständigheten att Bolaget valt att komma in med justerade á-priser, som medfört att Bolaget kom på plats fem medför inte någon annan bedömning. Eftersom bristerna är hänförliga till den konkurrensuppsökande delen av upphandlingen finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Vid denna bedömning saknas skäl att pröva övriga invändningar mot upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Maria L. McMurray
Rådman

Ann-Kristin Rosén har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.