



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-02-14
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 2405-11
 Enhet 14

SÖKANDE

Tornum AB, 556552-1399

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och jur. kand. Lina Schött
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1065
 101 39 Stockholm

MOTPART

Statens fastighetsverk
 Box 2263
 103 16 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-02-16	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 101607

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegeluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND

Statens fastighetsverk (SFV) genomför en förenklad upphandling av en totalentreprenad som avser återuppbyggnad av en spannmålsanläggning (projektnr 4101 9763). Anbud har kommit in från Tornum AB (Tornum), Svenska Antti AB (Antti) och Novab AB (Novab). Enligt tilldelningsbeslut den 25 januari 2011 har SFV antagit Antti som entreprenör.

Tornum har ansökt om överprövning av upphandlingen. Ansökan har kommit in till förvaltningsrätten i rätt tid och utlöst en förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten har den 7 februari 2011 beslutat att inte upphäva den förlängda avtalsspärren.

PARTERNAS YRKANDEN M.M.

Tornum yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand, om rättelse inte kan ske, att upphandlingen ska göras om.

SFV anser att Tornums yrkanden ska avslås.

PARTERNAS GRUNDER

Tornums grunder

Tornum menar att upphandlingen har genomförts i strid med LOU då 1) tilldelningsbeslutet är bristfälligt, 2) anbudsfrågan är oförutsägbar, 3) utvärderingskriterierna är oförutsägbara, 4) SFV har antagit ett orent anbud och 5) anbudssammanställningen är otydlig och ofullständig. Tornum menar att bolaget har lidit skada på grund av brister i upphandlingen. Tornum anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Tilldelningsbeslutet är bristfälligt

SFV:s tilldelningsbeslut innehåller inte tillräcklig information om skälen för att tilldela Antti upphandlingskontraktet. Det räcker inte att skriva att Anttis anbud är det mest fördelaktiga. Upplysningar borde ha lämnats om vilka omständigheter som SFV har tagit hänsyn till i sin bedömning. Då tilldelningsbeslutet är bristfälligt har avtalsspärren inte utlösts.

Anbudsförfrågan är oförutsägbar

I sin anbudsförfrågan anger SFV att beställaren äger ensam rätt att avgöra om avvikande alternativa förslag är likvärdiga med de i handlingarna presenterade förslagen. Att SFV, helt subjektivt och utan någon som helst ledning, ska avgöra om anbudsgivarnas val av material och arbeten är likvärdiga med de förslag som har presenterats av SFV står i strid med principerna om transparens och likabehandling.

Utvärderingskriterierna är oförutsägbara

Den utvärderingsmodell som SFV har använt strider mot LOU på flera sätt. I anbudsförfrågan har SFV rangordnat vilka kriterier som kommer att ingå i bedömningen av anbudet. SFV borde i stället ha viktat kriterierna. Rangordningen visar endast att erfarenhet från liknande projekt värderas högst medan pris värderas lägst. Det är oklart hur kriterierna däremellan förhåller sig till varandra och det är inte möjligt att avgöra vad som värderas inom varje kriterium. SFV har använt underkriterier i anbudsutvärderingen. När det gäller "tidigare erfarenhet" har platsorganisation och administration värderats högt. En yteffektiv planlösning har också värderats högt. Varken av utvärderingskriterierna eller anbudsförfrågan i övrigt framgår efter vilka grunder en leverantör ska bedömas som mer lämplig än en annan. Utvärderingen strider mot transparens- och likabehandlingsprinciperna.

SFV har antagit ett orent anbud

I sin anbudsfrågan ställer SFV krav på att byggnadsstommen ska vara fribärande. Antti och Novab har erbjudit takkonstruktioner som är placerade på lagringsfickor. Denna lösning förutsätter att byggnadens inkräm är en del av dess bärande konstruktion och konstruktionen kan därför inte betraktas som fribärande. Anbuden från Antti och Novab borde således ha förkastats i stället för att utvärderas. Genom att anta Antti som entreprenör har SFV brutit mot likabehandlingsprincipen.

Anbudssammanställningen är otydlig och ofullständig

I flera avseenden är den sammanställning som SFV har gjort av anbuderna otydlig och felaktig. Tornum har angett en torkkapacitet om 20 ton/h mot de andra anbudens 13 ton/h. Detta har SFV inte utvärderat. Vad gäller tak på fickor anges i sammanställningen att detta ingår i Anttis anbud. I Anttis anbud anges dock att silotak inte ingår. Vad gäller justeringsvolym har Antti angett 1 000 kr/m³. Tornum ifrågasätter uppgiften då den framstår som ett antagande. Temperaturgivare ingår i Tornums anbud men det framgår inte av sammanställningen. Tornums temperaturgivare är kopplade till anläggningens PC vilket borde ses som ett mervärde. Sammanställningen är vidare ofullständig då den inte innehåller all information i Tornums anbud. Det framgår t.ex. inte att Tornum har erbjudit två topptransportörer.

Tornum har lidit skada

Tornum har lidit skada eftersom SFV borde ha förkastat Anttis och Novabs anbud. Tornum hade tilldelats kontraktet om SFV hade följt LOU.

SFV:s grunder

SFV menar att upphandlingen inte har de brister som Tornum gör gällande och att Tornum inte lidit någon skada. SFV anför vidare bl.a. följande.

Påståendet att tilldelningsbeslutet är bristfälligt

Underrättelsen om beslutet omfattar ett följebrev, en anbudsutvärdering och en ekonomisk sammanställning. Det måste vara tillräcklig information för anbudsgivarnas bedömning. Avtalsspärr måste därmed anses ha inträtt.

Påståendet att anbudsförfrågan är oförutsägbar

Som Tornum påpekar står det i anbudsförfrågan att beställaren äger ensam rätt att avgöra om avvikande alternativa förslag är likvärdiga med de i handlingarna presenterade förslagen. Det ligger i sakens natur att det endast är beställaren som kan avgöra om ett likvärdigt förslag ska godtas eller inte. Skrivningen är att se som ett förtydligande av gällande rätt.

Påståendet att utvärderingskriterierna är oförutsägbara

Utvärderingskriterierna behöver inte viktas eftersom det är fråga om upphandling under tröskelvärdet. Det kan noteras att Tornums anbud var högst innan utvärderingskriterierna tillämpades. Utvärderingen var till Tornums fördel men bolagets anbud var även därefter högst.

Påståendet att SFV har antagit ett orent anbud

Skrivningen om en fribärande konstruktion är inte ett s.k. skall-krav. En totalentreprenad innebär att beställaren uppställer funktionskrav och att det åligger entreprenören att projektera, bygga och färdigställa. Det tydliggörs i förfrågningsunderlaget där det bl.a. anges att det står anbudsgivaren fritt att planera och välja konstruktion och utförande. Det står också att beskrivningen är en kortfattad rambeskrivning utan mängduppgifter men i vissa med fall förslag till utförande och material. Skrivningen om en fribärande konstruktion är ett förslag till utförande och det står entreprenören fritt att välja ett annat så länge funktionen garanteras.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM

Påståendet att anbudssammanställningen är otydlig och ofullständig

Eftersom det är fråga om en totalentreprenad som anger funktion har SFV bedömt att vissa delar inte ger något mervärde vid utvärderingen. Det är dock Tornum som jämförelsevis har tjänat mest på sammanställningen. Vad gäller torkkapacitet har denna i praktiken bedömts lika. När det gäller tak på fickor har Antti vid den muntliga genomgången förklarat att dessa ingår. Vad gäller lagringsvolym bör det förtydligas att 1 000 kr/m³ är SFV:s uppskattning av värdet på lagringsutrymmet. Antagandet är inte kontroversiellt. När det gäller temperaturangivare anses alla anbudsgivare uppfylla grundkraven. Tornums transportörer är redovisade under rubriken kedjetransportörer. SFV måste ha visst utrymme att bedöma de funktioner som har efterfrågats.

Påståendet att Tornum har lidit skada

Den enda omständighet som teoretiskt hade kunnat innebära skada för Tornum är om SFV hade antagit ett orent anbud i stället för Tornums. Det finns dock inget som talar för att Tornum i sådana fall hade haft det vinnande anbudet. Det är inte sannolikt att Tornum skulle ha lidit skada.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 gjorts.

Utredningen i målet

På sidan 2 i anbudsförfrågan anges bl.a. följande. Följande kriterier, angivna i rangordning, kommer att ingå vid bedömningen för antagande av anbud: erfarenhet från liknande projekt, referensprojekt, SFV:s erfarenhet från tidigare samarbete med entreprenören (i förekommande fall), projektorganisation, drift- och underhållsekonomi, miljöpåverkan, estetik, funktion, miljöarbete, kvalitetsarbete, pris.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande under rubriken "Allmänt". Totalentreprenaden omfattar leverans av komplett spannmålsanläggning inklusive byggnad. Det står anbudsgivaren fritt att planera och välja utrustning, konstruktion och utförande av denna anläggning.

Under "Typ av beskrivning" anges bl.a. att beskrivningen är upprättad som en kortfattad rambeskrivning utan mängduppgifter men i vissa fall förslag till utförande och material. Det anges vidare att om inget annat framgår av förfrågningsunderlaget ska entreprenör ansvara för detaljprojektering, utförande och montage.

Under rubriken "Allmänna krav" anges bl.a. följande. Beställaren äger ensam rätt att avgöra om avvikande alternativa förslag är likvärdiga med de i handlingarna presenterade förslagen.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han eller hon grundar sin talan och att domstolens prövning i princip är begränsad till de grunder som parten har åberopat.

Till att börja med angriper Tornum tilldelningsbeslutets utformning och menar att SFV inte har angett skälen för beslutet i tillräcklig utsträckning.

Förvaltningsrätten anser i likhet med SFV att underrättelsen om beslutet består av tre delar: ett följebrev, en anbudsutvärdering och en ekonomisk sammanställning. Tillsammans får dessa dokument anses uppfylla de krav

på motivering som ställs i 9 kap. 9 § första stycket LOU. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund saknas därför.

Tornum angriper vidare de utvärderingskriterier som SFV har angett i anbudsförfrågan och menar att dessa är oförutsägbara. Bolaget hävdar att det inte går att avgöra vad som värderas inom varje kriterium och att SFV vid utvärderingen har använt underkriterier utan att det framgår av anbudsförfrågan. Bolaget menar också att anbudsförfrågan är oförutsägbar då det inte framgår hur SFV kommer att bedöma om en viss lösning är likvärdig med de förslag som anges i förfrågningsunderlaget.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska 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 bl.a. av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. I samma avgörande anges 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.

Förvaltningsrätten delar Tornums uppfattning att utvärderingskriterierna i anbudsförfrågan är mycket allmänt hållna. Det framgår inte vad som avses med begrepp som erfarenhet från liknande projekt, projektorganisation, drift- och underhållsekonomi, estetik, funktion och kvalitetsarbete. Det går inte att finna någon närmare beskrivning av kriterierna och det finns ingen information om hur anbuderna kommer att utvärderas med avseende på varje kriterium. Underkriterier finns inte angivna. Kriterierna lämnar därför stort utrymme för skönmässiga bedömningar vid anbudsutvärderingen.

Som Tornum påpekar saknar förfrågningsunderlaget information om hur SFV kommer att avgöra om en leverantörs lösning i något avseende är likvärdig med den som SFV har föreslagit. Utan sådana hållpunkter lämnar anbudsfrågan även här utrymme för skönsmässiga bedömningar.

Vid utvärderingen tycks SFV ha använt vissa underkriterier. SFV anger tydligt att hänsyn har tagits till att Antti har en kompakt och yteffektiv planlösning, enklare logistik, industrikvalitet på ingående delar och mindre skötselbehov. Dessa kriterier framgår inte av förfrågningsunderlaget och leverantörerna har inte kunnat anpassa sina anbud efter dem.

Förvaltningsrätten kommer till slutsatsen att SFV:s anbudsfrågan och förfrågningsunderlag inte är transparenta och förutsägbara. De kan inte anses garantera likabehandling av leverantörerna och de skapar utrymme för skönsmässiga bedömningar. Tornum har lidit skada eftersom bolaget inte har kunnat utforma sitt anbud efter de utvärderingskriterier som har tillämpats. Det finns därmed förutsättningar för ett ingripande enligt LOU. Vid denna bedömning har förvaltningsrätten inte skäl att pröva de andra anmärkningar som Tornum har riktat mot upphandlingen.

Upphandlingens brister är hänförliga till anbudsfrågan och förfrågningsunderlaget och de kan inte avhjälpas genom rättelse. Det kan nämligen inte uteslutas att andra leverantörer än Tornum, Antti och Novab har avstått från att lämna anbud på grund av underlagets utformning. Upphandlingen ska därför göras om.

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


Ulrika Melin
Rådman

Föredragande har varit Johan Jansson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU