



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-12-15
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 42255-10
 Enhet 13

SÖKANDE

Tage & Söner Byggnads AB, 556118-4440
 Rödkullsvägen 4
 302 41 Halmstad

MOTPART

Statens Fastighetsverk
 Box 2263
 103 16 Stockholm

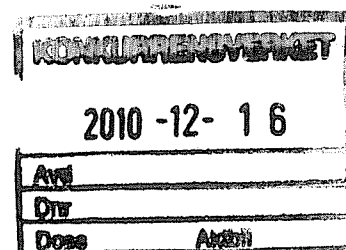
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 12 oktober 2010 upphör härmed att gälla.



Dok.Id 77274

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 upphandling, rubricerad Hyresgäst Anpassning Halmstad Slott, i form av förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU. Upphandlingen avser en utförandeentreprenad som upphandlas som generalentreprenad.

SFV har den 30 september 2010 meddelat att anbud från annan anbudsgivare (ByggSjögren i Halmstad AB) än Tage & Söner Byggnads AB (Bolaget) har lämnat det förmånligaste anbudet och därför antagits.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett. Rättelse ska ske på så sätt att SFV ska förpliktas göra om anbudsutvärderingen och då enbart beakta den referens ByggSjögren i Halmstad AB (ByggSjögen) angett i det ursprungliga anbudet. Bolaget anför i huvudsak följande. En komplettering får inte medföra att nya uppgifter tillförs anbudet och redan att kontakt tas med anbudsgivare i detta syfte är ett brott mot likabehandlingsprincipen. Det framgår av dom från Kammarrätten i Jönköping den 25 september 2009, mål 2467-09. Uppgifter som helt utelämnats i anbud kan inte heller förtydligas med stöd av LOU, se Kammarrätten i Stockholms dom den 17 juni 2008, mål nr 3378-08. Det har inte någon betydelse om uppgifterna som myndigheten inhämtar avser kvalificeringskrav eller utvärderingskriterier. SFV har uppmanat ByggSjögren att komplettera sitt anbud med ytterligare referenser. ByggSjögren har kompletterat, och utökat sina referensprojekt, till fyra stycken och utöver tidigare redovisad projektorganisation redovisat en platschef. SFV:s uppmaning till komplettering har gått utöver den möjlighet till rättelse och komplettering som framgår av LOU. Det har givetvis inneburit en särbehandling av ByggSjögren. De nya uppgifter som inhämtats har påverkat tilldelningen av kontraktet.

ByggSjögren har totalt erhållit 46,750 poäng i utvärderingen och Bolaget totalt 46,727 poäng. Om SFV utvärderat ByggSjögrens anbud utan beaktande av de otillåtna kompletteringarna hade ByggSjögren maximalt erhållit 44,250 poäng och Bolagets anbud varit vinnande. SFV:s agerande att uppta ByggSjögrens anbud till utvärdering med beaktande av kompletteringar strider mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. Som en konsekvens av SFV:s agerande har Bolaget lida skada.

Bolaget bestrider att bestämmelsen i 15 kap. 12 § LOU är tillämplig i detta fall. Bestämmelsen är inte avsedd att läka brister i form av avsaknade handlingar utan uppgifter som redan lämnats i anbud ska kunna korrigeras, förutsatt att de är uppenbart fel. Den påstådda tillåtna rättelsen får en direkt diskriminerande effekt eftersom den medför att ett anbud som skulle diskvalificeras/förkastas tas upp till prövning. En grundläggande förutsättning för att en upphandlande myndighet ska uppta förhandlingar om en omständighet är att den finns angiven i anbuden. I denna upphandling har helt nya uppgifter tillförts genom SFV:s agerande. Det står i direkt strid med likabehandlingsprincipen. Rätten att förhandla har inte bäring på den fråga som nu är under prövning.

SFV bestrider rättelse i form av förnyad anbudsutvärdering och uppger i huvudsak följande. Upphandlingen ligger under tröskelvärdet vilket bland annat innebär att det finns möjligheter till komplettering av ett anbud inom vissa ramar enligt 15 och 16 kap. LOU. Det finns enligt 15 kap. 12 § LOU möjlighet för myndigheten att begära förtydliganden och kompletteringar om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Att en myndighet ställer frågor eller stämmer av att en anbudsgivare uppfattat anbudsunderlaget på rätt sätt kan inte anses strida mot den bestämmelsen. I detta fall har den vinnande anbudsgivaren uppmärksamats på att det fanns möjlighet att lämna upp till tre referenser vilket denne förbiset vid inlämnandet. Av praxis kan bland annat utläsas att en komplettering är tillåten så länge den inte innebär någon förändring av förfrågnings-

underlaget och det har inte skett. Av förfrågningsunderlaget kan utläsas att angivande av referenser är en värderingsgrund vid prövningen av anbuderna och inte ett skallkrav som skall beaktas vid kvalificeringsfasen. Eftersom båda anbudsgivarna därmed haft möjlighet att lämna upp till tre referenser är det SFV:s uppfattning att de behandlats lika och haft samma förutsättningar. Kompletteringen har inte inneburit någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. De kompletterade referenserna fanns redan men var inte upptagna i handlingarna. Här kan jämföras med att det i praxis även uttalats att om underlaget redan finns tillgängligt hos en myndighet, innan anbudstidens utgång men saknas i anbudet, så är det tillåtet att komplettera med det underlaget.

Det Bolaget anser vara en "komplettering" kan likväl vara att betrakta som rättelse av ett uppenbart fel enligt 15 kap. 12 § LOU eller ett resultat av en godtagbar förhandling enligt 2 kap. 24 § samma lag. Kompletteringen med ytterligare två referenser faller inom ramen för möjligheten att rätta ett uppenbart fel. I en upphandling som rör ett förenklat förfarande finns även en möjlighet för myndigheten att förhandla med en eller flera anbudsgivare. Om ett anbud inte uppfyller skallkraven så ska det förkastas redan i kvalificeringsfasen vilket innebär att det aldrig kommer att finnas möjlighet att förhandla om kraven. Om det däremot är ett "börkrav eller annat önskemål" så finns det möjlighet att förhandla under utvärderingsfasen och begäran om komplettering i dessa fall faller inom ramen för en myndighets möjlighet att förhandla. Tanken med en förhandling är just att det skall kunna påverka vem som tilldelas kontraktet. Det finns inte några direkta bestämmelser för hur förhandlingar får föras men förhandlingarna kan avse alla avtalsvillkor inklusive pris och till och med mindre ändringar av förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Göteborgs mål 926-09). ByggSjögren har inte fått någon information om att de måste lämna ytterligare referenser, eller referenser med visst värde, för att deras anbud ska antas i stället för Bolagets.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Under rubriken AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud i förfrågningsunderlaget anges bl. a. att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas, projektorganisation utgör kriterie 2 och referensuppdrag utgör kriterie 3 och vid utvärderingen kommer de båda att viktas till 25 procent vid bedömningen.

Vidare anges att båda kriterierna kan ge maximalt 50,00 poäng. När det gäller projektorganisation för projektet bedöms kompetens samt erfarenhet av kulturfastigheter för tilltänkt projektorganisation (max tre personer, där någon av de tre kan bli aktuell som arbetsledare). CV för angiven arbetsledning ska bifogas enligt anbudsformulär.

Vad avser referensuppdrag bedöms tidigare genomförda referensuppdrag (max tre uppdrag) efter kontakt med för uppdraget angiven referensperson enligt bilaga AF/1. Referensuppdrag skall vara utförda inom den senaste 3-årsperioden och ha olika referenspersoner. Referenspersoner kommer att kontaktas via e-post under v 25, 2010. Svar skall ha inkommit till beställaren senast under v 26, 2010 för att beaktas. Det åligger anbudsgivare att före anbudstidens utgång ha kontakt med sin referens för att säkerställa svar.

För båda kriterierna gäller att mycket bra genomförande kan ge max 40.00 poäng, bra max 30.00, acceptabelt max 25.00 och mindre bra genomförande kan ge max 15.00 poäng.

Slutpoäng är medelvärdet för angivna arbetsledare respektive referensuppdrag ökat med 5 poäng för två arbetsledare respektive uppdrag och

10 poäng för tre arbetsledare eller referensuppdrag.

DOMSKÄL

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

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 2 § LOU anges 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 15 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att några bestämmelser som närmare reglerar när förtydliganden eller kompletteringar får användas eller hur myndigheten då ska förfara inte finns. Det krävs emellertid att den upphandlande myndigheten genom sitt agerande inte bryter mot de grundläggande upphandlingsprinciperna.

Generaladvokaten Lenz har i förslag till avgörande i mål C-87/94 uttalat bl.a. följande beträffande begreppen "förtydligande" (precisering) respektive "komplettering".

"Från semantisk utgångspunkt anser jag att termen 'precisera', som används i rådets och kommissionens gemensamma förklaring, måste förstås i

meningen att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Vad gäller den andra termen i det gemensamma uttalandet, nämligen 'komplettera', ser jag det som att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt. Denna reflektion att varken preciseringar eller kompletteringar har till följd att tidigare fakta ersätts av nya, stöds av den objektiva reflektionen att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare.”

Bolaget åberopar som grund för begäran om överprövning att SFV berett ByggSjögren tillfälle att komma in med ytterligare referenser och har hänvisat till avgöranden i vilka varit fråga om kompletteringar av skall-krav efter anbudstidens utgång respektive om ett skall-krav som helt utelämnats i ett anbud kan bli föremål för förtydligande. Förvaltningsrätten uppfattar inte att begäran om överprövning avser huruvida ByggSjögren har uppfyllt skall-krav när det gäller projektorganisation och referensuppdrag. Åberopade avgöranden har därmed inte avsett samma omständigheter som är föremål för prövning i detta mål. Fråga i målet är om upphandlande myndighet i utvärderingsfasen kan kontakta en anbudsgivare som trots möjligheten att lämna max tre referenser enbart lämnat en.

SFV hävdar att den vinnande anbudsgivaren har uppmärksamats på att det fanns möjlighet att lämna upp till tre referenser vilket förbisetts vid inlämnandet.

Att det avseende utvärderingen av projektorganisation och referensuppdrag, utvärderingskriterie 2 och 3, får anges max tre arbetsledande personer respektive tidigare genomförda uppdrag innebär i sig att det finns en valmöjlighet att lämna en, två eller totalt tre namn eller referensuppdrag. Uppgiften om hur slutpoängen ska beräknas kan inte läsas på annat sätt än

att två och tre angivna namn eller referensuppdrag ger extra poäng utöver poängen som varje arbetsledare respektive referensuppdrag betygssatts med utifrån angiven poängskala 15-40. Det har med andra ord betydelse för slutpoängen för kriterie 2 och 3 hur många personer respektive referensuppdrag som angetts. Oavsett detta är det alltså möjligt för varje anbudslämnare att ange, och få delta i utvärderingen med, max tre namn eller referensuppdrag. Någon dokumentation som visar på vilket sätt SFV kontaktat ByggSjögren och vad som vid kontakten överenskommit finns inte tillgänglig för förvaltningsrätten. Att SFV kontaktat ByggSjögren är emellertid ostridigt.

Förvaltningsrätten konstaterar att ByggSjögren, sedan SFV kontaktat dem, lämnat det maximala antalet referenser som upphandlingen tillåter och som alla potentiella anbudsgivare har anledning att räkna med att övriga anbudsgivare lämnar. Förvaltningsrätten finner emellertid att ByggSjögren därigenom inte ersatt några tidigare uppgifter. De lämnade uppgifterna får i stället anses innebära att ByggSjögren kompletterat sitt anbud på ett sätt som ryms inom 15 kap. 12 § LOU. Kompletteringen har inte inneburit någon särbehandling eller konkurrensbegränsning i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner följaktligen att skäl för ingripande enligt LOU inte kan anses föreligga på de av Bolaget anförda grunderna. Bolagets ansökan ska därför avslås och det interimistiska beslutet upphävas.

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



Anna Lönnestav

rådman

Föredragande har varit Kerstin Sandin.



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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 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 uppges sitt namn, adress och telefonnummer.