FÖRVALTNINGSRÄTTEN I JÖNKÖPING

DOM
2016-03-23
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
6105-15

SÖKANDE
Informationsbyggarna AB, 556859-1027
Barnarpsgatan 54
553 16 Jönköping

MOTPART
Regionen Jönköpings län, Upphandlingsenheten
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaterna Thomas Svedberg och Björn Lind
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Förordnandet i denna dom ska verkställas samtidigt och gemensamt med verkställandet av förordnandet i Kammarrätten i Jönköpings dom den 21 december 2015 i mål nr 2645-15.

BAKGRUND

Regionen Jönköpings län (regionen) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande som benämns Uppritning av objektmodeller i Revit (refnr: RJL 2015/2310). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Informationsbyggarna AB (bolaget) antagits. Bolaget har ansökt om överprövning.

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

Telefax
036-15 66 55

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Förfrågningsunderlaget

Upphandlingens föremål och formerna för anbudsgivning

Regionfastigheter i Jönköping ansvarar för förvaltning och drift av regionens fastigheter som omfattar cirka en halv miljon kvadratmeter. Vid nyproduktion kräver regionfastigheter idag objektorienterade Cad-modeller, vilket ger förutsättningar för förvaltningstekniska mervärden. För att till fullo kunna åtnjuta dessa mervärden behöver regionfastigheter omvandla ett stort antal 2D-ritningar till objektorienterade ritningar. Idag finns redan Värnamo och Eksjö sjukhusområden i objektorienterade ritningar. Uppdraget i denna upphandling innebär att genomföra uppritning av kvarvarande befintligt fastighetsbestånd för bl.a. Ryhov till objektmodeller i Revit. Uppritning ska ske efter befintligt ritningsmaterial. Objektmodellerna ska bl.a. användas för att koppla ytor till fastighetssystemet Landlord, men också för att öka användningen av BIM i Regionfastigheters olika byggprojekt. Objekten som ingår i upphandlingen är ca 315 000 kvm BTA enligt bifogad förteckning i bilagan Ytor och ca 70 000 kvm inhyrda lokaler. Avsedd avtalsperiod är tio månader, med möjlighet till maximalt två månaders förlängning, från avtalets undertecknande av båda parter, dock tidigast fr.o.m. den 25 januari 2016. Anbud ska lämnas för hela uppdraget.

Anbudsprövningen

Anbudsprövningen sker i två steg

1. Kvalificering av anbudsgivare och anbud
2. Utvärdering av anbud.

Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal krav som är obligatoriska. Kvalificeringen innebär en kontroll av att anbudsgivaren uppfyller samtliga obligatoriska krav avseende både företaget och efterfrågad tjänst. Därutöver kontrolleras att anbudet uppfyller samtliga formella krav. De anbud som uppfyller kraven i kvalificeringsfasen kommer att gå vidare till utvärderingsfasen. Vid utvärderingen prövas vilket/vilka anbud som bäst

uppfyller utvärderingskriterierna. Anbudsgivare ska, på begäran, muntligen kunna presentera sitt anbud och offererad tjänst för regionen. Presentationen ska visa tillgängliga resurser samt kompetens och erfarenheter samt förutsättningarna för uppdragets genomförande. Regionen kommer att utvärdera kvalificerade anbud utifrån följande utvärderingskriterier:

- Anbudspris
- Kvalitet avseende arbetsmetodik

Regionen kommer att använda mervärdesmodellen som utvärderingsmodell. Mervärdesmodellen innebär att de kvalitativa egenskaper (utvärderingskriterier) som regionen värdesätter tillmäts ett värde i kronor, d.v.s. ett fiktivt prisavdrag. Den anbudsgivare som efter utvärderingen har det lägsta justerade priset (utvärderingspris) kommer att antas. Samtliga angivna mervärden kan vid utvärdering, i enlighet med 12 kap. 2 § LOU, komma att justeras inom intervallet +/- 5 procent. De priser som anbudsgivarna lämnat i anbuden (och inte de justerade priserna) är de som kommer att tillämpas vid köp/avrop.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett, varvid anbudet från den vinnande anbudsgivaren Astacus AB ska förkastas. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Regionen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget: Regionen har redan genomfört ett upphandlingsförfarande avseende uppritning av verksamhetens byggnader (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/908). Detta upphandlingsförfarande utmynnade i att bola-

get tilldelades kontrakt. Under den överprövningsprocess som pågår i kammarrätten (mål nr 2645-15) går tiden för uppdraget mot sitt slut (den 31 december 2015). Regionen anser sig, genom en olycklig formulering i förfrågningsunderlaget, ha låst fast sig vid detta datum som slutdatum för projektet. Det leder till att regionen inleder ett nytt upphandlingsförande (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/2310) utifrån ett förfrågningsunder som är identiskt med förfrågningsunderlaget från det tidigare upphandlingsförfarandet, med undantag för att tiden för uppdraget skjutits fram. I den senare upphandlingen har Astacus AB lämnat ett nytt anbud där dels priset har justerats nedåt, dels redovisningen för hur kvaliteten i projektet ska skötas har justerats. Dessa förändringar har medfört att Astacus AB tilldelats kontrakt.

Regionen har inte avbrutit det tidigare upphandlingsförfarandet (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/908). Bolaget har därmed alltjämt tilldelats kontraktet och äger rätt att teckna avtal. Regionen har felaktigt genomfört ett nytt upphandlingsförfarande (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/2310). Regionen skulle rätteligen ha avvaktat kammarrättens prövning i mål nr 2645-15 och överlåtit åt domstolen att avgöra om angivet slutdatum påverkar kontraktet.

Det senare upphandlingsförfarandet har exakt samma förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell som det tidigare upphandlingsförfarandet. Genom att i det första tilldelningsbeslutet redovisa priser och poäng har regionen pressat priserna. Detta är ett olämpligt förfarande. Genom att inte tilldelas kontrakt i enlighet med det tidigare upphandlingsförfarandet lider bolaget skada.

Mot bakgrund av Kammarrätten i Jönköpings dom den 21 december 2015 i mål nr 2645-15 samt att den prövade upphandlingen är identisk med den nu aktuella, bör även den nu aktuella upphandlingen göras om.

Regionen: I det tidigare upphandlingsförfarandet (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/908) var den avgivna avtalsperioden augusti–december 2015. I den nu aktuella upphandlingen (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/2310) är den angivna avtalsperioden tio månader från avtalets tecknande; dock tidigast fr.o.m. den 25 januari 2016. Det är alltså fråga om en ny avtalstid och därmed är det också fråga om en helt ny upphandling. De anbud som regionen har att utvärdera i den aktuella upphandlingen är de anbud som givits in inom ramen för det senare anbudsförfarandet (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/2310). Hur Astacus AB:s – eller för den delen bolagets – anbud såg ut i den tidigare upphandlingen saknar betydelse.

Kammarrätten i Jönköping har den 21 december 2015 meddelat dom i mål nr 2645-15 och förordnat att upphandlingen ska göras om. Det tidigare upphandlingsförfarandet (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/908) är därför överspelat och det finns således inget gällande tilldelningsbeslut enligt vilket bolaget ska tilldelas kontrakt.

Mot bakgrund av vad bolaget gör gällande avseende kammarrättens ovan nämnda dom bör beaktas att regionen kompletterat förfrågningsunderlaget i det senare upphandlingsförförfarandet (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/2310) med angivande av nivåer på prisavdrag avseende arbetsmetodik, vilket innebär att förfrågningsunderlaget i den nu aktuella upphandlingen är helt i överensstämmelse med kammarrättens dom. Någon kvarstående brist finns således inte.

Under alla omständigheter kan det konstateras att bolaget inte lidit någon skada med anledning av den påstådda bristen i förfrågningsunderlaget. Trots att bolaget erhållit fullt prisavdrag hade man inte tilldelats kontraktet även om Astacus AB inte fått något avdrag alls. Att bolaget skulle kunna lida skada av den påstådda bristen är därför uteslutet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att den upphandlande myndigheten kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval"). Tilldel-

ningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Utredning

Kammarrätten i Jönköping har i dom den 21 december 2015 i mål nr 2645-15 uttalat bl.a. följande:

> Frågan i målet är om den utvärderingsmodell som har använts har inneburit en fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten.
>
> Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingskriterierna är anbudspris och kvalitet avseende arbetsmetodik. Vidare framgår att ett fiktivt prisavdrag kommer att göras och att avdragets storlek är kopplat till vilket mervärde arbetsmetodiken bedömts ha. Det finns inga principiella hinder mor att använda en s.k. mervärdesmodell. I den aktuella mervärdesmodellen saknas dock tydligt ledning för vad anbudsgivaren har att uppfylla för att få ett visst mervärde som i sin tur genererar ett visst prisavdrag. Enligt kammarrättens mening framgår det därför inte tillräckligt tydligt av förfrågningsunderlaget vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Kammarrätten anser att förfrågningsunderlaget har öppnat för en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av presumtiva leverantörer.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Kammarrätten har i den ovan redovisade domen förordnat att upphandlingen enligt det tidigare upphandlingsförfarandet (Uppritning av objektmodeller i Revit, RJL 2015/908) ska göras om. Frågan är vilken betydelse det har för

prövningen i detta mål som avser ett senare upphandlingsförfarande avseende motsvarande leverans, men under en annan avtalsperiod.
Enligt förvaltningsrätten mening har regionens åtgärd att inleda ett nytt upphandlingsförfarande avseende väsentligen samma arbete innan det tidigare upphandlingsförfarandet avslutats, medfört att förutsättningarna för att lämna anbud blivit så oklara att det tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU åsidosatts. Hur inkomna anbud hade sett ut ifall felet i upphandlingen inte förekommit kan inte utrönas. Felet i upphandlingen kan därför ha påverkat bolagets chanser att tilldelas kontrakt negativt. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att regionen brutit mot LOU på sätt som medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Bedömningen ovan innebär att det finns grund för ett ingripande med stöd av LOU. Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas är rättelse inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om. Förordnandet i denna dom ska verkställas samtidigt och gemensamt med verkställandet av förordnandet i Kammarrätten i Jönköpings dom den 21 december 2015 i mål nr 2645-15.

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

Thorbjörn Lindvall

Föredragande har varit Ulf Nordberg.

SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 3109/1 D LOU• Producerat av Domstolsverket • 2015-08