



SÖKANDE

Sandbäckens rör i Norrköping AB, 556583-0634

Ombud: Advokat Finn Stenström
Advokatfirman Glimstedt Östergötland KB

MOTPART

Östergötlands läns landsting, 232100-0040

Ombud: Advokat Walter Sköldstam
Annot Advokatbyrå AB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019 11 01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om. Med upphandlingen avses teknikområde rör för samtliga anbudsområden.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Östergötlands läns landsting (Beställaren) genomför upphandling av *Ramavtal för Projektgenomförande av nybyggnation samt om- och tillbyggnationer, dnr UC-2018-298*, som ett öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingen är uppdelad i tre anbudsområden; *Centrala, Öster* och *Väster*. I varje anbudsområde ingår teknikområdena *Bygg, Rör, El* och *Ventilation*. Anbud kan lämnas på ett eller flera anbudsområden samt ett eller flera teknikområden per anbudsområde. Om antalet kvalificerade anbudsgivare tillåter kommer ramavtal att tecknas med tre leverantörer per teknikområde för anbudsområde *Öster* och med två leverantörer per teknikområde för vardera anbudsområdena *Centrala* och *Väster*. Sista anbudsdag enligt det ursprungliga

förfarandet var den 3 februari 2019. Den 19 februari meddelade Beställaren samtliga anbudsgivare att till följd av att inga lämpliga anbud inkommit i Upphandlingen så övergår Beställaren till förhandlat förfarande enligt 6 kap. 12 § LOU. Med anledning av övergången upplyste Beställaren också om att sista dag för att inkomma med svar på av Beställaren ställda frågor var den 26 februari 2019. Av tilldelningsbeslut meddelat den 30 april 2019 framgår att Sandbäckens rör i Norrköping AB (Bolaget) lämnat anbud för samtliga anbudsområden för teknikområde *Rör* och rangordnats på tredje plats för anbudsområde *Öster* och på andra plats för anbudsområde *Väster*. Beträffande anbudsområde *Centrala* tilldelades Bolaget inte ramavtal.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen såvitt avser teknikområde rör för samtliga anbudsområden (Upphandlingen) och yrkar i första hand att en ny utvärdering ska företas där anbuderna från Månsson Rör Värmepumpar AB och Assemblin VS AB inte beaktas. I andra hand yrkas att Upphandlingen ska göras om.

Beställaren motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Beställaren har i Upphandlingen övergått från öppet till förhandlat förfarande. En upphandlande myndighet får endast använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt. Enligt fastlagd praxis åligger det den upphandlande myndigheten att förklara och visa på omständigheter som motiverat att förhandlat förfarande använts. Beställaren har inte i någon mån förklarat

eller visat på sådana omständigheter eller redovisat varför den bedömt att lämpliga anbud skulle ha saknats. Det tillkommer att utrymmet för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är mycket begränsat. Tillämpning därav får endast ske restriktivt. Bolaget kan inte se att förutsättningar för användande av förhandlat förfarande i detta fall skulle kunna vara uppfyllda.

Vidare gäller de grundläggande principer som anges i 4 kap. 1 § LOU under hela upphandlingsförfarandet. Det innebär att principerna även gäller vid övergång till förhandlat förfarande enligt 6 kap. 12 § LOU. Såvitt framkommit har Beställaren efter övergången till förhandlat förfarande kommunicerat direkt med enskilda anbudsgivare, utan insyn för övriga anbudsgivare. *Frågor och svar* har inte publicerats eller gjorts tillgängliga generellt efter att Beställaren beslutade om att gå över till förhandlat förfarande den 19 februari 2019. Förfarandet har stått i strid med likabehandlingsprincipen.

En väsentlig del av likabehandlingsprincipen är vidare att samtliga anbudsgivare erhåller identisk information om upphandlingen. Enligt Bolagets uppfattning har Beställarens förfarande medfört risk för att anbudsgivare fått ett informationsövertag gentemot annan anbudsgivare. I detta fallet skulle ett sådant informationsövertag få en särskilt väsentlig betydelse vid användande av information inför eller vid den muntliga presentation som ingått i Upphandlingen och som haft stor betydelse vid utvärderingen.

Därtill ska upphandlingsdokumentet vara utformat på ett så klart och tydligt sätt att en anbudsgivare på ett enkelt sätt kan förstå vilka uppgifter som efterfrågas och som kommer att ligga till grund för utvärderingen. Tilldelningskriterierna i upphandlingsdokumentet är vagt hållna och ger inte vägledning för hur poängsättningen konkret ska gå till.

Beställaren anför i målet att de omdömen som lämnats innefattar en tydlig koppling mellan de omdömen som Bolaget erhållit och de poäng som man fått. Bolaget kan inte se att någon sådan koppling överhuvudtaget finns. De omdömen som Bolaget fått är som följer:

”God presentation. Bra svar gällande lösningar och besparingar för RÖ. Sämre svar på Garantiärenden. Bra med vårdverksamhet i fokus och medvetenhet om de risker som ex falsklarm och buller medför. Saknar lite konkreta åtgärdsförslag. Redogör tydligt för frågor/områden som är efterfrågade förutom garantier.”

Det kan konstateras att bedömningen överhuvudtaget inte berör *samarbete och samverkan*. Inte heller berörs frågan om *erforderliga inköp* och hur detta arbete organiseras och genomförs. I bedömningen anges ”Sämre svar på Garantiärenden”. Vilka garantiärenden det är fråga om och vilken koppling detta skulle ha till ärenden under *garantitid* är oklart. Bedömning *av plan för hur åtgärder hanteras under garantitiden* saknas fullständigt. *Tidsplanering och tidsstyrning* omnämns överhuvudtaget inte. Slutligen kan konstateras att inte heller *utvärdering av möjliga tekniska lösningar eller teknikutveckling* omnämns.

Mot bakgrund av ovan kan konstateras att de omdömen som Beställaren påstått vara tydligt kopplade till de relevanta kriterierna i Upphandlingen för poängsättning inte upptar någon klar eller relevant referens till de angivna kriterierna överhuvudtaget. Det är vidare inte möjligt att sluta sig till hur Beställaren har utvärderat anbuden i enlighet med vad som har angivits i upphandlingsdokumentet och att alla anbudsgivare behandlats lika. Bris-terna i upphandlingsdokumentet har dels försvårat för leverantörerna att ge ett konkurrenskraftigt anbud, dels inneburit att det getts utrymme för en godtycklig bedömning vid anbudsutvärderingen.

Enligt upphandlingsdokumentet skulle referensprojekt anges för *”två avslutade entreprenader som anbudsgivaren svarat för inom respektive teknikområde som anbudet avser”*. Det framgår vidare av Upphandlingsdokumentet att entreprenaderna *”ska vara avslutade de senaste fem åren räknat från tidpunkten för anbudets avlämnande med godkänd slutbesiktning”*. Kraven har utgjort obligatoriska krav i Upphandlingen.

Månsson Rör Värmepumpar AB (Månsson) har den 26 februari 2019, dvs. långt efter att den ordinarie anbudstiden löpt ut, gett in handling till Beställaren. I förhållande till aktuell handling kan för det första konstateras att den inte utformats i enlighet med *AUB. 31* i Upphandlingsföreskrifterna enligt vilken bestämmelse *”anbud ska vara komplett och innehålla samtliga begärda uppgifter i föreskriven form”*. Det kan konstateras att handlingen inte varit i överensstämmelse med *AUB. 31* eftersom uppgift om referensprojekt skulle lämnas i ett särskilt formulär i Tendsign. Månsson har frångått detta och har istället gett in ett eget formulär. Detta har stått i strid med Upphandlingsdokumentet. Det följer av upphandlingsdokumentet att anbud som avviker på sådant sätt *”kommer att förkastas”*. Det är heller inte som Beställaren påstår fråga om att Månsson gett in bilaga till anvisat formulär, utan Månsson har gett in ett eget dokument oberoende av de filer och formulär som det hänvisas till i upphandlingsdokumentet. Vidare kan konstateras att Månsson i handlingen lämnat information som rätteligen inte skulle ha lämnats enligt Upphandlingsföreskrifterna. Att låta Månsson lämna uppgifterna står i strid med likabehandlingsprincipen. Det ska även understrykas att enligt Upphandlingsföreskrifterna, *AUB. 31*, så gäller att anbud som avviker från bestämmelsen ska förkastas. Månsson har inkommit med anbud som avviker från formaliakraven i bestämmelsen i *AUB. 31*. Det kan således konstateras att Månssons anbud redan av denna anledning avvikit från obligatoriskt krav i Upphandlingen.

Det framgår inte heller av ingiven handling att entreprenaden för referensprojekt 1 skulle vara godkänd vid slutbesiktning. Istället anges i handlingen att entreprenaden ”tagits i drift”. Att entreprenaden tagits i drift är inte detsamma som att den godkänns vid slutbesiktning. Även av denna anledning skulle Månssons anbud ha förkastats.

I anslutning till ovan kan, vid en jämförelse mellan information som Månsson lämnat avseende referensprojekt före respektive efter anbudstidens utgång, konstateras att mycket väsentliga ändringar och tillägg har gjorts. Det är inte på något sätt fråga om information av förtydligande karaktär, utan Månsson har lämnat uppgifter om helt andra projekt än de som först angivits.

Även såvitt avser uppgift om referenspersoner har Månsson lämnat nya uppgifter efter anbudstidens utgång. En handling har såvitt Bolaget uppfattat getts in före anbudstidens utgång, medan en annan handling getts in efter övergången till förhandlat förfarande.

Vidare skickade Månsson den 19 februari 2019 till Beställaren följande meddelande i förhållande till fråga om referensprojekt:

”Hoppas jag få en 'hint' om följande utförda projekt klassas rätt i er bedömning.

70002450 US Plan 10 Dialys Njurmed Reumat mott

70002766 ViN Ombyggnad för CM IT”

Beställaren har, utan att ha tagit del av konkreta uppgifter och sådan information som enligt upphandlingsdokumentet skulle tillhandahållas avseende referensprojekt, svarat Månsson att Beställaren avsåg godta ett av de potentiella referensprojekten. Förfarandet kan inte stå i överensstämmelse varken med transparensprincipen eller likabehandlingsprincipen.

Detta eftersom det är tydligt dels att det inte går att kontrollera att upphandlingsförfarandet varit opartiskt när Beställaren tagit ställning till kvalifikationskrav utan att ha fått in fullständiga uppgifter enligt Upphandlingsdokument samt vidare synes ha frångått frist som uppställts för samtliga anbudsgivare för att istället lämna stöd underhand till Månsson såvitt avser uppfyllande av obligatoriska krav, dels eftersom det är tydligt att anbudsgivarna inte har behandlats lika eller har haft samma förutsättningar. Istället är det enligt Bolagets uppfattning fråga om en klar överträdelse av de grundläggande principer som LOU baseras på.

Därtill så skulle referensprojekt enligt upphandlingsdokumentet avse *”entreprenader för om- eller tillbyggnad av lokaler för vårdverksamhet på sjukhus eller likvärdigt (exempelvis livsmedelsindustri, läkemedelsindustri, fängelse) med pågående drift i intilliggande verksamhetslokaler.”* Kravet att referensprojekt skulle avse om- eller tillbyggnad vid pågående verksamhet har syftat till att säkerställa att leverantör haft erforderlig organisation och förmåga att klara de påfrestningar och utmaningar som det innebär att arbeta parallellt med pågående vårdverksamhet.

Assemblin VS AB (Assemblin) har som referensprojekt 2 angett *”Ombyggnad av Akuten och Förlossningen Hus 438-439 plan 12”*. Uppgifterna i Assemblins anbud kring referensprojektet är felaktiga. För det första har projektet inte avsett ombyggnation. Projektet har i stället avsett nybyggnation. Vidare fanns i strid med kravet i upphandlingsdokumentet överhuvudtaget inte någon pågående drift i intilliggande verksamhetslokaler. Slutligen har – enligt vad Bolaget erfarit – slutbesiktning för entreprenaden inte hållits den 15 januari 2016, dvs. det datum som Assemblin har angett.

Beställaren anför emellertid nu att kravet på referensprojekt har ändrats genom *Frågor och svar* i Upphandlingen. Enligt det svar som Beställaren har lämnat på fråga skulle krav på referensprojekt ändras på så sätt att även

referensprojekt som avsett nybyggnation tillåtits, liksom kravet på pågående drift i kringliggande verksamhetslokal eventuellt har ändrats (se nedan) till att sådan drift överhuvudtaget inte behövt pågå i samma huskropp som den som anbudsgivare utfört arbete i referensprojekt. I förhållande till frågan om pågående verksamhet är det dock oklart vad Beställaren överhuvudtaget kommunicerat kring detta i Upphandlingen. Den fråga och svar som Beställaren synes hänföra sig till lyder som följer.

”Gällande referensobjekt: Entreprenaderna ska avse om-eller tillbyggnad gällande lokaler för vårdverksamhet på sjukhus eller likvärdigt (exempelvis livsmedelsindustri, läkemedelsindustri, fängelse) med pågående drift i kringliggande verksamhetslokaler. Anses Nybyggnadsprojekt i anslutning till befintlig verksamhet även om byggnaderna fysiskt inte är sammanbundna uppfylla kravet?”

Svar: Ja det räknas även om de inte är fysiskt sammanbundna.”

Av ovan framgår inte hur Beställaren menat att ”befintlig verksamhet” enligt frågan ska förhålla sig till nybyggnationen. Det är även oklart om ”befintlig verksamhet” enligt frågan avsett samma sak som formuleringen ”pågående drift” enligt Upphandlingsdokumentet. Beställarens svar att ”det räknas även om de inte är fysiskt sammanbundna” klargör inte förhållandet.

Vidare föreligger det avvikelser såväl vad gäller av Månssons som av Assemblin angivna referenspersoner i det att referenspersonerna inte lämnats för de relevanta teknikområdena. Likaledes när det gäller Assemblin finns avvikelser vad gäller referenspersoner.

Obligatoriska krav i upphandling får inte efterges. Enligt de allmänna principerna för offentlig upphandling ska, framförallt med hänsyn till likabehandlingsprincipen, istället en upphandlande myndighet förkasta ett anbud som inte uppfyllt ett obligatoriskt krav.

Kravet på referensprojekt och referenspersoner har avsett tidpunkten för anbudstiden enligt upphandlingsdokumentet. En förskjutning av tidpunkten för angivande av referensprojekt och referenspersoner kan ha inneburit att potentiella leverantörer har avstått från att lämna anbud av den anledningen att referensprojekt eller referenspersoner vid relevant tidpunkt inte funnits tillgängliga. När Beställaren gett Månsson och Assemblin möjlighet att inkomma med nya uppgifter i ett sent skede och efter den ordinarie anbudstidens utgång utan att ha kommunicerat detta, har Beställaren uppenbart handlat i strid med intentionerna bakom LOU.

Det ska tilläggas att om Beställaren under Upphandlingens gång övervägt att avvika från ett obligatoriskt krav, såsom kravet på referensprojekt, referensperson eller kravet att ingivna handlingar ska vara i enlighet med Upphandlingsföreskrifterna, så har enligt likabehandlingsprincipen gällt att sådan avvikelse måste kommuniceras med alla leverantörer, även potentiella sådana. Om så inte kunnat ske, har det ålegat Beställaren att göra förnyade överväganden i en eventuell ny upphandling.

Beställaren verkar dock mena att en upphandlande myndighet fritt kan ändra innehållet i upphandlingsdokumentet genom *Frågor och svar*. Det är inte korrekt. Vad en myndighet före det att anbud ges in kan göra är att vidta vissa åtgärder för att klargöra eventuella brister och otydligheter i ett upphandlingsdokument. En första förutsättning är att det inte är fråga om förändringar som är väsentliga i förhållande till det ursprungliga upphandlingsdokumentet. De förändringar som gjorts enligt ovan i *Frågor och svar* har överhuvudtaget inte varit ägnade att klargöra brister eller otydligheter. Det är istället tydligt att det är fråga om väsentliga ändringar av sådan beskaffenhet att de påverkar viljan hos potentiella leverantörer att lämna anbud. Detta bl.a. redan då ett betydligt större antal anbudsgivare kan komma ifråga för att lämna anbud om även nybyggnation – som därtill enligt Beställaren inte

behövt ha någon praktisk koppling till pågående verksamhet – kan åberopas som referensprojekt.

Kravet på erfarenhet från liknande projekt med pågående verksamhet i kringliggande lokaler har varit en grundläggande förutsättning för Upphandlingen. Givetvis har kravet om *pågående drift i kringliggande verksamhetslokaler* inneburit att verksamheten ska pågå i samma byggnad. Kravet blir ju annars meningslöst. Enligt Bolaget har det inte varit möjligt att avvika från förutsättningen att referensprojekt ska avse om- eller tillbyggnad samt att pågående drift ska finnas i kringliggande verksamhetslokaler på sätt som nu skett där Beställaren tillåtit även referensprojekt som avsett nybyggnation som överhuvudtaget inte bedrivits i samma huskropp som vårdverksamhet eller likvärdig verksamhet. I praktiken innebär Beställarens tillämpning att ett stort antal anbudsgivare kvalificerat sig utan att ha uppfyllt grundläggande krav på erfarenhet från liknande projekt. Det tillkommer att avvikelserna heller inte, såvitt Bolaget har uppfattat, har kommunicerats med alla potentiella leverantörer. Någon ny annonsering har inte gjorts. Detta innebär å andra sidan att potentiella anbudsgivare som i ett första skede tagit del av upphandlingsdokumentet och funnit att de inte haft möjlighet att uppfylla kravet på referensprojekt inte har informerats om förändringen. Inte heller har någon förlängning av anbudstiden gjorts i enlighet med 11 kap. 11§ LOU.

Beställaren har i processen därtill gjort gällande att Bolaget inte har lidit skada då Bolaget inte skulle ha uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Beställaren menar att Bolaget skulle ha haft flera brister i sitt ursprungliga anbud. Bolaget bestrider detta. Efter det att Beställaren gått över till förhandlat förfarande mottog Bolaget förvisso frågor från Beställaren. Frågorna avsåg dock inte några brister i Bolagets anbud som skulle ha kunnat medföra att dess anbud förkastats.

Beställaren

Beställaren har genomfört upphandling av *Ramavtal för Projektgenomförande av nybyggnation samt om- och tillbyggnationer*, ref. nr. UC-2018-298. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt LOU. Sista anbudsdag enligt det ursprungliga förfarandet var den 3 februari 2019. Den 19 februari meddelade Beställaren följande till samtliga anbudsgivare: ”På grund av att inga lämpliga anbud inkommit i upphandling UC-2018-298 övergår upphandlande myndighet till förhandlat förfarande enligt 6 kap. 12 § LOU”. Att det har skett kontakter mellan Beställaren och olika anbudsgivare efter det datum då Beställaren fattade beslut om att gå över till förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tämligen självklart. Beställaren har givetvis, vid övergången till det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering, meddelat respektive anbudsgivare på vilket sätt deras anbud har brustit samt gett en tidsfrist för respektive anbudsgivare att läka bristen i sitt anbud. Bolaget har i målet anfört att respektive anbud från Månsson och Assemblin beträffande teknikområde Rör inte uppfyller alla obligatoriska krav även efter det förhandlade förfarandet.

Beställaren konstaterar att Månsson har använt det särskilda formulär som bifogats upphandlingsdokumentet, men har till detta också bifogat en egen bilaga. Detta står dock inte i strid med Upphandlingsföreskrifterna. Det står inte någonstans att anbudsgivare inte får hänvisa till annan bilaga från bilagan avseende Referensprojekt. Enligt Beställarens bestämda uppfattning kan inte en anbudsgivare, som med sin angivna information visar att krav avseende referensprojekt uppfylls, få sitt anbud förkastat på grund av att information som inte explicit har efterfrågats har lämnats eller att anbudsgivaren hänvisat till annan bilaga från bilagan avseende Referensprojekt. Det väsentliga är huruvida anbudsgivaren med sin information har visat att krav avseende referensprojekt uppfylls och detta har Månsson gjort. Det har stått fritt för samtliga anbudsgivare att delge den information som man önskar lämna

- så länge som informationen visar på kravuppfyllnad så har det inte funnits någon som helst anledning för Beställaren att förkasta anbudet. Mot bakgrund härav har Bolaget fel när Bolaget menar att detta strider mot likabehandlingsprincipen. Det bör även framhållas att referensprojekten inte har utvärderats; referensprojekten är istället hänförliga till kvalificeringsfasen. Genom att lämna mycket information i bilagan avseende Referensprojekt, eller att i densamma hänvisa till annan bilaga, har inte anbudsgivare hamnat i bättre läge i utvärderingen än en annan anbudsgivare som lämnat mindre information men som ändå visar att kraven uppfylls. Om Beställaren skulle ha förkastat Månssons anbud på den grund som Bolaget gör gällande så hade Beställaren på ett uppenbart sätt agerat i strid mot proportionalitetsprincipen. Bolaget hänvisar därtill till en mailkorrespondens mellan ansvarig upphandlare hos Beställaren och Månsson och menar att denna innebär en klar överträdelse av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Korrespondensen är emellertid fullt naturlig inom ramen för ett förhandlat förfarande. I ett förhandlat förfarande anpassas anbuden till upphandlingsdokumentet och det kan då inte anses strida mot de grundläggande principerna att på raka frågor ge uttryck för hur Beställaren bedömer föreslagna referensprojekt.

Bolaget synes ha synpunkter på att Beställaren meddelade sin inställning till de föreslagna referensprojekten utan att ha erhållit samtliga uppgifter. Härvid vill Beställaren framhålla att samtliga referensprojekt i Månssons ursprungsanbud ej godkändes av Beställaren. I den återkoppling som gavs till Månsson i samband med övergången till det förhandlade förfarandet så framgick vilka brister som förelegat beträffande de referensprojekt som angivits i ursprungsanbudet. Som anges i såväl Månssons som Bolagets återkoppling fanns möjlighet att med anledning av återkopplingen ställa frågor till ansvarig upphandlare vilket Månsson gjorde. Därav e-postkorrespondensen. Det som Beställaren svarade på, och s.a.s. tog ställning till, var huru-

vida projektet i sig kunde godtas eftersom det var där bristen i Månssons tidigare angivna projekt låg. Beställaren gjorde i det läget aldrig någon bedömning av t.ex. slutbesiktningstider, referensperson, entreprenadkostnad och så vidare, utan det var upp till Månsson att säkra att projektet även uppfyllde dessa krav. Detta lyckades dock Månsson med i och med det svar som lämnades in inom ramen för det förhandlade förfarandet.

Om nu Beställarens agerande i denna del skulle anses stå strid mot LOU vill Beställaren framhålla att även Bolaget, inom ramen för det förhandlade förfarandet, har erhållit återkoppling som varit till hjälp för kvalificeringen. Anbudsgivarna har behandlats lika genom hela upphandlingsprocessen. Anbudsgivarnas anbud har anpassats till upphandlingsdokumentets krav och den korrespondens som förelegat mellan Beställaren och enskilda anbudsgivare har förts i enlighet härmed.

Beställaren vill framhålla att Månsson, utöver den bilaga som Bolaget refererar till, har lämnat in en bilaga enligt den mall som Beställaren upprättat och annonserat ut av vilken det framgår tydligt att beträffande referensprojekt 1 så avslutades etapp 1 med godkänd slutbesiktning den 1 mars 2018 och etapp 2 avslutades med godkänd slutbesiktning den 18 januari 2019. Således framgår att referensprojekt 1 är avslutad med godkänd slutbesiktning.

Inget av anbudsgivarnas ursprungliga anbud i Upphandlingen uppfyllde alla obligatoriska krav. Alla anbudsgivare har således fått möjlighet att läka bristerna i sina anbud inom ramen för det förhandlade förfarandet. Det kan härvid konstateras att även Bolagets ursprungliga anbud brustit avseende flera obligatoriska krav. Bolaget har självt fått möjlighet att läka brister avseende obligatoriska krav under det förhandlade förfarandet. Att då rikta klagomål mot att andra anbudsgivare givits denna möjlighet framstår som märkligt.

Det kan i vart fall konstateras att Bolaget under inga omständigheter kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada på grund av att Månsson inom ramen för det förhandlade förfarandet har bytt ut ett referensprojekt.

Bolaget anför även att Månsson och Assemblin har angivit referenspersoner som inte är kopplade till de relevanta teknikområdena. Bolaget synes tro att alla personer som anges som referenspersoner måste återfinnas i bilaga avseende Referensprojekt. Denna tolkning är felaktig. Kravet är som ovan påtalats att minst en av referenspersonerna ska utgöra person som åberopats i redovisade referensprojekt.

Bolaget har vidare synpunkter på Assemblins referensuppdrag 2. Beställaren bestrider inte det faktum att projektet avser en nybyggnation. Dock godtas även nybyggnation. I *Frågor och svar* ställdes nämligen följande fråga:

”Gällande referensobjekt: ”Entreprenaderna ska avse om- eller tillbyggnad gällande lokaler för vårdverksamhet på sjukhus eller likvärdigt (exempelvis livsmedelsindustri, läkemedelsindustri, fängelse) med pågående drift i kringliggande verksamhetslokaler.” Anses Nybyggnadsprojekt i anslutning till befintlig verksamhet även om byggnaderna fysiskt inte är sammanbundna uppfylla kravet?”

Härvid svarade Beställaren: *”Ja det räknas även om de inte är fysiskt sammanbundna”*.

Således godtas även nybyggnationer. Även en upphandlings *”Frågor och svar-funktion”* omfattas av upphandlingsdokumentet eftersom funktionen används för att beskriva och/eller fastställa innehållet i upphandlingen (se prop. 2015/16:195 s. 349).

Därtill är det ett felaktigt påstående att det inte funnits någon pågående drift i intilliggande verksamhetslokaler i detta projekt. Projektet utfördes i en ny huskropp som ligger i anslutning till Universitetssjukhuset i Linköpings huvudblock där verksamhet pågick under projektet.

Mot bakgrund av ovanstående är det Beställarens bestämda uppfattning att såväl Månssons som Assemblins anbud, efter det förhandlade förfarandet, uppfyller samtliga obligatoriska krav.

Beställaren har upprätthållit samtliga obligatoriska krav genom hela upphandlingsprocessen. I det förhandlade förfarandet har anbudsgivare tillåtits att anpassa sina anbud efter Beställarens krav, inte tvärtom.

Bolaget synes vidare göra gällande att andra potentiella anbudsgivare riskerat att lida skada till följd av att Beställaren, istället för att förkasta samtliga anbud, övergått till förhandlat förfarande. Beställaren vill här framhålla att det är irrelevant att inom ramen för denna överprövningsprocess utreda huruvida andra potentiella leverantörer har lidit skada. För att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs dels att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU, dels att sökande har lidit skada av upphandlingsfelet.

Avslutningsvis i denna del vill Beställaren framhålla att eftersom det kan konstateras att Bolagets ursprungliga anbud inte uppfyllde alla obligatoriska krav kan Bolagets förstahandsyrkande inte bifallas. Bolaget har under inga omständigheter lidit eller riskerat att lida skada till följd av att Månssons respektive Assemblins anbud fått delta i det förhandlade förfarandet.

Beställaren vill också framhålla att Bolaget, vars ursprungliga anbud brast avseende obligatoriska krav, fått vara med i det förhandlade förfarandet. Att Beställaren övergått till ett förhandlat förfarande har således ökat Bolagets chanser att tilldelas ramavtal (beträffande två av tre geografiska områden

inom teknikområde Rör tilldelades Bolaget ramavtal) varför Bolaget knappast kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada av övergången till förhandlat förfarande.

Beställaren har givetvis, vid övergången till det förhandlade förfarandet, meddelat respektive anbudsgivare på vilket sätt deras anbud har brutit samt gett en tidsfrist för respektive anbudsgivare att läka bristen i sitt anbud. En sådan kommunikation kan under pågående upphandlingsprocess inte ske publikt eftersom en sådan kommunikation på ett uppenbart sätt skulle äventyra upphandlingssekretessen. Någon annan typ av kommunikation, som skulle ha gett enskilda anbudsgivare ett otillbörligt informationsövertag, har inte skett. Beställaren har varit mycket noggrann med att behandla alla anbudsgivare lika i Upphandlingen. I samband med övergången till det förhandlade förfarandet har alla anbudsgivare erhållit samma information. Beställaren noterar härvid att Bolaget inte på något sätt förmått att konkretisera, än mindre bevisa, på vilket sätt Beställaren skulle ha haft någon sådan otillbörlig kommunikation med enskilda anbudsgivare.

Vad gäller *Frågor och svar* har alla frågor som berör flera anbudsgivare, och som således inte varit en direkt kommunikation mellan upphandlande myndighet och anbudsgivare i det förhandlade förfarandet, besvarats publikt så att alla anbudsgivare vid samma tidpunkt erhållit den relevanta informationen. Bolagets antydning om att Beställaren skulle ha skickat ut information som skulle ge konkurrensfördelar till enskilda anbudsgivare är således helt felaktigt och även här förmår inte Bolaget att på något sätt belägga detta.

Beställaren vill framhålla att det tydligt framgår av upphandlingsdokumentet, närmare bestämt under punkt *AUB.53 Prövning av anbud - utvärdering*, vad som tillmäts betydelse i utvärderingen. Anbudsgivaren ska dels inkomma med en skriftlig genomförandeplan för varje offererat an-

budsområde, dels genomföra en anbudspresentation avseende genomförandeplanen. Det framgår vidare att poängsättningen av genomförandeplanen och anbudspresentationen baseras på hur väl de bedöms vara funktionella och genomförbara. Konkreta uppföljningsbara utfästelser kommer att poängsättas högre än mer allmänt hållna beskrivningar. Under samma punkt återfinns ytterligare beskrivning avseende vad som är viktigt i genomförandeplanen och anbudspresentationen. Det framgår också tydligt att genomförandeplanen kommer att bedömas i en poängskala 1 - 4. Beställaren har så långt det varit möjligt, mot bakgrund av upphandlingsföremålets komplexitet, beskrivit vad som krävs för att erhålla en viss poäng. Det åligger inte en upphandlande myndighet att i detalj beskriva vilka uppgifter som erfordras för att erhålla en viss poäng. Ett visst mått av subjektivitet i en utvärderingsmodell innebär inte att utvärderingsmodellen står i strid mot LOU, särskilt inte mot bakgrund av upphandlingsföremålets komplexitet. Vad Bolaget anför om att tilldelningskriterierna i Upphandlingen är vagt hållna och inte ger vägledning för hur poängsättning konkret ska gå till är således felaktigt. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare har kunnat bilda sig en uppfattning om vad som tillmäts betydelse och därigenom kunnat anpassa sin genomförandeplan och tillhörande anbudspresentation. Under alla omständigheter kan inte underlaget, mot bakgrund av RÅ 2002 ref. 50, anses stå i strid med de unionsrättsliga principerna.

Genomförandeplanerna med tillhörande anbudspresentationer har bedömts utifrån vad upphandlingsdokumenten stipulerar. När det gäller de omdömen som Bolaget anser är allmänna ("saknar lite konkreta åtgärdsförslag", "presentationen höll en övergripande nivå" samt "innantilläsning drar ner trovärdigheten") så vill Beställaren anföra följande. Samtliga dessa omdömen har sin grund i vad Beställaren stipulerat i upphandlingsdokumentet. När det gäller omdömet "saknat lite konkreta åtgärdsförslag" så framgår av bedömningsskalan under punkt *AUB.53* i upphandlingsdokumentet att för högsta poäng krävs bland annat att anbudsgivaren ska ha redovisat ett stort antal

tydliga, realistiska och konkreta åtgärder. Om konkreta åtgärdsförslag saknats till viss del så kan rimligtvis inte högsta poäng erhållas. När det gäller omdömet ”presentationen höll en övergripande nivå” faller det sig naturligt att ett sådant omdöme, mot bakgrund av poängskalan, inte bidrar till en hög poäng. Beträffande omdömet ”innantilläsning drar ner trovärdigheten” är det ett omdöme som är kopplat till anbudspresentationen. Att innantilläsning på anbudspresentationen ifrågasätter hur realistisk genomförandeplanen är, till skillnad från en ren papperskonstruktion, torde enligt Beställarens uppfattning vara ett okontroversiellt faktum. Beställaren vill också framhålla att bedömningsgruppens fem medlemmar besitter stor kompetens beträffande upphandlingsföremålet och det saknas skäl att ifrågasätta gruppens bedömningar.

Beställaren har meddelat samtliga anbudsgivare ett tilldelningsbeslut med tillhörande resultatrapport. Av resultatrapporten framgår det hur respektive anbudsgivares anbud, för respektive anbudsområde med tillhörande teknikområde, har bedömts. I de fall anbudsgivare har begärt ut en mer omfattande motivering till den satta poängen har Beställaren bistått med det. Sammantaget är det Beställarens bestämda uppfattning att utvärderingsmodellen och tillämpningen av densamma är helt i enlighet med de unionsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning

Bolaget har i målet riktat invändningar mot såväl Beställarens övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering som hur Bolagets och andra anbudsgivares anbud bedömts avseende uppfyllnad av obligatoriska krav. Därtill har Bolaget gjort gällande att vissa anbudsgivare har särbehandlats, att upphandlingsdokumentet brister i transparens, att väsentliga ändringar har gjort i upphandlingsdokumentet samt att utvärderingen har stått i strid med bestämmelserna i LOU.

När en anbudsgivare i ett mål enligt LOU har gjort gällande flera skäl för ingripande bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se Kammarrättens i Sundsvall dom den 29 augusti 2012 i mål 1225-12). Förvaltningsrätten prövar därför först Bolagets invändningar i fråga om utformningen av upphandlingsdokumentet.

Utformningen av upphandlingsdokumentet

Bolaget har invänt att tilldelningskriterierna i upphandlingsdokumentet är vagt hållna och inte ger vägledning för hur poängsättningen konkret ska gå till.

I LOU saknas detaljerade regler för hur ett upphandlingsdokument ska vara utformat. Utgångspunkten är dock likabehandlingsprincipen som innebär att alla leverantörer ska ha samma information för att kunna behandlas rättvist. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste upphandlingsdokumentet dessutom vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.

För att uppnå konkurrens och upprätthålla likabehandling och transparens i en offentlig upphandling krävs att upphandlingsdokumentet är så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell skall 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 också av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Det kan konstateras att det aktuella upphandlingsdokumentet, avseende vad som ska tillmätas betydelse vid poängsättningen av genomförandeplan och anbudspresentation, innehåller formuleringar som ger ett bedömningsutrymme för den upphandlande myndigheten genom uttryck som "...redovisat *ett stort antal* tydliga, realistiska och konkreta åtgärder för att uppnå *bästa möjliga resultat* för beställaren", "...redovisat *flera* tydliga, realistiska och konkreta åtgärder för att skapa *mervärde* för beställaren" samt "...även *i enstaka avseenden* redogjort för åtgärder för att skapa *mervärde* för beställaren".

Nämnda formuleringar måste emellertid läsas tillsammans med övrig information som framgår av upphandlingsdokumentet. Under punkt *AUB.53 Prövning av anbud - utvärdering*, anges vad som tillmätas betydelse i utvärderingen och vilken viktning som kommer att ske. Anbudsgivaren ska dels

inkomma med en skriftlig genomförandeplan för varje offererat anbudsområde, dels genomföra en anbudspresentation avseende genomförandeplanen. Det framgår vidare att poängsättningen av genomförandeplanen och anbudspresentationen baseras på hur väl de bedöms vara funktionella och genomförbara. Konkreta uppföljningsbara utfästelser kommer att poängsättas högre än mer allmänt hållna beskrivningar. Under samma punkt återfinns ytterligare beskrivning avseende vad som är viktigt i genomförandeplanen och anbudspresentationen. Det framgår också tydligt att genomförandeplanen och anbudspresentationen kommer att poängsättas i en poängskala 1 – 4 för 5 delfrågor. Därmed erhålls ytterligare vägledning beträffande vad Beställaren tillmäter betydelse i Upphandlingen. Vidare konstateras att även upphandlingsdokument som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Ett visst utrymme för bedömning måste således godtas. Förvaltningsrätten anser att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare har kunnat bilda sig en uppfattning om vad som tillmäts betydelse i Upphandlingen och därigenom kunnat anpassa sin genomförandeplan och tillhörande anbudspresentation utifrån informationen i upphandlingsdokumentet. Det som Bolaget har anfört innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att upphandlingsdokumentet i denna del brister i fråga om transparens eller att Beställarens bedömningsutrymme står i strid med de upphandlingsrättsliga principerna.

Ändring av upphandlingsdokumentet genom Frågor och svar

Bolaget har även invänt att Beställaren genom *Frågor och svar* har ändrat innehållet i upphandlingsdokumentet på ett otillåtet sätt, då det har varit fråga om väsentliga ändringar av sådan beskaffenhet att de påverkar viljan hos potentiella leverantörer att lämna anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande myndighet normalt inte är förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbudet ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i upphandlingsdokumentet under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga upphandlingsdokumentet (se bl.a. Kamrarrättens i Jönköping dom i mål 2016-08). Härvid bör också framhållas att möjligheten att ändra i ett upphandlingsdokument även kan påverkas av det upphandlingsförfarande som tillämpas och i vilket skede av processen som ändringen sker.

Enligt upphandlingsdokumentet gäller bl.a. följande avseende referensprojekt. *Entreprenaderna ska avse om- eller tillbyggnad gällande lokaler för vårdverksamhet på sjukhus eller likvärdigt (exempelvis livsmedelsindustri, läkemedelsindustri, fängelse) med pågående drift i kringliggande verksamhetslokaler.*”

Beställaren har emellertid ändrat detta krav genom *Frågor och svar* i Upphandlingen. Genom svar som Beställaren lämnat har krav på referensprojekt ändrats på så sätt att även referensprojekt som avser nybyggnation tillåts samt att kravet på pågående drift i kringliggande verksamhetslokaler har förtydligats till att kravet uppfylls även om byggnaderna inte är fysiskt sammanbundna.

Det åvilar den upphandlande myndigheten att vid införandet av en ändring tillse att alla leverantörer ges lika förutsättningar att delta i konkurrensen om kontraktet utifrån det ändrade underlaget. För att så ska kunna ske krävs att genomförda ändringar inte innebär att underlaget väsentligen ändras i förhållande till det som annonserats. Beställaren har i förevarande fall övergått till upphandlingsformen förhandlat förfarande vilket innebär att potentiella anbudsgivare som i ett första skede tagit del av upphandlingsdokumentet och funnit att de inte haft möjlighet att uppfylla kravet på referensprojekt

inte har tagit del av ändringarna i *Frågor och svar*. Med beaktande av detta samt att det i målet är fråga om förändringar i obligatoriska kvalificeringskrav finner förvaltningsrätten att de genomförda ändringarna är sådana att dessa, om de varit kända vid annonseringen av Upphandlingen, kan ha inverkat på andra leverantörers intresse och förmåga att delta i konkurrensen om ifrågavarande ramavtal. Genomförda ändringar i upphandlingsdokumentet är därför väsentliga och således i strid med bestämmelserna i LOU och dess allmänna principer.

För att en överträdelse av LOU enligt 20 kap. 6 § LOU ska föranleda någon åtgärd krävs vidare att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av det fel som begåtts. I denna del kan följande sägas.

Det är ostridigt att Assemblin som referensprojekt 2 har angett ett projekt som avsett nybyggnation. Att Assemblin tillåtits delta i Upphandlingen trots att det angivna referensprojektet inte uppfyller det ursprungliga kvalificeringskravet har medfört att Bolaget har lidit skada då Assemblin placerats före Bolaget i rangordning.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att ovan nämnd brist har påverkat det konkurrensuppsökande skedet och således kan ha medfört att potentiella leverantörer har avstått från att lämna anbud. Upphandlingen ska därför göras om i fråga om teknikområde rör för samtliga anbudsområden. Ansökan ska i enlighet härmed bifallas.

Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva de övriga grunder för ingripande enligt LOU som Bolaget har gjort gällande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Kristina André Lilja

Rådman

Föredragande jurist har varit Andrea Ritzer



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 nyårsafton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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.