

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-11-28
Meddelad i
Stockholm

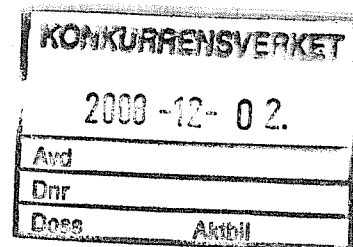
Mål nr
23310-08
Rotel 551

SÖKANDE

Inspecta Sweden AB, 556190-5935
Kemistvägen 21
183 79 Täby

MOTPART

AB Familjebostäder, 556035-0067
Box 49103
100 28 Stockholm

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Inspecta Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU på så sätt att länsrätten förordnar att den i målet aktuella upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 385021

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

AB Familjebostäder (familjebostäder) genomför en upphandling av ”Ramavtal avseende besiktning av hissar, portar och tryckkärl”, referensnummer 08/02. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling.

Familjebostäder har i tilldelningsbeslut avsänt den 11 november 2008 meddelat att man antagit annan leverantör än Inspecta Sweden AB (Inspecta) att teckna avtal.

YRKANDEN M.M.

Inspecta ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför de i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget, som publicerats i det elektroniska systemet för anbudsgivning Tend & Sign, har utvärderingskriterierna angetts vara följande;

”Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter rangordnas enligt nedan:

1. Kvalitet, Kostnadseffektivitet och Service 50 %
2. Kapacitet 30 %
3. Pris 20%”

I verkligheten har anbudsutvärderingen helt avgjorts av kriteriet pris, då båda anbudsgivare med lätthet uppnått full poäng i de övriga kriterierna. Angående utvärderingen av kriteriet pris anges i samma punkt följande:

”Med pris avses:

- Anbudsgivarens pris per objekt eller per timme. I utvärderingen tas även hänsyn till om rådgivning och information är kostnadsfri eller debiteras som

en extra tjänst. Med rådgivning och information avses muntliga kontakter med enskilda beställare som inte är av utbildningskaraktär”.

Vidare har i förfrågningsunderlaget efterfrågats pris på tio olika tjänster som ska rymmas inom ramavtalet:

- Besiktningsarbeten av hissar
- Besiktningsarbeten av portar
- Förstagångsbesiktningsarbeten av tryckkärl
- Fortsatta besiktningsarbeten av tryckkärl, in- och utvändigt undersökning
- Besiktningsarbeten, driftprov av tryckkärl
- Efterbesiktningsarbeten av enskild hiss med planerad tid för inställelse senast tre veckor efter skriftlig beställning
- Efterbesiktningsarbeten av portar
- Efterbesiktningsarbeten av tryckkärl
- Pris/timme för rådgivning och information
- Övriga arbeten per timme

Dessa underkriterier i utvärderingskriteriet pris har inte viktats gentemot varandra i förfrågningsunderlaget.

Tilldelningsbeslut meddelades genom systemet Tend & Sign den 11 november 2008. Av tilldelningsbeslutet och bifogad utvärderingsrapport framgår att de ovan angivna priserna har utvärderats med olika vikt vid sammanräkningen av anbudspriset. Denna viktfördelning har inte framgått av förfrågningsunderlaget och har alltså inte beaktats av anbudsgivarna vid framräkningen av de olika delpriserna. Enligt tilldelningsbeslutet har de olika delpriserna vid utvärdering av anbudspriset viktats som följer:

- 3,58 % Besiktningsarbeten av hissar
- 1,89 % Besiktningsarbeten av portar
- 2,95 % Förstagångsbesiktningsarbeten av tryckkärl

- 0,21 % Fortsatta besiktningsarbeten av tryckkärl, in- och utvändig undersökning
- 1,89 % Besiktningsarbeten, driftprov av tryckkärl
- 1,89 % Efterbesiktningsarbeten av enskild hiss med planerad tid för inställelse senast tre veckor efter skriftlig beställning
- 1,89 % Efterbesiktningsarbeten av portar
- 1,89 % Efterbesiktningsarbeten av tryckkärl
- 1,89 % Pris/timme för rådgivning och information
- 1,89 % Övriga arbeten per timme

Vid anbudsskrivning hade anbudsgivarna dock endast uppgift om att anbudspriset skulle innehålla de ovan angivna delpriserna, men inte att dessa hade olika vikt sinsemellan eller hur dessa skulle komma att utvärderas gentemot varandra. Därvid hade anbudsgivare endast att förutsätta att priserna vid utvärderingen skulle komma att utvärderas med lika vikt eller enligt faktisk volym per objekt, även om denna volym var okänd för anbudsgivarna. Att Familjebostäder sedan vid utvärdering har gett de olika delpriserna olika vikt har påverkat anbudsgivarnas pris på ett sätt som anbudsgivarna inte kunnat förutse. Hade anbudsgivarna känt till att priserna för "Besiktningsarbeten av hissar" och "Förstagångsbesiktningsarbeten av tryckkärl" tillsammans skulle väga mer än tre gånger mer än priser som "besiktningsarbeten av portar" och "besiktningsarbeten av tryckkärl, in- och utvändig undersökning" hade detta sannolikt påverkat anbudsgivarnas prisättning vid anbudsgivningen.

I frånvaro av uppgifter om prisernas viktning och den förväntade fördelningen av avrop på de olika delarna har anbudsgivarna dessutom endast haft att göra sin prisbedömning efter en bedömning av förväntade avrop i branschen i övrigt. Den fördelning Familjebostäder efter utvärdering presenterat anser Inspecta inte överensstämmer med den bedömning som In-

specta gjort inför anbudsgivning. Deras priser hade därför sannolikt sett annorlunda ut om viktningen hade varit känd vid anbudsgivningen. Inspecta anser därmed att utvärderingen även brister i verklighetskoppling vilket innebär att modellen inte varit utformad så, eller åtminstone inte resulterat i, att det för bolaget mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kunnat antas. Bristen i förfrågningsunderlagets tydlighet vad gäller utvärderingen av pris får extra stor betydelse i detta fall då båda anbudsgivare fått högsta betyg i de övriga utvärderingskriterierna kvalitet och kapacitet.

I den aktuella upphandlingen har inte angetts att priserna på de olika tjänsterna som efterfrågas var av olika vikt för Familjebostäder vid utvärderingen. Vidare har ingen som helst uppgift om hur avrop av de olika tjänsterna kan komma att fördelas under avtalsperioden presenterats i förfrågningsunderlaget. Därmed har anbudsgivare inte haft någon information om hur olika priser för deltjänsterna skulle komma att bedömas av Familjebostäder. I förfrågningsunderlaget har endast angetts att pris per objekt eller timme utvärderas, samt att i utvärderingen "tas även hänsyn till om rådgivning och information är kostnadsfri eller debiteras som extra tjänst". Detta skulle kunna tolkas som att priset för rådgivning var extra viktigt för bolaget, men av tilldelningsbeslutet framgår att liten vikt lagts vid detta pris. Förfrågningsunderlaget är därmed angående utvärderingen av denna tjänst rent missledande. Istället har vid utvärderingen störst vikt lagts vid priset för "Förstagångsbesiktning av tryckkärn".

Vid kontakt med Familjebostäder uppges att viktningen av de olika kostnaderna inom utvärderingskriteriet pris varit klart innan publicering av förfrågningsunderlaget, men att Familjebostäders ovana vid användandet av elektroniska medel för publicering av förfrågningsunderlaget gjort att informationen fallit bort. Detta är beklagligt, men användandet av elektroniska system för upphandling är avsett att underlätta kommunikation och öppenhet i offentlig upphandling, därför är det extra viktigt att användandet av

elektroniska system inte leder till större otydlighet och mindre transparens i offentliga upphandlingar.

I EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06 begärdes förhandsavgörande angående frågan huruvida det är tillåtet enligt artikel 36 i direktiv 92/50/EEG för en upphandlande enhet att fastställa viktningskoefficienter i ett senare skede. EG-domstolen besvarade frågan som så att anbudsgivare ska, när de utformar sina anbud, ha underrättats om samtliga uppgifter som den upphandlande enheten kommer att beakta vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och deras vikt i förhållande till varandra.

Otydlighet just angående hur pris ska räknas ut och hur de ska viktas mot varandra i ett prisutvärderingskriterium har även prövats av domstol tidigare (se dom från Kammarrätten i Göteborg den 9 juli 2008 i mål nr 3331-08, dom från Kammarrätten i Sundsvall den 25 mars 2008 i mål nr 3820-07 samt dom från Kammarrätten i Göteborg den 26 april 2004 i mål nr 622-04. Omständigheterna i ovan redovisade mål och den aktuella upphandlingen är mycket likartade. Därmed bör även enligt bolagets mening den aktuella upphandlingen göras om.

En anbudsgivare behöver inte kunna visa att anbudsgivaren hade vunnit upphandlingen om bristen inte funnits. Det räcker med att oförutsebarhet förelegat och att detta lett till en sannolikhet att anbuden sett annorlunda ut om bristen inte funnits, vilket är fallet i den aktuella upphandlingen.

Enligt tidigare praxis har även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godkänts, se RÅ 2002 ref. 50. I den aktuella upphandlingen, samt i de senare rättsfallen från kammarrätter, har dock konstaterats att sådana brister i förfrågningsunderlag som påverkar anbudsgivarens möjlighet att förutse hur anbudspriset ska utvärderas och

hur olika delkriterier i utvärderingskriteriet pris ska vägas mot varandra, innebär att anbudsgivare inte kan anses ha tillräcklig information för att kunna skapa ett konkurrenskraftigt anbud.

Det är svårt att se hur utvärderingen av pris i den aktuella upphandlingen har uppfyllt de EG-rättsliga principerna om transparens och förutsebarhet. Detaljerad information om utvärderingen ska finnas tillgänglig för alla anbudsgivare eftersom denna information är avgörande för hur en anbudsgivare ska utforma sitt anbud. I flera mål har domstolar underkänt förfrågningsunderlag såsom bristfälliga med hänvisning till att uppgifter om hur anbudens information skulle komma att värderas av den upphandlande enheten saknats i förfrågningsunderlaget. Det har också konstaterats att sannolikheten för att anbudet skulle ha sett annorlunda ut om bristerna inte funnits är tillräckligt för åtgärd enligt LOU. Därmed måste den aktuella upphandlingen göras om och bolaget tillse att det tydligt framgår vilka kostnader som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Vid tidigare rättstillämpning har framkommit att ett underlag inte kan vara helt utan brister. Den brist som påtalats i detta fall är så pass allvarlig att den inte kan accepteras, eftersom den härrör sig till själva prissättningen av anbudet.

Genom Familjebostäders åsidosättande av LOU har Inspecta lidit skada då de vid en korrekt utförd upphandling hade kunnat erhålla kontraktet. Inspecta har lägst pris dels på de delkostnader som Familjebostäder viktat högst och även på den kostnad som Familjebostäder viktat lägst. Om Inspecta vid anbudsgivningen hade känt till vilka kostnader som bolaget värderade högst hade deras anbud kunnat vara ännu mer ekonomiskt fördelaktigt för Familjebostäder. Som redovisats ovan är dock redan sannolikheten för att anbudet skulle sett annorlunda ut om bristerna inte funnits tillräckligt för åtgärd enligt LOU.

Familjebostäder bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Efterfrågade prisuppgifter i anbudsförfrågan avseende urvalskriteriet pris har viktats i det elektroniska upphandlingssystemet ”Tend & Sign”. De olika vikterna visas inte med automatik för anbudsgivare utan enbart för upphandlaren. Samtliga utvärderade anbud har bedömts på ett likvärdigt sätt utan ovidkommande hänsyn. Utvärderingen är redovisad för anbudsgivarna i en utskrift från ”Tend & Sign” där även underkriteriernas inbördes vikt framgår.

Länsrätten har den 20 november 2008 interimistiskt förordnat att Familjebostäder inte får avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU gäller följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Länsrättens prövning utifrån LOU utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att 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 också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

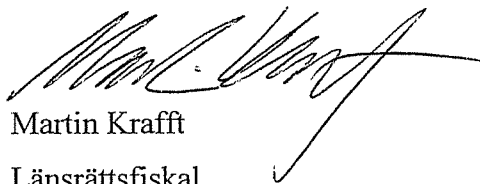
Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

I EG-domstolen dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06 begärdes förhandsavgörande angående frågan huruvida det är tillåtet enligt artikel 36.2 i direktiv 92/50/EEG för en upphandlande enhet att fastställa viktningskoefficienter i ett senare skede. EG-domstolen besvarade frågan som så att anbudsgivare ska, när de utformar sina anbud, ha underrättats om samtliga uppgifter som den upphandlande enheten kommer att beakta vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och deras vikt i förhållande till varandra. En upphandlande myndighet har således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning, utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa.

I den i målet aktuella upphandlingen har viktningen vad gäller urvalskriteriet pris inte framgått av förfrågningsunderlaget. Det är först i utvärderingen anbudsgivarna kunnat se underkriteriernas inbördes vikt. Vad som har efterfrågats av Familjebostäder framgår därför inte av förfrågningsunderlaget. Att informationen beträffande viktningen av de olika kriterierna inte framgått av förfrågningsunderlaget strider enligt länsrätten mot de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsebarhet och transparens och därmed mot huvudregeln om affärsmässighet i LOU. Det kan inte uteslutas att denna omständighet påverkat hur Inspecta utformat sitt anbud och att de därigenom kunnat lida skada på grund av det.

Länsrätten finner således att det är fråga om en väsentlig brist i förfrågningsunderlaget och att grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger. Rättelse är inte en tillräcklig åtgärd för att komma tillrätta med bristerna i upphandlingen. Inspectas ansökan ska därför bifallas på så sätt att Familjebostäders upphandling av "Ramavtal avseende besiktning av hissar, portar och tryckkärl" ska göras om.

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



Martin Krafft
Länsrättsfiskal

Föredragande har varit Louise Wiker.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

