



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2014-11-19
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3579-14

SÖKANDE

EFG Kontorsmöbler AB, 556279-4403

Ombud: Advokaterna Anna Hofling och Ulf Käll
Advokatfirman Vinge KB
Box 11025
404 21 Göteborg

MOTPART

Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten

Ombud: Advokat Lotten Blomkvist
Ahlford Advokatbyrå AB
Box 1111
751 41 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-11-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Landstingets upphandling av inredning till Gamla Uppsalas Buss lokaler, UPPH2014-0092, ska göras om.

Dok.Id 132916

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-431 63 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län (Landstinget) har genomfört upphandling av inredning till Gamla Uppsalas Buss lokaler, UPPH2014-0092. Upphandlingen har genomförts som en förnyad konkurrensutsättning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut den 26 juni 2014 antogs anbud från annan leverantör än EFG Kontorsmöbler AB (bolaget).

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Landstinget företar en ny utvärdering där även bolagets anbud utvärderas.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Bolaget skulle rätteligen ha tilldelats kontraktet då landstingets grunder för att inte tilldela bolaget kontraktet är felaktiga samt att bolaget lämnat det anbud som gett bäst "valuta för pengarna" i enlighet med det först meddelade tilldelningsbeslutet.

Bolaget ifrågasätter att det i förfrågningsunderlaget har ställts ett ska-krav på att leverantörerna måste lämna in ett anbud som håller sig inom angiven budget samt att det över huvud taget finns ett krav på budget för "allmän yta, plan 2".

Av anbudsinbjudan framgår som ska-krav att "anbudet ska uppfylla de krav som ställs i kravspecifikationen samt övriga villkor". Som tilldelningsgrund har landstinget valt bästa "valutan för pengarna". Som förklaring till vad som är bästa "valutan för pengarna" anges att det är möbler/tillbehör/utrustning utöver kravspecifikationens basmöblemang som erbjuds inom budgetramen enligt bilaga 1 till anbudsinbjudan.

Enligt bilaga 1 till anbudsinbjudan – "Budget för de ingående rummen" – finns budget för typrum 1-3, mötesrum plan 2, lunch/fikarum plan 2 samt

mat/lounge plan 1. För andra utrymmen än de nu uppräknade har ingen budgetram fastslagits i förfrågningsunderlaget.

Landstinget har inte föreskrivit ett klart och tydligt krav i förfrågningsunderlaget om att leverantörerna för samtliga rum och utrymmen måste hålla sig inom budget för att kvalificera sig för utvärdering. Eventuellt krav på att hålla sig inom angiven budget får i stället uppfattas som en del av utvärderingsmodellen och hör därmed till utvärderings-/tilldelningsfasen. I denna fas är det inte fråga om någon uteslutning utan här ska den upphandlande myndigheten jämföra de kvarvarande anbuden för att se vilket av dessa som är det mest konkurrenskraftiga utifrån den valda tilldelningsgrunden. Detta innebär att det inte är ett ska-krav för kvalificering att lämna ett anbud som ligger inom angiven budget. Däremot får priset självfallet betydelse för hur konkurrenskraftigt anbudet är i utvärderingen/tilldelningen. Det är mot denna bakgrund felaktigt av landstinget att påstå att bolaget inte har uppfyllt ett ska-krav i och med att bolaget påstås ha överskridit påstådd budget för "allmän yta, plan 2". Ett ska-krav om budget för "allmän yta, plan 2" går varken att utläsa av kravspecifikationen eller av budgeten för de ingående typrummen som landstinget hänvisat till i anbudsinbjudan. Att det egentligen saknas en budget för "allmän yta, plan 2" får även stöd av bilagan till tilldelningsbeslutet av den 26 juni 2014 där landstinget för "Biblioteket" (vilket motsvarar allmän yta, plan 2") angett att det saknas budget. Landstinget har i denna del hänvisat till "frågor och svar" i upphandlingen och anfört att man däri uppgett att leverantörerna avseende position F, bokhylla med glasdörrar, ska räkna på ca 50 meter och att budgetramen är 400 kronor/hyllmeter. Landstinget har i e-postmeddelande till bolaget den 27 juni 2014 uppgett att krav på budget är ett ska-krav och att "frågor och svar är ett kompletterande som anses som ett ska-krav".

Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen och möjligheten att komplettera eller förtydliga ett förfrågningsunderlag är begränsad. Kompletteringar eller förtydliganden får inte innebära en väsentlig förändring. Exempelvis kan en ändring eller ett tillägg av ett ska-krav ses som en väsentlig förändring. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i det ursprungligen offentliggjorda förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns en risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras. Detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

För det fall budgetram för "allmän yta, plan 2" anses vara ett ska-krav, innebär landstingets agerande att det inom ramen för frågor och svar i upphandlingen har gjorts ett tillägg av ett helt nytt ska-krav i upphandlingen. Detta innebär en väsentlig förändring av det ursprungligen offentliggjorda förfrågningsunderlaget som är otillåten och därmed inte ska beaktas. Landstingets förfarande är icke-transparent och strider mot de upphandlingsrättsliga principerna. Mot bakgrund av ovanstående ska upphandlingen under alla omständigheter rättas på så sätt att en ny utvärdering görs där landstinget inte får kräva att de utvärderade anbuderna håller sig inom en viss budget för "allmän yta, plan 2". Förfrågningsunderlaget ska följaktligen tillämpas utifrån dess ursprungliga utformning. Landstinget har därvid fortfarande möjlighet att få fram anbudet med bästa "valutan för pengarna" i och med att respektiver anbud ska utvärderas utifrån en helhetslösning. Det var också så landstinget gick till väga när det tilldelade kontraktet till EFG i enlighet med det första tilldelningsbeslutet.

Det ska också beaktas att den sammanlagda budgeten för de ingående rummen uppgår till 788 000 kronor. Med tillägg för "allmän yta, plan 32" där man i frågor och svar ska räkna på 400 kronor per hyllmeter (50 meter) står det klart att den allmänna ytan på plan 2 endast utgör en beloppsmässigt marginell del av upphandlingen. Det av EFG offererade priset för

hyllorna ger en totalsumma på 48 822 kronor eller cirka 6 procent av budget för övriga rum tillsammans. Det framstår mot denna bakgrund även som oproportionerligt att tillmätta ett påstått och i efterhand tillagt budgetkrav en så avgörande betydelse i upphandlingen att den leverantör som ursprungligen ansetts ha lämnat det mest konkurrenskraftiga anbudet sedermera inte ens ska anses kvalificerad. Trots att det överskred delbudget för hyllorna hade bolagets anbud det lägsta totalpriset.

För att upphandlingen återigen ska bli förenlig med LOU bör under alla förhållanden det eventuella ska-krav som införts i frågor och svar avseende budget för "allmän yta, plan 2" bortses ifrån och en ny utvärdering företas i enlighet med detta.

Skada

I tilldelningsbeslut den 18 juni 2014 meddelade Landstinget att bolaget var den leverantör som hade anbudet som gav bäst valuta för pengarna. Genom att Landstinget härefter felaktigt uteslutit bolaget – när det står klart att EFG skulle ha tilldelats kontraktet vid korrekt tillämpning av förfrågningsunderlaget – har bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av landstingets felaktiga agerande. Det föreligger därmed grund för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till arten av det fel som vidlåder landstinget är det tillräckligt om rättelse sker i enlighet med vad som ovan anförts.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Bolagets anbud har inte uppfyllt samtliga ställda obligatoriska krav och har därmed rätteligen uteslutits. Utvärderingen av inkomna anbud har varit korrekt och har följt i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningar och samtliga anbudsgivare har behandlats lika. Förfrågningsunderlaget har vidare varit tillräckligt tydligt och således uppfyllt kravet på öppenhet. Uppställda krav har varit proportionerliga.

Överskridande av budget

Av anbudsintjudan punkten 1.2.6.1 framgår att anbudet ska uppfylla de krav som ställs i kravspecifikationen samt övriga villkor. Av kravspecifikationen framgår att gällande budget för aktuella rum framgår av "Budget typrum". Nämnad budget fanns bilagd anbudsintjudan. Kravet på att anbudet ska hålla sig inom angiven budget är således obligatoriskt vilket innebär att om kravet inte uppfylls så ska det bristande anbudet förkastas.

Av kravspecifikationen efterfrågas under position F bokhylla med glasörr. Bokhyllorna ska passas in på "allmän yta, plan 2". Det som avses med allmän yta har i utvärderingsrapporten benämnts bibliotek. Som framgår av anbudsintjudan och övriga handlingar är det dock den allmänna ytan som avses. Under upphandlingen har begärts förtydliganden avseende hur många hyllmeter som efterfrågas och vilken budget som gäller för aktuell position. Som svar på nämnda frågor har Landstinget angett att antal hyllmeter uppgår till 50 och att budgetramen är 400 kr per hyllmeter. Total budget för position F har uppgått till 20 000 kronor. Av utvärderingsprotokollet framgår att bolagets offererade pris för aktuell position uppgår till 48 822 kronor. Då bolaget har offererat 52 hyllmeter innebär det ett pris om ca 939 kronor per hyllmeter. Bolaget har således inte uppfyllt aktuellt ska-krav.

Vad gäller den precisering som skett genom frågor och svar så saknar LOU detaljerade bestämmelser om hur komplettering av förfrågningsunderlag får ske. Bedömningen av huruvida en komplettering är tillåten får därmed göras utifrån de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Av intresse för bedömningen är bland annat orsakerna till förändringen, omfattningen och betydelsen av den och om kompletteringen kan ha påverkat anbudsgivarnas möjlighet att lämna anbud. I aktuell upphandling fanns kravet på att anbudet skulle hålla sig inom angiven budget med i förfrågningsun-

derlaget. Den komplettering som skett genom nämnda svar på ställd fråga innebär inte en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Kompletteringen har inte ändrat förutsättningarna för upphandlingen eller påverkat vilka produkter som ska offereras. Även för det fall vissa brister och oklarheter har förekommit i förfrågningsunderlaget måste de anses vara av mindre betydelse och därmed godtas. Eventuella brister har inte påverkat anbudsgivarnas möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud. För att kompletteringen har varit tillräckligt tydlig talar bland annat att övriga anbudsgivare, såsom framgår av utvärderingsrapporten, korrekt uppfattat den angivna budgetramen. Samtliga anbudsgivare har vidare erhållit samma information och har således behandlats lika.

Budgetkravet för "allmän yta plan 2" har inte varit oproportionerligt. Landstinget kan inte med hänvisning till proportionalitetsprincipen, i efterhand bortse från ett uppställt ska-krav. Ett frånfallande av uppställda ska-krav skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Mot bakgrund av ovanstående är det Landstingets uppfattning att utvärderingen inte strider mot LOU och dess grundläggande principer.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att landstinget brutit mot LOU genom att felaktigt utesluta bolaget delar landstinget bolagets uppfattning att detta har riskerat att lida skada av överträdelsen. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att landstinget inte ägt rätt att komplettera förfrågningsunderlaget på det sätt som skett och att upphandlingen därmed strider mot LOU är det landstingets uppfattning att bristen inte kan åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen görs om eftersom bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget.

Bolaget genmäler och anför bland annat följande. Landstinget har i förfrågningsunderlaget inte klart och tydligt angett ett krav innebärande att leverantörerna för samtliga rum och utrymmen måste hålla sig inom budget

för att kvalificera sig för utvärdering. Ett eventuellt sådant krav kan först få betydelse vid utvärderings- eller tilldelningsfasen.

Bolaget delar inte landstingets uppfattning att kravet på att anbudet skulle hålla sig inom angiven budget fanns med i det i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. För det fall att kravet på budgetram för "allmän yta, plan 2" ändå anses utgöra ett ska-krav, har landstinget genom frågor och svar infört ett nytt ska-krav i Upphandlingen. För det fall man avsett att införa ett nytt ska-krav borde kravet ha formulerats tydligare. Under alla omständigheter utgör tillägget en väsentlig förändring då det uppenbarligen påverkar anbudens utformning och i aktuellt fall har medfört att bolaget tappat hela kontraktet. Detta oaktat att bolagets anbud hade det lägsta totalpriset trots att anbudet överskred delbudget för hyllorna.

Landstinget vidhåller sin inställning.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att ingripa enligt LOU mot Landstingets upphandling i anledning av de grunder som bolaget har anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Av 16 kap. 6 § LOU första stycket framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Budgetram som obligatoriskt krav

Bolaget har gjort gällande att landstinget inte föreskrivit ett klart och tydligt krav i förfrågningsunderlaget om att leverantörerna för samtliga rum och utrymmen måste hålla sig inom budget och att budgetramen därför får uppfattas som en del av utvärderingsmodellen och därmed höra till utvärderingsfasen.

I landstingets anbudsinbjudan, "Utvärderingsfas" (punkt 1.2.6.1) anges följande. Anbudet ska uppfylla de krav som ställs i kravspecifikationen samt övriga villkor. Leverantören får offerera en produkt per position. Det anbud som uppfyller kraven och har den bästa "valutan för pengarna" kommer att antas. Med bästa valuta avses möbler/tillbehör/utrustning utöver kravspecifikationens basmöblemang som erbjuds inom budgetramen, totalt intryck av inredningen estetiskt och praktiskt, leverantörens kreativitet samt nyttjande av ytor i rummen. Anbudet utvärderas utifrån en helhetslösning där en leverantör kommer att få hela leveransen.

I anbudsinbjudans bilaga "Budget för de ingående rummen" anges budget för typrum 1, typrum 2, typrum 3, mötesrum plan 2, kontor lunch/fikarum plan 2 samt förare mat/lounge plan 1.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som, inom de ramar som LOU anger, avgör vilka så kallade ska-krav som ska ställas i en upphandling. Hur ett förfrågningsunderlag och den efter anbudsöppningen följande prövningen av anbuderna ska vara disponerade är nästan helt oreglerat i LOU. Den upphandlade myndigheten har därmed stor frihet i utformandet av dessa, förutsatt att det i förfrågningsunderlaget på ett transparent sätt framgår hur prövningen kommer att gå till.

Landstinget har i den aktuella upphandlingen tillämpat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet som utvärderingskriterium. Förvaltningsrätten

anser att det inte finns något hinder mot att använda ett högsta pris eller en budgetram som obligatoriska krav i ett förfrågningsunderlag genom att upphandlande myndighet i underlaget helt kan fastställa det pris som ska gälla eller, som i detta fall, ange ett intervall inom vilket pris får offereras och låta andra kvalitetskriterier vara föremål för utvärderingen (s.k. kvalitetskonkurrens). I den aktuella upphandlingen framgår av förfrågningsunderlaget vilken utvärderingsmodell och vilka utvärderingskriterier som landstinget avsett att använda. Någon tveksamhet om att det förelåg obligatoriska krav på att typrummen skulle ligga inom budget torde utifrån förfrågningsunderlagets utformning inte ha förelegat. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som anges i förfrågningsunderlaget att det framgår med tillräcklig tydlighet hur prövningen ska gå till och vilka kriterier som gäller för utvärderingen och att landstinget i denna del inte brutit mot någon upphandlingsrättslig bestämmelse eller princip. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU kan således inte bifallas på den av bolaget anförda grunden.

Väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget

Bolaget anför vidare att förfrågningsunderlaget i och med klargörandet i ”frågor och svar” om vilken budgetram som förelåg för position F har inneburit en väsentlig förändring av det ursprungligen offentliggjorda förfrågningsunderlaget.

I LOU saknas beträffande förfrågningsunderlaget såväl detaljerade regler i fråga om utformning som bestämmelser om ändringar, förtydligande och komplettering. Ett förtydligande eller en komplettering får bedömas med utgångspunkt i de grundläggande EU-rättsliga principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Vid den bedömningen får en samlad prövning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen. Av intresse vid denna prövning är bland annat orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa kon-

sekvenser av ändringen. En upphandlande myndighet får vanligtvis göra kompletteringar och förtydliganden för att klargöra tveksamheter och otydligheter i förfrågningsunderlaget såvida dessa inte innebär en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Exempelvis kan ett tillägg eller en ändring av ett obligatoriskt krav ses som en väsentlig förändring. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras. Detta skulle kunna strida mot likabehandlings- och öppenhetsprincipen. Om den upphandlande myndigheten anser att nya krav måste ställas kan detta innebära att upphandlingen måste avbrytas och göras om.


Enligt förfrågningsunderlaget ska offererade produkter ligga inom budgetram. För position F saknades i förfrågningsunderlaget budgetram samt angivande av hur många hyllmeter den efterfrågade bokhyllan skulle bestå av. I "frågor och svar" redogjorde landstinget för de saknade uppgifterna.

Förvaltningsrätten anser att landstingets förtydligande, även om det rör sig om en komplettering av en uppenbart ofullständig post i förfrågningsunderlaget, har medfört att ett nytt och tidigare ej angivet ska-krav har förts fram i upphandlingen. Ändringen kan i relation till upphandlingsföremålet samt budgetkravets centrala roll däri anses som väsentlig. Mot bakgrund av att ändringen hänför sig till ett ska-krav finner förvaltningsrätten att den, med hänsyn till betydelsen och omfattningen som följer av detta, måste betraktas som väsentlig i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Landstinget har därmed förfarit på ett sätt som strider mot både likabehandlings- och öppenhetsprincipen.

Landstinget har uppgett att för det fall man brutit mot LOU så delar man bolagets uppfattning att detta har riskerat att lida skada av överträdelsen. Förvaltningsrätten finner inte anledning till att göra någon annan bedöm-

ning än att kravet på skada är uppfyllt. Eftersom den aktuella bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget är det inte tillräckligt med rättelse utan upphandlingen måste göras om.

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



Peter Lif
rådman

Målet har handlagts av Nicklas Rydgren.