



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2010-10-22
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
14263-10 E
14378-10 E
Enhet 2:1

SÖKANDEN

1) VA-Ingenjörerna Renare Vatten RV AB, 556394-0187
Vretenvägen 13
171 54 Solna

2) LMT Elteknik AB, 556463-2635
Logementsvägen 13 B
281 35 Hässleholm

MOTPART

Vatten & Miljö i Väst AB, 556764-7606
Box 110
311 22 Falkenberg

Ombud: Advokat Johan Rappmann
Advokatfirman Glimstedt AB
Box 2259
403 14 Göteborg

SAKEN

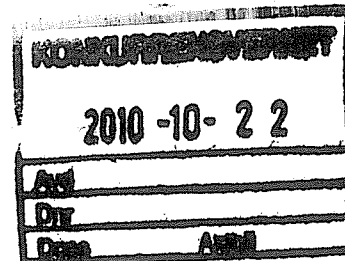
Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster; förkortad LUF

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller VA-Ingenjörerna Renare Vatten RV AB:s ansökan och beslutar att Vatten & Miljö i Väst AB:s upphandling av SCADA-system för vattenverk i Falkenbergs kommun ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår LMT Elteknik AB:s ansökan.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut den 14 juli 2010 upphör därmed att gälla.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

BAKGRUND

Vatten & Miljö i Väst AB (VIVAB) har genomfört en upphandling av SCADA-system för vattenverk i Falkenbergs kommun. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt LUF. Av tilldelningsbeslutet den 8 juli 2010 framgår att Radius Control Systems AB vann upphandlingen.

Förvaltningsrätten beslutade i ett interimistiskt beslut den 14 juli 2010 att upphandlingen inte fick avslutas innan rätten avgjort målet slutligt eller något annat beslutats.

YRKANDEN M.M.

VA-Ingenjörerna Renare Vatten RV AB (VA-Ingenjörerna) yrkar att upphandlingen i dess helhet ska göras om på så sätt att VIVAB utlyser en ny upphandling.

Som skäl för sin begäran anför VA-Ingenjörerna följande. Av tilldelningsbeslutet daterat den 8 juli 2010 framgår att kontraktet har tilldelats Radius Control Systems AB eftersom detta företag funnits ha lämnat det ekonomiskt mest föredelaktiga anbudet. VIVAB har agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Ställningstagandet grundas huvudsakligen på följande. Under anbudstiden distribuerades inte något kompletterande förfrågningsunderlag och inte heller något dokument av typen frågor & svar från VIVAB eller dess ombud. I avsaknad av sådant dokument kontaktade VA-Ingenjörerna VIVAB. Av korrespondensen med VIVAB har framgått att VIVAB har fått in frågor från andra anbudsgivare och svarat på dessa i samma omfattning som det gjordes vid genomgången i Falkenberg samt att det enbart handlat om klargörande av förfrågningsunderlaget men inte några justeringar i utförandet av anläggningen. Det är därför tydligt att klargörandet av förfrågningsunderlaget har skett direkt och endast till den

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

anbudsgivare som ställt fråga och inte till övriga. På denna grund har samtliga anbudsgivare inte haft samma förutsättningar att inge konkurrenskraftiga anbud. Anbudsgivarna har inte behandlats på samma sätt och VIVAB har uppenbart agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

Vidare har anbudsutvärderingen skett i strid med principen om öppenhet och förutsebarhet. Av de administrativa föreskrifterna, AFB.52, framgår att anbudets kostnad skulle jämföras och utvärderas utifrån ett flertal kriterier, bl.a. investeringskostnad etapp 1. Av anbudsutvärderingsprotokollet framgår att VA-Ingenjörernas investeringskostnad för etapp 1 är 2 884 000 kr. VIVAB har vid den fortsatta anbudsprövningen summerat anbudspris och en s.k. utökning – med utökning avses investeringskostnad för etapp 2. VA-Ingenjörernas anbudssumma har sålunda upphöjts till 4 208 620 kr eller med 1 324 620 kr för etapp 2. Hur denna utökning har framräknats är okänt för VA-Ingenjörerna. VIVAB har tydligen använt sig av angivna å-priser och multiplicerat med en godtyckligt vald mängd för att framräkna utökningen. Det har inte någonstans i förfrågningsunderlaget angivits att å-priser skulle ligga till grund för anbudsutvärderingen på det sätt som skett. Av förfrågningsunderlaget har det inte heller kunnat utläsas i vilken mån och till hur stor del angivna å-priser skulle komma att bedömas vid fastställande av investeringskostnad etapp 2 och anbudsprövningen. Sammantaget har alla anbudsgivare inte getts samma förutsättningar att lämna konkurrenskraftiga anbud när klargörande av förfrågningsunderlaget inte skett på samma sätt till samtliga anbudsgivare genom distribution av kompletterande förfrågningsunderlag eller dokument av typen frågor & svar. Beträffande anbudsutvärderingen har det vidare inte avseende "Kostnader" framgått vilka närmare å-priser VIVAB avsåg att lägga till grund för utvärderingen i fråga om etapp 2. VIVAB har härigenom skaffat sig ett i princip obegränsat mått av godtycke och har haft en möjlighet att i efterhand konstruera en formel för beräkning som gynnar en anbudsgivare som VIVAB velat

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

gynna. VIVAB:s agerande står således i strid med principerna om öppenhet, förutsebarhet och likabehandling.

LMT Elteknik AB (LMT) yrkar att upphandlingen ska göras om.

Som skäl för sin begäran anför LMT följande. Anbudshandlingarna har bestått av ett antal dokument som har bedömts innehålla motstridiga uppgifter. Tidigt under anbudstiden har frågor skickats in avseende krav som har ställts i handlingarna och som har varit svåra att uppfylla. Ett sådant krav var att analoga ingångskort ska ha minst 32 bitars upplösning. I svaret från VIVAB stod att det är tillräckligt med 16 bitar. Dessa ändrade förutsättningar i handlingarna har förmodligen inte tillsänts övriga anbudsgivare eftersom ingen kompletterande information har publicerats på Allego. Detta leder till frågan om LMT har blivit diskriminerad på liknande sätt och inte blivit informerad om ändrade förutsättningar i anbudshandlingarna som har uppstått vid frågor från övriga anbudsgivare. VIVAB svarade aldrig när tillgång till övriga frågor & svar begärdes. LMT har också begärt att få ta del av vinnande anbud från Radius för att kontrollera överensstämmelse med förfrågningsunderlag. Bilaga 7 i Radius anbud "Information och kommentarer" har sekretessbelagts och inte lämnats ut till LMT.

VIVAB har inte behandlat alla leverantörer lika genom upphandlingen avseende frågor som har ställts från anbudsgivare under anbudstiden. Detta eftersom frågor och eventuella svar från VIVAB angående anbudshandlingarna inte har distribuerats till samtliga anbudsgivare. VIVAB har efter tilldelningsbeslutet även försvårat möjligheten att kontrollera detta genom att sekretessbelägga delar av vinnande anbud. Vidare strider VIVAB:s agerande att kalla till en gemensam genomgång för samtliga anbudsgivare mot sekretess mellan anbudsgivare.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

VIVAB anser att ansökningarna ska avslås och yrkar att det intermistiska beslutet ska upphävas.

VIVAB anför huvudsakligen följande.

Distribution av frågor & svar

Upphandlingen har avsett ett komplext projekt och anbudsgivarna har därför inbjudits till besök och genomgång på plats. Upphandlingen är en funktionsupphandling där funktionen är överordnad. Anbudsgivare har därför haft valfrihet avseende de ingående utrustningarna och apparaterna med fabrikat och typ. Även den bedömning har gjorts att vid denna typ av upphandling är distribution av frågor/svar som entreprenörerna ställer känslig för att inte avslöja tekniska lösningar som de sedan kommer att redovisa vid beskrivning av systemet i anbudet. Det har inte förutsatts i förfrågningsunderlaget att skriftliga frågor ska ställas för distribution av svar till alla potentiella anbudsgivare. Vid projektgenomgångarna har alla potentiella anbudsgivare fått samma presentation. Representanterna gick vid båda tillfällen igenom handlingarna och svarade på anbudsgivarnas frågor som ställts innan och under genomgången. Frågor som inkom efter möten har varit av mindre omfattning och främst varit direkt kopplade till entreprenörens val av olika system för de datoriserade övervakningssystemet för vattenverket. Svaren har inte inneburit förtydligande av förfrågningsunderlaget, varför likabehandlingsprincipen inte har trätts för när. – Efter att anbuden inkommit har dessa noggrant kontrollerats och frågor för förtydligande ställts till anbudsgivarna för att anbuden ska bli jämförbara ur administrativ och teknisk synvinkel. Anbuden har utvärderats på ett objektiva och noggrant sätt.

Anbudsutvärdering

Det har också påpekats att det i förfrågningsunderlaget inte har angetts genom vilka multiplar utvärderingen av å-priser skulle ske. Dessa enheter

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

har uttryckligen inte satts ut i förfrågningsunderlaget, men det har funnits uppgifter om vad som ingår i grundanbud och antal anläggningar som ingår i etapp 2, varigenom anbudsgivarna har kunnat få en god bild av dessa enheter och omfattningen på upphandlingen. Bedömningskriterierna har viktats i enlighet med lagens bestämmelser. Det finns inget krav på att alla underkriterier ska viktas inbördes. Enheterna för produkter/utrustning och timmar har bedömts internt innan utvärderingen, men har inte offentliggjorts i förfrågningsunderlaget. Skälet är att få anbudsgivarna att lämna normala å-priser och inte priser som sätts av taktiska skäl. Timantalen har inte konstruerats i efterhand utan hänför sig till en uppskattad omfattning av tidsåtgång för ett projekt av nu ifrågavarande omfattning. Antalet timmar är således en bedömd summa av åtgång avseende löpande timmar för etapp 2 under respektive underkriterium. Förfrågningsunderlaget och de använda utvärderingskriterierna är i väl överensstämmelse med praxis av anbudsgivare i branschen. Förfrågningsunderlaget har tolkats på i stort sett samma sätt av alla anbudsgivare. Utvärderingen har skett i enlighet med anbudsformuläret och de i formuläret angivna utvärderingskriterierna och viktningarna därav. Kriterierna har tillämpats objektivt och enhetligt på anbudsgivare, varvid anbudspriser och anbudskostnader har utvärderats på ett korrekt och rimligt sätt. – Sammanfattningsvis strider utvärderingen och tilldelningen inte mot kraven på likabehandling, öppenhet och förutsebarhet. Något fel som utgör grund för ingripande vid upphandlingen har inte förevarit, i vart fall inte av sådan omfattning eller karaktär att felet har påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. VA-ingenjörerna har inte lidit eller har inte kunnat komma att lida skada av eventuellt brott mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF.

Frånfall från skallkrav

Det är korrekt att LMT har fått uppgiften om att analoga ingångskort istället för ett krav om 32 bitar kan ha 12 eller 16 bitar. Samma besked har lämnats till samtliga anbudsgivare vid de två gemensamma genomgångar-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

na. Vid detta kriterium har anbudsgivarna haft en valmöjlighet. "Teknisk beskrivning – Användarmanual" var ett av anbudsgivarna eget upprättat dokument som skulle bifogas för att VIVAB skulle kunna genomföra anbudsutvärderingen. Avseende detta förutsattes att anbudsgivaren skulle redovisa analogkortets upplösning i anbudet. Hur stor upplösning som erhålls är en "fabrikskonstruktion" för varje anbudsgivares utrustning, vilket inte endast kan justeras eller uppjusteras för ett anbud, utan omkonstruktion av utrustningen. Ingen anbudsgivare kan göra detta för Falkenbergsanläggningen. Kravet på 32 bitars upplösning har utgjort ett önskemål om funktionens bästa möjliga upplösning och stor noggrannhet. En 32 bitars upplösning är således bättre än 16 bitar. VIVAB har angett detta för att varje anbudsgivare skulle redovisa sin lösning och hade hoppats på att någon anbudsgivare skulle skaffa sig konkurrensfördelar med en ny teknisk lösning. Ingen av anbudsgivarna har offererat 32 bitars upplösning, vilket visar på att alla har fått informationen eller på annat sätt förstått att kravet inte var menat som ett skallkrav.

Sekretessfrågor

Enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400, OSL) är det "uppgift som rör anbud" som är skyddade av sekretess. Det kan i och för sig röra uppgift på vilka anbudsgivare som ansökt om att vara med i anbudsgivningen vid prekvalificering. I förevarande fall har visserligen förutsatts att anbudsgivare ska delta i de gemensamma genomgångarna i samband med besök på Kärreberg. Även om det skulle ha inneburit merarbete så skulle VIVAB inte ha nekat enskilt besök om man såsom anbudsgivare valt två dagar för genomgång vid Kärrebergets vattenverk. Besök är nödvändigt då ombyggnaden ska ske av vattenverket. Vid denna typ av projekt måste besök göras på plats. Av hygieniska skäl har antalet besök har begränsats till två. Skälet till att ha gemensamma genomgångar på plats har alltså varit rationella. Genom att efterkomma VIVAB:s önskemål att delta vid genomgången har envar anbudsgivare

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**DOM**

avstått från anbudssekretess i denna del, dvs. såvitt avser sin egen existens som presumtiv anbudsgivare.

Att ett tilldelningsbeslut fattas i en upphandling innebär att den absoluta sekretessen upphör. Det betyder dock inte att samtliga uppgifter om anbudet alltid blir offentliga. Den upphandlande myndigheten måste alltid göra en sekretessprövning enligt tryckfrihetsförordningen (1949:105, TF) om det allmänna kan ta skada om uppgifter i samband med upphandlingen röjs eller om 31 kap. 16 § OSL är tillämplig innebärande fortsatt sekretess, om det kan antas att den enskilde lider skada. Information om tilldelning av kontrakt behöver inte offentliggöras, om detta t.ex. skulle skada offentliga eller privata intressen eller motverka en sund konkurrens dem emellan. VIVAB har bedömt att det finns särskild anledning att anta att utlämnandet av vissa delar av Radius anbud kan orsaka att det bolaget lider skada. De sekretessbelagda handlingarna avsåg av Radius framtagna projektspecifika beskrivningar för lösning och utförande av föremålet för upphandlingen. Beslutet är inte överklagat. VIVAB har inte beslutat om sekretess i syfte att försvåra LMT:s kontroll av VIVAB:s utvärdering. VIVAB har skyldighet att besluta om sekretess när bestämmelserna i lag är tillämpliga.

VA-Ingenjörerna har därefter anfört huvudsakligen följande. Att det har reserverats tider för muntlig genomgång och frågor saknar betydelse. Denna genomgång föranleder inte på något sätt att likabehandlingsprincipen kan anses ha iakttagits. Möjligheten att närvara vid dessa genomgångar har inte funnits för samtliga anbudsgivare och frågor har ställts och besvarats även efter dessa tillfällen. Vad VIVAB gör gällande att frågor som inkommit efter mötet varit av mindre omfattning och främst direkt kopplade till entreprenörens val av olika system för de datoriserade övervakningssystemen för vattenverken är inte särskilt förvånande och saknar betydelse. – Beträffande anbudsutvärderingen synes VIVAB göra gällande att motivet har varit att anbudsgivare inte ska lämna priser av taktiska skäl. Förklar-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

14263-10 E
14378-10 E

ingen läker inte den brist agerandet innebär när det kommer till förutsebarhet och transparens. VIVAB har på detta sätt godtyckligt kunnat styra tilldelningen av kontraktet mot önskad leverantör.

LMT har därefter tillagt följande. Det har inte gjorts någon genomgång av LMT:s frågor vid den gemensamma genomgången som LMT deltog i. LMT undrar också hur de muntliga frågorna som besvarades under genomgångarna har vidarebefordrats till övriga anbudsgivare. Eftersom genomgångarna skedde vid två olika tillfällen så är frågan hur deltagarna under de olika dagarna har fått ta del av den andra dagens svar på eventuella frågor. LMT har inte heller fått del av de frågor som kommit in efter genomgångarna från olika anbudsgivare, vilket strider mot likabehandling och öppenhet. Svaren på dessa frågor innehåller beskrivningar/förtydligande som hade varit till fördel vid lämnande av anbud. Att tekniska lösningar skulle redovisas här, såsom VIVAB påstår, är inte troligt. Skulle det ha varit så är det märkvärdigt att man kallar alla anbudsgivare på gemensamma genomgångar där frågor kan ställas, när man inte kan distribuera dem till anbudsgivarna p.g.a. känsliga tekniska lösningar.

Kravet i anbudshandling 2.4 Teknisk beskrivning för SCADA-system s. 13 har utformats på följande sätt.

Följande krav ställs på analoga ingångskort:

- Galvanisk skiljning
- Insignal 4-20 mA omställbar 0-20 mA i något fall 0-10 VDC
- Upplösning min 32 bitar.

Detta kan tolkas bara som ett minimikrav för hur funktionen ska realiseras. Kravet kan svårligen ses som ett önskemål. Den inkomna frågan från VA-Ingenjörerna den 29 april "Under teknisk beskrivning hårdvara PLC system kraven på analoga in resp. utgång. Är de riktiga?" visar att inte alla anbudsgivare har tagit del av den information att kravet på upplösning inte var menat som ett skullkrav och som enligt VIVAB ska ha lämnats på de

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**DOM**

gemensamma genomgångarna. Sammantaget anser LMT att distributionen av frågor/svar har varit bristfällig under anbudstiden.

Vidare finns vid denna typ av upphandling av standardlösningar för övervakning av vattenverk inte skäl för att sekretessbelägga vinnande anbud annat än för att försvåra en granskning av eventuella avvikelser mot anbudshandlingar.

VIVAB vidhåller sin inställning och tillägger i huvudsak följande. Projektgruppen gick igenom LMT:s frågor innan de gemensamma genomgångarna. Svar lämnades på de delar som var allmängiltiga vid mötet och som berörde övriga anbudsgivare, utan att delge konkurrenter LMT:s lösningar. Många av frågorna som ställdes före och under de gemensamma genomgångarna besvarades under genomgångarna. Övriga frågor berörde i flera fall anbudsgivarens lösning och för andra frågor fanns svaren i förfrågningsunderlaget. Besök på vattenverk har ansetts nödvändigt för att entreprenörerna ska kunna skaffa sig kännedom om arbetsområdet och andra förhållanden som kan erfordras för kontraktarbetenas utförande. – Likabehandlingsprincipen har iakttagits med hänsyn till upphandlingens karaktär och möjlighet till egna lösningar varför det inte har varit lämpligt att göra samtliga frågor och svar offentliga innan anbud lämnats.

Anbudsutvärderingen har inte styrts godtyckligt. Det har legat i sakens natur och varit uppenbart för samtliga anbudsgivare att enheter skulle sättas in i en utvärderingsmodell. Utifrån inverteringen av 11 leveranspunkter/VA-anläggningar har det angetts mängdenheter i utvärderingsmodellen avseende hårdvaror, mjukvaror, operatörsplats osv. Enheterna motsvarar således behovet av upphandlad utbyggnad av dessa anläggningar. Det har vidare gjorts en erfarenhetsgrundad skönsmässig bedömning av antalet timmar för framtida behov. VA-Ingenjörerna har för övrigt inte gjort san-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

nolikt att de i utvärderingen angivna enheterna inte varit rimliga eller påstått att så varit fallet.

Frågan om minimum av 32 bitars upplösning på analoga ingångskort klargjordes vid den muntliga genomgången i Kärreberg. Ingen av anbudsgivarna har offererat 32 bitars upplösning. Det är uppenbart att det har retts ut innan anbuds avgivande, alternativt har anbudsgivare som inte har uppfattat att kravet modifierats. För alla anbudsgivare i branschen har detta inte påverkat möjligheterna att lämna anbud eller anbudets innehåll. I förfrågningsunderlagets anbudsformulär har funnits en "krysslista" såsom en påminnelse om skallkrav i underlaget. Det har också vid genomgångarna påpekats att samtliga i anbudsformuläret angivna krav skulle anges i eller bifogas till anbudet.

DOMSKÄL

LUF har genom SFS 2010:572 genomgått vissa ändringar som, enligt övergångsbestämmelserna, trätt i kraft den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelserna ska äldre bestämmelser gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Nedan redovisas i målet tillämpliga bestämmelser.

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 15 kap. 16 § LUF framgår att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket. Den upphandlande enheten skall antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket skall viktas vid bedömningen eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största spridning. Kriterieviktningen eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

I 12 kap. 1 § andra stycket LUF föreskrivs att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall enheten 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.

I 19 kap. 3 § första och andra styckena OSL anges. Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttinghet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Begreppet tjänst omfattar inte arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra. Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett lands-ting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 5 a kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 5 a kap. 11 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Sekretessen enligt detta stycke gäller inte vid ett ansökningsförfarande enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Av 31 kap. 16 § första stycket OSL framgår följande. Sekretess gäller för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden när denne i annat fall än som avses i 1 § första stycket, 2-4 och 12 §§ har trätt i affärsförbindelse med en myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten uttalade då att förfrågningsunderlaget skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlade enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Regeringsrätten konstaterade att det sagda också följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade ändå enligt Regeringsrätten får godtas under förutsättning att de principer som bär upp reglerna om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

EG-domstolen har i mål C-532/06 (Lianakis) konstaterat att om kontraktet skall tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ankommer det på den upphandlande myndigheten att ange vilka kriterier de avser att tillämpa, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först (punkt 35). Principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och den därtill hörande principen om insyn som följer av likabehandlingsprincipen innebär enligt EG-domstolen att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, skall underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlade myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och deras vikt i förhållande till varandra. De potentiella anbudsgivarna skall nämligen kunna få kännedom om kriterierna och deras omfattning i samband med att de utformar sina anbud. 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 (punkt 36 – 38).

Distribution av frågor & svar

Det är ett oeftergivligt krav att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Det är dock oundvikligt att det vid en upphandling av förevarande omfattning kan uppkomma frågor avseende förfrågningsunderlaget eller andra förutsättningar som den upphandlande enheten ska klargöra. Av utredningen i målet (punkt AFA.211 i förfrågningsunderlaget) framgår att VIVAB har i förväg vidtagit åtgärder i form av två gemensamma genomgångar på plats för upphandlingens föremål. På genomgångarna har klargörande av förfrågningsunderlaget skett och frågor från potentiella anbudsgivare besvarats. Närvaro på en av genomgångarna har från den upphandlande myndighetens sida setts närmare som en förutsättning än en möjlighet för anbudsgivarna för att kunna genomföra kontraktsarbeten. Genomgångarna har väl dokumenterats och materialet kommit anbudsgivarna till handa. Efter

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

genomgångarna har ytterligare frågor från fyra anbudsgivare, bl.a. LMT och VA-Ingenjörerna, ställts till och besvarats av den upphandlande enheten. Dessa har dock inte distribuerats till alla potentiella leverantörer. Dessa frågor har besvarats delvis genom hänvisningar till ritningar och administrativa föreskrifter samt till klargöranden som gjorts vid genomgångarna. I den del frågorna har rört leverantörernas eventuella egna lösningar har det gjorts klart att lösningarna ska komma att undersökas i de ingivna anbudena.

Den upphandlande enheten har av naturliga skäl mest kunskap om upphandlingsprojektet och följaktligen ett visst bedömningsutrymme om en uppgift eller information är av sådan karaktär att denna ska distribueras till samtliga potentiella anbudsgivare eller om den redan i någon form finns tillgänglig och därför inte behöver sändas ut. Mot denna bakgrund samt med hänsyn till upphandlingens karaktär, dvs. att det har funnits möjlighet att välja egna tekniska lösningar, får VIVAB genom att inte göra samtliga frågor och svar offentliga innan anbud lämnats anses inte ha agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Inte heller har det framkommit att VIVAB i sin hantering av mötena eller frågorna från leverantörerna och svaren från VIVAB handlat i strid mot denna princip eller överhuvudtaget mot någon bestämmelse i LUF. Att någon leverantör lidit eller kan komma att lida skada på grund av VIVAB:s agerande har inte framkommit. Det sagda innebär att något ingripande med stöd av LUF inte ska ske i anledning av nu behandlad grund.

Frånfall från skallkrav

En av de frågor som omfattas av den s.k. likabehandlingsprincipen är att den upphandlande myndigheten normalt inte får frångå ett uppställt skallkrav under pågående upphandling. Kravet på minst 32 bitars upplösning av analoga ingångskort har angetts specifikt som ett minimikrav. Det framgår inte heller på annat sätt av utformningen att den upphandlande enheten

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

skulle acceptera mindre upplösning. Därför får minimikravet på 32 bitars upplösning anses utgöra ett skallkrav. Det har dock framkommit att VIVAB, trots kravets utformning, betraktat det som enbart ett önskemål och att det har klargjorts till anbudsgivarna, inklusive LMT, att även lägre upplösning skulle godtas. Att frånga ett skallkrav innebär, oavsett om det finns en överenskommelse om detta eller inte, en brist i upphandlingen och strider mot principen om likabehandling och förutsebarhet. Ingen av anbudsgivarna har dock offererat 32 bitars upplösning. Det har inte framkommit att VIVAB:s godtagande av mindre upplösning än 32 bitar inneburit att någon leverantör lidit eller kan komma att lida skada, varför något ingripande inte ska ske i anledning av denna felaktighet.

Sekretessfrågor

Enligt 19 kap. 3 § andra stycket OSL gäller absolut sekretess beträffande uppgifter som rör anbud. LMT menar att VIVAB genom att kalla samtliga anbudsgivare till två gemensamma genomgångar inte har beaktat att sekretess mellan anbudsgivare ska upprätthållas tills upphandlingen är avslutad i den mening att uppgiften om vilka anbudsgivare som ansökt om att vara med i anbudsgivningen har röjts. Det har också framkommit att dessa genomgångar på plats har varit nödvändiga med hänsyn till det som upphandlingen avser och att fråga är om en funktionsupphandling. Inbjudan har riktats till alla potentiella anbudsgivare. Det har inte visats att uppgifter som rör anbud har diskuterats eller röjts. LMT har vidare haft möjligheten att under förfarandet påtala eventuella invändningar mot genomgångarna. Det är därmed inte visat att VIVAB genom att hålla gemensamma genomgångar stridit mot principen om likabehandling eller någon annan bestämmelse i LUF.

LMT menar vidare att VIVAB genom beslut den 13 juli 2010 har sekretessbelagt vissa delar av det vinnande anbudet i syfte att försvåra kontroll över anbudsutvärderingen. Detta beslut ska överklagas särskilt till kam-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 17
14263-10 E
14378-10 E

marrätten. Frågan om anbudet i de delarna ska lämnas ut till LMT kan förvaltningsrätten därför inte pröva.

VIVAB:s agerande i sekretessfrågor har sammanfattningsvis inte visats vara i strid med LUF. Något ingripande enligt LUF ska därför inte ske i anledning av VIVAB:s handlande i nu bedömd del.

Anbudsutvärdering

VA-Ingenjörerna anför att VIVAB har brutit mot principerna om förutsebarhet och transparens genom att vid anbudsutvärderingen använda en parameter, en s.k. utökning, vilket lett till att VA-Ingenjörernas anbudssumma har höjts. Av utredningen framgår att denna parameter är en erfarenhetsgrundad skönsmässig bedömning av antalet timmar avseende programmering m.m. för framtida behov, vilket internt har bedömts innan utvärderingen, men inte offentliggjorts i förfrågningsunderlaget.

Av rättspraxis på området framgår att potentiella anbudsgivare, innan de utformar sina anbud, ska underrättas om de upphandlingskriterier som anbudena måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. Det har även fastslagits att upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas – under förutsättning att utvärderingen kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det förhållandet att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget (se RÅ 2002 ref. 50).

VIVAB har vid utvärderingen använt sig av en ganska komplicerad, men i branschen accepterad, utvärderingsmodell. Vid utvärderingen av ingivna anbud har dock tillkommit en uppskattad omfattning av tidsåtgång avseende löpande arbetstimmar för etapp 2, vilket lett till att anbudssummorna har

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

utifrån denna parameter höjts av den upphandlande enheten. Parametern har, trots att den är en skönsmässig uppskattning av framtida behov av arbetstimmar, grundat sig på erfarenhet och varit känd för VIVAB. Det kan anses utgöra en sådan väsentlig uppgift som har tillmätts betydelse vid utvärderingen, men som anbudsgivarna inte har kunnat förutse eller ha klart för sig. Eftersom syftet med en offentlig upphandling är bl.a. konkurrensutsättning innebär det att även priserna konkurrerar utifrån angivna kriterier och parametrar, varför det måste antas att kännedom om en sådan parameter skulle kunna ha medfört en annorlunda prissättning hos anbudsgivarna. Förfrågningsunderlaget ger inte heller någon ledning för att en sådan parameter skulle tillkomma vid utvärderingen. Utvärderingsmodellen får därför anses strida mot de unionsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens och VIVAB har följaktligen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Bristen har medfört att VA-Ingenjörerna lidit eller kan komma att lida skada, varför det finns grund för att tillgripa åtgärder enligt 16 kap. 2 § LUF. Eftersom bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1 b)



Urban Karlsson

Målet har föredragits av Julia Balogh Jourak.



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.