



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-12-05
Meddelad i
Göteborg

Sida 1 (10)

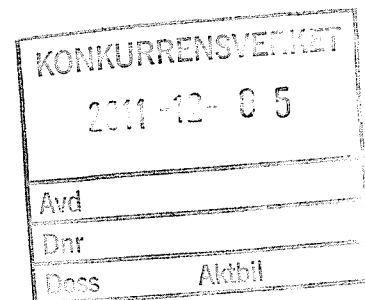
Mål nr
10829-11 E
10830-11 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

1. Projektengagemang El o Automation i Väst AB, 556731-8315
Badhusgatan 29
541 31 Skövde

2. Ramböll Sverige AB, 556133-0506
Box 17009
104 62 Stockholm

Ombud för 1 och 2:
Elin Liljeblad Laine
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

**MOTPART**

Trollhättans Tomt AB, 556008-8535
Box 953
461 29 Trollhättan

Ombud: Advokaten Tobias Hamrin
Advokatfirman Delphi KB
Östra Hamngatan 29
411 10 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökningarna och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 117207

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

Telefax
031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Trollhättans Tomt AB genomför en upphandling av ramavtal avseende "Konsultuppdrag inom el- och telesektorn". Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 21 september 2011 framgår att Trollhättans Tomt AB (Tomtab) avser att teckna ramavtal med andra leverantörer än Projektengagemang El o Automation i Väst AB och Ramböll Sverige AB (bolagen).

YRKANDEN M.M.

Bolagen ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen görs om.

Till stöd för talan anförs bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget

Av utvärderingsprotokollet framgår hur Tomtab har poängsatt de olika utvärderingskriterierna och dess undergrupper (kompetens, tillgänglighet, kvalitet och miljö, timarvoden och reseersättningar) med 0-100 poäng. I fotnoter framgår hur poängen är satt och vad som är maxpoäng för de faktorer som Tomtab valt att poängsätta i de olika undergrupperna.

Inte någonstans i förfrågningsunderlaget informerar Tomtab om hur poängsättningen kommer att ske eller vad som kommer att tillmätas betydelse i utvärderingen. Poängsättningen vad gäller samtliga kriterier har varit helt okänd för anbudsgivarna fram till att tilldelningsbeslutet delgavs dem. Inte ens maxpoängen för de olika undergrupperna har varit känd för anbudsgivarna.

Hade bolagen vetat vad Tomtab skulle tillmäta betydelse i poängsättningen hade de utformat sina anbud annorlunda och t.ex. angett fler referenser från skolor för att få högre poäng samt angett att befintlig personal var auktoriserad att utföra elrevisionsbesiktning. Vidare hade man, om man vetat att timkostnaden för uppdragsansvarig och övrig personal skulle viktas lika tungt, lagt sina priser annorlunda.

Sammanfattningsvis anser bolagen att förfrågningsunderlaget är behäftat med sådana allvarliga brister att potentiella anbudsgivare kan ha avstått från att delta i upphandlingen på grund av detta. Vidare anser bolagen att deltagande anbud behandlats på ett godtyckligt sätt och att Tomtab genom att utforma förfrågningsunderlaget på det sätt som skett, dvs. utan att ange vad de tillmäter betydelse och hur poängen kan fördelas vid utvärderingen gett sig själv helt fria möjligheter att välja vem de önskar teckna avtal med. Tomtab måste därmed anses ha brutit mot kravet på transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Fråga om tillämpligt upphandlingsförfarande

Tomtab har publicerat förfrågningsunderlaget i Visma Opics databas. De har även publicerat en förhandsannons i samma databas, vilken skickades för publicering i Europeiska kommissionens databas den 17 maj 2011. Av annonserna framgår, till skillnad från förfrågningsunderlaget som anger att fråga är om förenklat förfarande, att det är fråga om en öppen upphandling, vilken enligt regelverket ska användas vid upphandling över tröskelvärdena. Förfrågningsunderlaget och annonserna är alltså motstridiga på denna punkt.

Tomtab har använt sig av förenklat förfarande. Detta förfarande medges enbart i 15 kap. LOU som möjlig att använda om kontraktets värde understiger tröskelvärdet. Vid ett förenklat förfarande får den upphandlande

myndigheten förhandla med en eller flera leverantörer. Denna möjlighet ges inte vid öppet förfarande. Anbudsgivarna har inte fått kännedom om huruvida Tomtab avsett eller faktiskt förhandlat med en eller flera av leverantörerna. Eftersom värdet av kontraktet överstiger tröskelvärdet anser bolagen att kapitel 15 och 16 i LOU inte får tillämpas i denna upphandling.

Anbudstidens längd

Anbudsgivarna har endast haft 36 dagar på sig att komma in med anbud. Enligt 8 kap. 2 § LOU ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering. Denna tidsfrist kan förkortas under vissa förutsättningar. En möjlighet är att förhandsannonsera upphandlingen. Detta kräver dock att förhandsannonseringen skett på ett korrekt sätt med vilket menas att bland annat minst 52 dagar ska ha gått från den dag då förhandsannonsen skickades för publicering. Annonsen publicerades den 7 juni 2011 i Europeiska kommissionens databas och då hade endast 20 dagar förflutit sedan förhandsannonsens skickades för publicering. Villkoret för att förkorta anbudstiden med anledning av förhandsannonsen är därmed inte uppfyllt.

Däremot finns det förutsättningar för en förkortning av anbudstiden med tolv dagar med stöd av 8 kap. 5 och 6 §§ LOU. Anbudsgivarna skulle därför i vart fall ha fått minst 40 dagar på sig att komma in med anbud. Eftersom anbudsgivarna i detta fall endast fick 36 dagar på sig att komma in med anbud har Tomtab brutit mot 8 kap. 2-4 §§ LOU.

Sammanfattningsvis har bolagen till följd av ett oklart utformat förfrågningsunderlag lidit skada. Bolagen har vidare lidit skada då de inte getts tillräcklig tid för utformning av sina anbud samt då de inte vetat huruvida Tomtab tillämpat förenklat förfarande eller öppet förfarande. Vidare finns en uppenbar risk att potentiella anbudsgivare avstått från att lämna anbud på grund av de båda ovan angivna grunderna. Eftersom bristerna hänför sig

till upphandlingens konkurrensuppsökande skede anser bolagen att upphandlingen ska göras om.

Tomtab anser att bolagens ansökan ska avslås.

Förfrågningsunderlagets utformning

Tomtab anser att förfrågningsunderlaget uppfyller de upphandlingsrättsliga kraven på transparens och tillbakavisar bolagens påståenden om att deltagande anbudsgivares anbud behandlats på ett godtyckligt sätt. Det framgår av förfrågningsunderlaget vilka faktorer som skulle komma att bedömas och vilken viktning respektive faktor skulle tillmätas.

Av bl.a. RÅ 2002 ref. 50 framgår att även ett icke optimalt utformat underlag får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när samt att en upphandlande myndighet kan använda sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen så länge dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Tomtab bestrider även att potentiella anbudsgivare skulle ha avstått från att delta i upphandlingen på grund av brister i förfrågningsunderlaget, att poängsättningen skett godtyckligt samt att sökandenas poäng i utvärderingen skulle ha påverkats därav.

Fråga om tillämpligt upphandlingsförfarande

Att det i förfrågningsunderlaget angetts att upphandlingens form är förenklad upphandling är ett rent skrivfel. Upphandlingen har skett som ett öppet förfarande vilket också har angetts vid förhandsannonseringen. Att så är fallet framgår för övrigt även av att upphandlingen avser A-tjänster och överstiger tröskelvärdet. Om någon potentiell anbudsgivare trots detta skulle ha känt osäkerhet om vilken upphandlingsform som gällde hade denna osäkerhet kunnat undanröjas genom ett en enkel fråga. Tomtab

bestrider att eventuell osäkerhet till följd av skrivfelet i förfrågningsunderlaget skulle ha haft några konsekvenser för anbudsgivarna.

Anbudstidens längd

Tomtab har förhandsannonserat upphandlingen. Tidsfristen för att komma in med anbud vid öppet förfarande bör då enligt 8 kap. 4 § LOU vara minst 36 dagar men får vara ännu kortare, ner till 22 dagar. Denna tid får förkortas ytterligare med upp till tolv dagar. Som framgår av ansökan om överprövning så hade anbudsgivarna i detta fall 36 dagar på sig att komma in med anbud. Tidsfristen för att komma in med anbud har således varit uppfyllt, oavsett vilken exakt tidsfrist som ska anses ha gällt.

Bolagen har emellertid gjort gällande att Tomtab inte kunnat använda sig av den förkortade tidsfristen om 36 dagar eftersom förhandsannonseringen inte ska ha skett på ett korrekt sätt. Bolagen gör gällande att det måste gå 52 dagar mellan dagen för förhandsannonsering och publicering av annonsen/förfrågningsunderlaget. Tomtab uppfattar emellertid lagtexten som att de 52 dagarna avser tiden mellan dagen för förhandsannonsering och sista dag för att komma in med anbud. Då mer än 52 dagar förflutit mellan dagen då förhandsannonsen skickades för publicering och sista dag för inkommande med anbud gör Tomtab gällande att det funnits förutsättningar för att använda sig av den förkortade tidsfristen om 36 dagar.

Tomtab bestrider därför att tidsfristen för att komma in med anbud inte varit i överensstämmelse med LOU. Även om förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingsförfarandet inte uppfyllt gällande tidsfrister menar Tomtab att sökandena inte har lidit någon skada till följd härav.

Sammanfattningsvis menar Tomtab att det inte föreligger fel i upphandlingen och att bolagen inte har lidit skada till följd härav.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 beaktas.

Enligt 8 kap. 2 § LOU ska vid öppet förfarande tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, om inte något annat följer av 4-8 §§.

– I 4 § anges att om den upphandlande myndigheten har förhandsannonserat enligt 7 kap. 2 §, bör tidsfristen för att komma in med anbud vid öppet eller selektivt förfarande vara minst 36 dagar och får inte något fall vara kortare än 22 dagar från den dag då annonsen skickades för publicering. De tidsfrister som anges får användas endast om 1) förhandsannonseringen innehöll de uppgifter som anges i bilaga VIII A till Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster i den mån uppgifterna var tillgängliga vid tidpunkten för förhandsannonseringen, och 2) minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonseringen skickades för publicering. – Av 5 § framgår att om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel, får tidsfristen enligt 2 och 4 §§ för att komma in med anbud vid öppet förfarande förkortas med sju dagar.

– Av 6 § följer att tidsfristerna för att komma in med anbud vid öppet förfarande får, utöver vad som följer av 5 §, förkortas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget från den dag då annonsen om upphandlingen skickades till Europeiska gemenskapernas kommission för publicering.

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga om tillämpligt upphandlingsförfarande

Ostridigt är förfrågningsunderlaget och annonserna om upphandlingen motstridiga vad avser angivande av tillämpligt upphandlingsförfarande. Det framstår dock som helt klart att det är fråga om en uppenbar felskrivning i förfrågningsunderlaget (förenklat förfarande) och att det med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget i övrigt måste ha stått klart för en normalt omsorgsfull anbudsgivare att fråga rätteligen varit om ett öppet förfarande på sätt angetts i annonserna. Även den förkortade tidsfristen för inkommande av anbud ger uttryck för att fråga varit om ett öppet förfarande. Det saknas vidare skäl för att ifrågasätta Tomtabs uppgift om att upphandlingen också genomförts med ett öppet förfarande. Skäl för ingripande enligt LOU i denna del finns därför inte.

Tidsfristen för att komma in med anbud – anbudstidens längd

Enligt huvudregeln ska vid öppet förfarande tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 52 dagar från den dag då annonsen skickades för publicering. Frågan är om det funnits förutsättningar för att förkorta denna tidsfrist till 36 dagar med stöd av 8 kap. 4 § LOU. Enligt denna bestämmelse kan tidsfristen förkortas endast om förhandsannonsen innehållit viss nödvändig information och, som nu är av intresse, minst 52 dagar gått från den dag då förhandsannonsen om upphandlingen skickades för publicering. I Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG art. 38 p. 4, som

ligger till grund för nu aktuell bestämmelse i LOU, anges att en förkortad tidsfrist kan medges om förhandsmeddelandet avsänds för offentliggörande mellan 52 dagar och 12 månader före den dag då meddelandet om upphandling avsändes. Bolagens uppfattning att det måste gå 52 dagar mellan dagen för förhandsannonsering och publicering av förfrågningsunderlaget är sålunda riktig. Eftersom detta tidsspänn inte är uppfyllt har det inte funnits någon möjlighet att förkorta tidsfristen till 36 dagar med stöd av 8 kap. 4 § LOU. Däremot har det, vilket också är ostridigt, funnits förutsättningar för att med stöd av 5 och 6 §§ samma kapitel förkorta anbudstiden med tolv dagar till $(52 - 10 =) 40$ dagar. Anbudstiden har sålunda varit fyra dagar för kort och i strid med LOU. Bolagen har emellertid inte närmare angett på vad sätt de lidit eller kan komma att lida skada av denna brist. Inte heller på denna grund finns det därför skäl för ingripande enligt LOU.

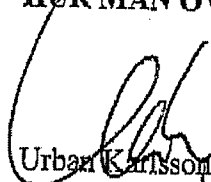
Förfrågningsunderlagets utformning – transparens (förutsebarhet)

EU-domstolen har konstaterat att tilldelningskriterier ska vara formulerade så att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka dessa på samma sätt. Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen uttalet att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och förstå hur utvärderingen ska ske. Vid anbudsprövningen är det alltså inte tillåtet att beakta något annat än vad som finns angett i förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet har således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa.

Kraven på transparens och likabehandling innebär bland annat att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt på så sätt att leverantörerna ska ha möjlighet att bedöma vad den upphandlande myndigheten efterfrågar och hur utvärderingen kommer att gå till samt kunna kontrollera att upphandlingen har utförts på ett korrekt sätt.

Av Tomtabs förfrågningsunderlag framgår att fyra huvudkriterier utgör utvärderingsgrunder och att de viktats i fallande ordning. Däremot framgår det inte hur de underkriterier som innefattas i huvudkriterierna ska poängsättas och de har haft en avgörande betydelse för utfallet av utvärderingen. Förfarandet har lämnat ett stort utrymme för godtycklighet och därmed för en bedömning som inte grundar sig på objekt fastställda kriterier, utan som i stället innehåller ett stort mått av subjektivitet och i princip fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten. Detta innebär att leverantörer saknat möjlighet såväl att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuderna som att kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Detta medför att förfrågningsunderlaget har varit bristfälligt i fråga om förutsebarhet och att utvärderingsmodellen därför får anses strida mot den unionsrättsliga principen om transparens. Bolagen har lidit skada eller kunnat lida skada på grund härav. Det finns därför skäl för ett ingripande enligt LOU. Eftersom det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd, utan upphandlingen måste göras om.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michael Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

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 var till 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgi sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU