

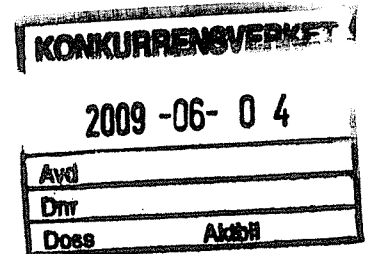
**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2009-06-03
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
9337-09
Rotel 221

SÖKANDE
Lindqvist Bygg AB

Ombud: Jur.kand. Jan Andersson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm



MOTPART
AB Svenska Bostäder, 556043-6429

Ombud: Stadsadvokaten Malin Lindvall
Stadsledningskontoret i Stockholms stad
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Lindqvist Bygg AB:s ansökan om åtgärder enligt LOU och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut den 8 maj 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 430191

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 Svenska Bostäder har genomfört en öppen upphandling avseende en stomkompletteringsentreprenad del 2, för bostäder Kontorsskylden 8, i Vällingby. Av tilldelningsbeslutet, daterat den 30 april 2009, framgår att AB Svenska Bostäder har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Lindqvist Bygg AB.

Länsrätten har i beslut den 8 maj 2009 beslutat att AB Svenska Bostäder tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Lindqvist Bygg AB ansöker hos länsrätten om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sin ansökan anför Lindqvists Bygg AB i huvudsak följande. AB Svenska Bostäder har haft möten med anbudsgivarna efter anbudstidens utgång. Efter dessa möten har anbudsgivarna inkommit med reviderade anbudshandlingar. Vinnande anbud visar bl.a. att anbudssumman sänkts efter anbudstidens utgång, vilket skett efter förhandlingar med AB Svenska Bostäder. Lindqvist Bygg AB har fått ta del av anbud, kompletterande anbudshandlingar och protokoll över anbudsgivarna. Lindqvist Bygg AB har däremot inte fått ta del av information från AB Svenska Bostäder gällande de förhandlingar som företagits. Det ska särskilt framhållas att synbart små förändringar eller justeringar i kontraksarbeten kan medföra stora förändringar i anbudssummorna. Helt klart är att anbudssumman ändrats efter anbudstidens utgång. Vid en öppen upphandling ska inte någon förhandling ske med anbudsgivarna överhuvudtaget. I förevarande upphandling har AB Svenska Bostäder genomfört omfattande förhandlingar med anbudsgivarna. En sådan omfattande förhandling kan inte rymmas inom det utrymme som finns för komplettering av anbud enligt 9 kap. 8 § LOU. AB

Svenska Bostäders tilldelningsbeslut uppfyller inte kriterierna för att utgöra ett upphandlingsmeddelande då skälen och vinnande anbudssumma inte har angetts i beslutet. Lindqvist Bygg AB vet helt enkelt inte vad som avgjort utgången i upphandlingen. Upphandlingen är således behäftad med sådana brister att den ska göras om.

AB Svenska Bostäder bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget uppfyller lagens krav på förutsebarhet och transparens. Anbuderna har utvärderats i enlighet med angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivare har behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. Således har varken utvärderingen eller förfarandet i övrigt skett i strid med LOU. Förfrågningsunderlaget har utgjorts av ett stort antal handlingar, däribland 70-80 ritningar. Efter anbudsöppningen kallades anbudsgivarna till anbudsgenomgång. Anbudsgenomgångar syftar till att utröna om anbudsgivare uppfattat entreprenadens omfattning korrekt eller om behov finns av förtydliganden och/eller kompletteringar. Anbudsgenomgångar genomförs regelmässigt i upphandlingar av aktuellt slag. I förevarande fall har det varit av särskild vikt att utröna om anbudsgivarna uppfattat rätt gränssnitt gentemot övriga entreprenader. Anbudsgenomgångarna har genomförts i enlighet med en i förväg upprättad handling. Vid anbudsgenomgången konstaterades att anbudsgivare feltolkat ritningar i underlaget och i något fall att pris lämnats på moment som inte ingått i entreprenaden. Exempelvis har vinnande anbudsgivare efter feltolkning av en ritning räknat på för många s.k. tilluftsdon. Genom punkt B p. 3 och 4 i den handling som legat till grund för anbudsgenomgången har AB Svenska Bostäder gjort smärre justeringar av förfrågningsunderlaget. Innebörden av p. 3 är att en viss golvtyp tillkommer och av p. 4 att en vägg utgår. Att smärre justeringar erfordras är ofrånkomligt i ett projekt av den här storleksordningen som omfattar ca 20 separata entreprenader. Innebörden av p. 5 och p. 6 är att vid respektive anbudsgenomgång klargöra om respektive moment ingår eller inte i lämnade priser. AB Svenska Bostäder bestrider att förhandlingar

förts med anbudsgivarna. Gjorda prisjusteringar är en direkt konsekvens av vad som framkommit vid respektive anbudsgenomgång och är att hänföra till feltolkning av ritning, omfattningen av entreprenaden eller till AB Svenska Bostäders justering av förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarnas förklaring till prisjusteringarna framgår av de handlingar som Lindqvist Bygg AB tagit del av. Att anbudsgenomgångar genomförs och att sådana kan medföra prisjusteringar ryms inom utrymmet för förtydligande och komplettering enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU. AB Svenska Bostäder bestrider vidare att tilldelningsbeslutet inte uppfyller kraven i 9 kap. 9 § LOU. Om anbudet antagits på den grunden att de haft lägst anbudspris är det tillräckligt att i upplysningarna om tilldelningsbeslutet redovisa detta. Det är inte nödvändigt att dessutom ange anbudspriset (Prop. 2001/02:142 s. 97). För att en domstol ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse skett ska en påstådd överträdelse ha medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. I förevarande fall hade inte Lindqvist Bygg AB lägst pris vare sig före eller efter anbudsgenomgångarna. Skaderekvisitet i 16 kap. 2 § 1 stycket LOU är därmed inte uppfyllt.

Lindqvist Bygg AB anför i huvudsak följande. Inledningsvis kan konstateras att upphandlingen är behäftad med två formfel, anbudstiden som tillämpats strider mot LOU och det har felaktigt angetts att anbud med lägst pris ska antas trots att det funnits två utvärderingskriterier. Hur utvärderingskriteriet å-priser utvärderats och hur detta utvärderingskriterium har utvärderats i förhållande till utvärderingskriteriet anbudssumma är oklart. Tilldelningsbeslutet är i denna del helt intetsägande. Lindqvist Bygg AB vet inte hur eller varför anbudssummorna justerats nedåt efter förhandlingarna, d.v.s. de förhandlingar som pågick i flertal timmar med anbudsgivarna. Förfarandet såsom skett i nu aktuellt upphandling strider mot reglerna i LOU om öppet förfarande, vilket otvetydigt är det upphandlingsförfarande som tillämpats. I 8 kap. 2 § LOU anges vid öppet förfarande att tidsfristen

för att komma in med anbud ska vara 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering. Lindqvist Bygg AB fick del av förfrågningsunderlaget den 18 februari 2009, samma dag som administrativa föreskrifter är daterade. Anbudet skulle vara inne den 31 mars 2009. Tiden däremellan är 41 dagar. Lindqvist Bygg AB begärde omedelbart ut förfrågningsunderlaget när bolaget tog del av annonsen. Upphandlingen är således behäftad med ytterligare en formell brist såtillvida att anbudstiden inte är 52 dagar, vilket är ett krav enligt LOU. Såsom AFB.52 i de administrativa föreskrifterna är utformad är det inte fråga om anta anbud med lägst pris. Det kan konstateras att fråga egentligen är om att AB Svenska Bostäder ska anta det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet eller om det finns två utvärderingskriterier, d.v.s. anbudssumma och å-priser. I tilldelningsbeslutet har inte på något sätt klargjorts eller överhuvudtaget berörts hur utvärderingen gått till i denna del, t.ex. om det skett någon viktning mellan dessa två utvärderingskriterier. Detta ger upphandlande myndighet möjlighet till godtycke. Mot bakgrund av att anbudssummorna dessutom har ändrats efter förhandlingarna och justerats nedåt är omständigheterna som avgjort utgången i upphandlingen oklara, vilket i sig är en sådan brist att detta motiverar ett ingripande. AB Svenska Bostäder anför att det är fråga om anbudsgenomgång och anger att detta genomförs regelmässigt. Vid öppet förfarande ska normalt inga direktkontakter mellan upphandlande myndighet och anbudsgivare förekomma. Att genomföra regelrätta förhandlingar som pågår ett flertal timmar är inte tillåtet vid öppet förfarande och är något som överhuvudtaget inte kan genomföras inom ramen för 9 kap. 8 § LOU. I förevarande upphandling har t.o.m. anbudssummorna sänkts efter förhandlingarna. Fråga är då om anbudet ska betraktas som nytt och inkommet efter anbudstidens utgång. Upphandlingen är således behäftad med en formell brist av allvarligt slag. Eftersom Lindqvist Bygg AB först i länsrätten fått ta del av den av AB Svenska Bostäder i förväg upprättade handlingen gällande anbudsgenomgångarna kan bolaget inte vitsorda att förhandlingarna fördes i enlighet med denna. Handlingen synes

för övrigt vara en mall för upprättande av upphandlingsprotokoll/kontrakt. Vad gäller AB Svenska Bostäders hänvisning till punkterna B 3 och 4 i åberopad handling kan konstateras att dessa punkter endast är en bråkdel av det som behandlades vid förhandlingarna med anbudsgivarna. Påståendet från AB Svenska Bostäder att någon slags förhandling skett p.g.a. feltolkning av handlingarna får anses märkligt och utgör i sig en omständighet som motiverar att upphandlingen görs om. Dels kan konstateras att likabehandlingsprincipen träts för när om förhandlingar förs om en anbudsgivare gjort en feltolkning, dels kan konstateras att just vad avser tilluftsdon är det en avsevärd variation vad avser antalet tilluftsdon mellan vinnande anbud, anbudsgivaren som kom tvåa och Lindqvist Bygg AB:s anbud. Detta trots att AB Svenska Bostäder angett detta som exempel. Beloppsmässigt torde skillnaden i anbuden vad gäller tilluftsdon motsvara ca 1 000 000 kr. Det torde vara helt klart att upphandlingen genomförts i strid med LOU. Lindqvist Bygg AB har på grund härav lidit eller riskerar att lida skada.

AB Svenska Bostäder anför bl.a. följande. Det bestrids att det funnits två utvärderingskriterier. Pris har lämnats på sätt som framgår av anbudsformuläret p. A 5 och p. A 6. Som framgår i slutet av p. A 6 summeras ersättningen enligt p. A 5 ihop med delsummorna enligt p. A 6. Det är således inte på något sätt oklart hur den utvärderade anbudssumman räknats fram. Vad gäller anbudstiden följer av 8 kap. 5 § LOU att den vid öppet förfarande kan förkortas med sju dagar om en annons skickas med elektroniska medel. I förevarande fall skickades annonsen elektroniskt via OPIC. Som framgår av annonsen annonserades upphandlingen den 13 februari 2009. Enligt avsnitt IV.3.4 var sista dag för mottagande av anbud 31 mars 2009. Anbudstiden har därmed varit 46 dagar vilket är i överensstämmelse med regleringen i 8 kap. 5 § LOU. Anbudsgenomgångarna har som tidigare anförts genomförts enligt en i förväg upprättad handling. Vid anbudsgenomgångarna har anbudsgivarna inklusive sökanden därutöver presente-

rat sina företag, deltagarna vid mötet och anbudet. Vissa möten var effektiva och kortare än andra.

Lindqvist Bygg AB vidhåller sin talan.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Av 8 kap. 2 § följer att vid öppet förfarande skall 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 §§.

Av 8 kap. 5 § följer att om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel, får tidsfristerna enligt 2 och 4 §§ för att komma in med anbud vid öppet förfarande förkortas med sju dagar.

Av 9 kap. 8 § första stycket LOU följer att en upphandlande enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU följer att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 9 kap. 9 § första stycket följer att en upphandlande myndighet snarast möjligt ska skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall

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

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlag den 18 februari 2009, ID 4169, kv. Kontorsskylten 8, bostäder punkthusen, Stomkomplettering del 2 (E 12-2) framgår bl.a. av AFB.11 att öppen upphandling tillämpas. Av AFB.52 följer att av de anbudsgivare som uppfyller kraven i AFB. 51 kommer beställaren att anta det anbud som efter uppräknig med ändrings- och tilläggsarbeten enligt anbudsformulär har lägst pris.

Av anbudsgenomgångsprotokoll den 16 april 2009 framgår bl.a. under punkten A att anbudsgivaren åtar sig att för beställarens räkning utföra stomkomplettering del 2 i överensstämmelse med angivna handlingar och konkretiseringar. Av punkten B framgår att de administrativa föreskrifterna har konkretiserats.

Länsrättens bedömning

De grundläggande principer som skall efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud skall vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Lika-behandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande skall bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

AB Svenska Bostäder har vid den nu aktuella upphandlingen valt ett öppet upphandlingsförfarande. Vid ett sådant förfarande bjuder den upphandlande enheten in leverantörer att lämna anbud genom annonsering. Efter det att anbuden inkommit genomför den upphandlande enheten en kvalificering av leverantörerna och en utvärdering av anbuden. Vid öppet förfarande får den upphandlande enheten inte förhandla med anbudsgivarna (se Upphandlingens grunder, 2008, av Kristian Pedersen).

Tilldelningsbeslutet

Det är viktigt att den upphandlande enheten utformar upplysningarna om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som lagts till grund för beslutet att anta ett visst anbud. Om anbudet antas på den grunden att det haft lägst anbudspris är det dock tillräckligt att redovisa detta i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. Det är då inte nödvändigt att dessutom ange anbudspriset (Prop. 2001/02:142 sid. 97).

Lindqvist Bygg AB anser bl.a. att tilldelningsbeslutet inte uppfyller kriterierna för att utgöra ett upphandlingsmeddelande då skälen och vinnande anbudssumma inte angetts i beslutet. Bolaget anför vidare att det har funnits två utvärderingskriterier. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid hur den utvärderade anbudssumman räknats fram och att utvärderingsgrunden lägsta pris tillämpats. Av tilldelningsbeslutet framgår att Freja Riv Bygg & Sanering tilldelas kontraktet, med hänvisning till att företaget lämnat lägsta pris på ett komplett anbud utan reservationer. Länsrätten finner att tilldelningsbeslutet uppfyller kraven på att utgöra ett upphandlingsmeddelande. Skäl att med stöd av 16 kap. 2 § LOU besluta om ingripande mot upphandlingen på denna grund föreligger därmed inte.

Anbudstiden

Lindqvist Bygg AB har bl.a. anfört att anbudstiden om 52 dagar i 8 kap. 2 § LOU inte har iakttagits i upphandlingen. Av handlingarna i målet framgår att annonsen om upphandlingen infördes elektroniskt den 13 februari 2009. Sista datum för mottagande av anbud var den 31 mars 2009, d.v.s. efter 46 dagar. AB Svenska Bostäder uppfyller därmed stadgad frist för att inkomma med anbud enligt 8 kap. 2 och 5 §§ LOU, vilken medger en förkortning av anbudstiden med 7 dagar. Oavsett hur anbudstiden beräknas har Lindqvist Bygg AB inkommit med anbud inom föreskriven tid och anbudet har utvärderats av AB Svenska Bostäder. Därmed är det inte visat att Lindqvist Bygg AB lidit eller kan komma att lida skada p.g.a. denna grund enligt 16 kap. 2 § LOU.

Anbudsgenomgångarna

Lindqvist Bygg AB har bl.a. anfört att AB Svenska Bostäder genomfört omfattande förhandlingar med anbudsgivarna och att anbudssumman sänkts efter anbudstidens utgång. AB Svenska Bostäder har mot detta invänt bl.a. att man genomfört anbudsgenomgångar och att dessa medfört prisjusteringar som ryms inom utrymmet för förtydligande och komplettering enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU.

AB Svenska Bostäder har valt att genomföra upphandlingen som en öppen upphandling. Öppen upphandling innebär att anbudet provas och antas utan någon förhandling med anbudsgivarna. Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får en upphandlande myndighet dock begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bestämmelsen, som överensstämmer med 1 kap. 21 § äldre LOU, ska tillämpas restriktivt och kommunikationen mellan den upphandlande enheten och leverantören bör doku-

menteras (prop. 2006/07:128 s. 377). Möjligheten till förtydliganden och kompletteringar bör ske med utgångspunkt i de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU så att risken för särbehandling undviks. Av hänsyn till vikten av att en upphandlings olika skeden dokumenteras torde någon form av skriftligt förfarande vara att rekommendera (Karnov, kommentar till 9 kap. 8 § LOU).

AB Svenska Bostäder har i den nu aktuella upphandlingen, sedan anbuds-tiden gått ut och anbudet öppnats, genomfört s.k. anbudsgenomgångar då man sammanträffat med de olika anbudsgivarna, en i taget, varvid anbudet reviderats. Det är ostridigt att anbudsgenomgångarna medfört prisjusteringar. Länsrätten finner att genomförda justeringar inte kan anses rymmas inom utrymmet för förtydliganden och komplettering enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU och att möjligheterna till förutsebarhet och transparens genom förfarandet reducerats betänkligt. De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU har alltså åsidosatts. Lindqvist Bygg AB har lidit eller riskerat att lida skada på grund härav. Ansökan ska därför bifallas och upphandlingen ska göras om.

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



Annika Sandström

chefsrådman

Föredragande har varit Magnus Johansson.



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 nå 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.

