



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
 Enhet 6

DOM
 2016-11-02
 Meddelad i Luleå

Mål nr
 1530-16

SÖKANDE

Fastighetssnabben AB, 556197-7033
 Box 1449
 801 39 Gävle

Ombud: Advokat Olov Matsson
 Advokatfirman Abersten HB
 Box 1313
 801 37 Gävle

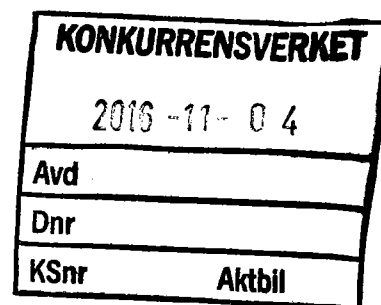
MOTPART

Lulebo AB, 556007-0541
 Köpmangatan 27
 972 33 Luleå

Ombud: Advokat John Hane och Daniel Sjöholm
 Foyen Advokatfirma AB
 Box 7229
 103 89 Stockholm

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ”Driftentreprenader 2016 - byggnad (exklusive installationer), yttre miljö och lokalvård” får avslutas först sedan rättelse genom en ny utvärdering gjorts.

Dok.Id 79731

Postadress
 Box 849
 971 26 Luleå

Besöksadress
 Skeppsbrogatan 43

Telefon
 0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax
 0920-22 04 59

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Lulebo AB (Lulebo) har genom öppet förfarande upphandlat ”Driftentreprenader 2016 - byggnad (exklusive installationer), yttre miljö och lokalvård”. Av tilldelningsbeslutet framkommer att Lulebo beslutat att teckna avtal med Riksbyggen.

Fastighetssnabben AB (Fastighetsnabben) var en av tre leverantörer som lämnade anbud i upphandlingen.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Fastighetssnabben yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Riksbyggens anbud inte ska beaktas. I andra hand yrkar Fastighetsnabben att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA FRAMFÖR

Fastighetsnabben framför sammanfattningsvis följande.

Grunder för rättelse

Referenser

Av UF 3.512 framgår att det är ett ska-krav att de företag som lämnar anbud har goda referenser för aktuellt uppdrag. Tre olika referenter ska enligt mall svara på fem frågor med betyg ett till fem. Vidare framgår att anbudsgivare

som redovisar färre referenser än vad som anges i anbudsformuläret får noll poäng för varje referens som inte redovisas.

Att referenser ska fyllas i enlighet med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget har ytterligare understrukits under upphandlingstiden genom en fråga besvarad den 13 juni 2016. Av svaret framgår tydligt att referenser ska fyllas i, signeras av referenten och lämnas med anbudet i enlighet med vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget.

Som framgår av anbudsmaterialet har Riksbyggen lämnat tre referenser med referensuppdragen 1. Lulebo, 2. ICA Fastighet och 3. SBF Trumman i Luleå. Referensuppdragen 2 och 3 stämmer med de krav som finns uppsatta i UF 3.512, däremot saknas i referensuppdrag 1 beställarens handläggare och således saknas också denne persons poängsättning och underskrift.

Referensuppdrag 1 ska således tilldelas 0 poäng på samtliga fem frågor, vilket när man räknar medelvärdet för referent ett ger 0 poäng i medelvärde. Enligt UF 3.512 ska medelvärdet för anbudsgivares samtliga referenter överstiga 2,5 poäng. Detta krav kan således inte anses vara uppfyllt. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras, varvid Riksbyggens anbud ska uteslutas.

Grund för att upphandlingen ska göras om

Transparensprincipen

Om förvaltningsrätten bortser från det första yrkandet hävdar Fastighetsnabben att Lulebo i vart fall har åsidosatt grundprinciperna i LOU om transparens och likabehandling.

Fastighetsnabben har tolkat förfrågningsunderlaget så att varje enskild referens ska nå ett medelvärde om 2,5 poäng. Någon annan tolkning är inte rimlig.

Om förfrågningsunderlaget kan tolkas på annat sätt är det uppenbart att förfrågningsunderlaget är otydligt på denna punkt. Anbudsgivaren kan inte förutse hur referentens poäng kommer att fördelas utifrån de på förhand givna förutsättningarna. Det vill säga att det utifrån samma text går att få olika utfall vid utvärderingen. Detta kan inte anses vara transparent. Upphandlingen ska i så fall göras om.

Likabehandlingsprincipen

Lulebo frångår även principen om likabehandling när den utvärderar Riksbyggens anbud. Lulebo har satt sina poäng som referent efter det att anbudet lämnats in. Detta tillvägagångssätt gör att beställaren har möjlighet att styra upphandlingen i en viss riktning, genom att man helt enkelt sätter så många poäng som krävs för att en viss anbudsgivare ska vinna upphandlingen. Genom att utvärdera Riksbyggens anbud på detta sätt har Lulebo åsidosatt principen om likabehandling. Upphandlingen ska därför göras om.

Fastighetsnabbens skada

Fastighetsnabbens anbud har hamnat på andra plats vid utvärderingen och ska rätteligen vinna anbudsutvärderingen. På grund av nedlagt arbete i samband med anbudslämnandet och utebliven vinst kommer Fastighetsnabben att lida skada.

Lulebo framför sammanfattningsvis följande.

Gällande referenser samt komplettering

I förfrågningsunderlaget, under koden, UF3.512 anges att de uppdragsgivare som tidigare utfört uppdrag åt Lulebo ska redovisa Lulebo som en av referenserna.

Riksbyggen omfattades av denna bestämmelse, varvid Riksbyggen kom in med Lulebo som referent genom referensblanketten för referens nummer 1.

Lulebo vitsordar att Riksbyggens referensblankett för Lulebo inte innehöll någon poängsättning, information om handläggare eller namnteckning. Lulebo begärde därför att Riksbyggen skulle komplettera den aktuella referensblanketten. Riksbyggen kompletterade därefter den aktuella referensblanketten.

Lulebo har givetvis inte planerat att låta anbudsgivare komplettera med referenters poängbedömning efter anbudstidens utgång, vare sig beträffande externa referenser eller referenser internt från Lulebo. Lulebo vill framhålla att den referensperson hos Lulebo som bedömt Riksbyggens tidigare utförda arbeten givetvis inte haft någon som helst inblick i eller information om den pågående upphandlingen och inkomna anbud.

Anbudsutvärderingen är vidare genomförd på så sätt att samtliga enskilda referensuppdrag måste erhållit ett medelvärde om minst 2,5 poäng. Detta framgår med önskvärd tydlighet av sista raden i bilaga 2 till protokollet från anbudsutvärderingen där det framgår att Lulebo bedömt minimikravet om poängmedelvärdet "per referensuppdrag". I korthet är det alltså ostridigt i målet att varje referensuppdrag ska ha ett minsta medelvärde om 2,5 poäng.

Vidare kan konstateras att Riksbyggen som totalt sett erhöll det sämsta utfallet avseende referensernas poäng, erhållna poäng från Lulebo, tillsammans med Riksbyggens poäng från referens 2 är de lägsta referenspoängen som anbudsgivare fick av sina referenter. Riksbyggen fick två poster om fem poäng och tre poster om fyra poäng.

Efter den genomförda kompletteringen överstiger poängen från Riksbyggens samtliga referenser det minsta godkända medelvärdet om 2,5 poäng. Medelvärdet för erhållen referens nummer 1 uppgår till 4,4 poäng, medelvärdet för referens nummer 2 uppgår till 4,4 poäng samt till 5 poäng för referens nummer 3.

Därutöver kan konstateras att Lulebos poängsättning inte hade kunnat förändra utfallet i anbudsutvärderingen överhuvudtaget. Även om Lulebo tilldelat Riksbyggen den lägsta godkända poängnivån om totalt 13 poäng vilket motsvarar ett medelvärde om 2,6 poäng, hade Riksbyggens anbud ändå bedömts vara det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Det beror till stor del på att denna utvärderingsgrund enbart viktats med 10 procent i anbudsutvärderingen. Riksbyggen vann i stället den aktuella upphandlingen genom att i sitt anbud lämna det mest konkurrenskraftiga och lägsta anbudspriset som kompenserade för dåliga utfall i andra delar av utvärderingen.

Lulebo har således inte gynnat Riksbyggen som erhållit, i jämförelse med de andra referenternas lämnade poäng i den aktuella upphandlingen, låga poäng från Lulebo. De poäng som Riksbyggen fått från Lulebo bygger på en saklig bedömning av erfarenheter från Riksbyggens tidigare uppdrag hos Lulebo. Poängsättningen från Lulebo är givetvis gjord av en anställd hos Lulebo som arbetat i verksamheten nära Riksbyggen och inte av personer som handlagt den aktuella upphandlingen. Något informationsbyte dem emellan om inkomna anbud och/eller om bristerna i Riksbyggens anbud har överhuvudtaget inte ägt rum. Lulebo har även internt upprätthållit sekretessen vid

upphandlingen. Poängsättningen av Riksbyggens anbud har inte påverkat eller ens kunnat påverka utfallet i upphandlingen. Kompletteringen har varken gynnat eller missgynnat någon anbudsgivare. Det har således inte förekommit någon form av styrning av utfallet i den aktuella upphandlingen.

Förfrågningsunderlaget är alltigenom transparent och tydligt. Lulebo vitsordar den av Fastighetsnabben framförda tolkningen av det aktuella kravet. Kravet kan svårligen tolkas på något annat sätt utan att en sådan avvikande tolkning skulle stå i direkt strid med ordalydelsen i kravbeskrivningen, se förfrågningsunderlaget i helhet, särskilt kod UF3.512 i förfrågningsunderlaget och med förfrågningsunderlaget i dess helhet.

Den aktuella kompletteringen inryms i det handlingsutrymme som lagstiftaren instiftat i 9 kap. 8 § LOU. Lulebo ifrågasätter inte att denna kompletteringsmöjlighet inte få tillämpas för att läka oreparerbara brister i ingivna anbud. Bestämmelsen ger den upphandlande myndigheten en möjlighet att begära att anbudsgivare bland annat kompletterat sitt anbud i olika avseenden så länge detta kan ske utan särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I det fall att det förekommit ett liknande kompletteringsbehov i upphandlingen hade Lulebo givetvis bedömt den kompletteringssituationen på samma sätt. Någon särbehandling är det således inte tal om. Kompletteringen har heller inte lett till någon begränsande effekt av konkurrensen. Om den aktuella kompletteringen överhuvudtaget haft någon som helst påverkan av konkurrensen har detta skett i en positiv riktning genom att resultatet av kompletteringen inneburit att en anbudsgivare till inkluderats i anbudsutvärderingen. Det har således varit frågan om en tillåten komplettering.

Angående eventuell åtgärd

De av Fastighetsnabben framförda grunderna synes enbart kunna föranleda ett beslut om att upphandlingen ska göras om. Det handlar om resonemanget kring otydlighet angående kravet på ett minsta medelvärde för referenspoängen. Denna grund saknar emellertid substans då parterna tycks vara av samma uppfattning angående kravet innebörd. Då någon otydlighet inte förligger är det inte möjligt för domstolen att förordna om att upphandlingen ska göras om. Skulle Fastighetsnabben även frånfalla sin talan i denna del kvarstår endast möjlighet för förvaltningsrätten att, vid bifall, besluta om en rättelse av anbudsutvärderingen till fördel för Fastighetsnabben.

Skaderekvesitet

Fastighetsnabben har inte klargjort på vilket sätt bolaget lidit skada. Eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget har inte påverkat Fastighetsnabbens möjligheter att erhålla aktuellt kontrakt.

När det gäller skadan som Fastighetsnabben skulle ha lidit eller riskerat att lida, kopplat till den påstådda styrningen av utfallet i aktuell upphandling, så är den obefintlig. Poängen som Riksbyggen fått av Lulebo i referensupptagningen har inte påverkat utfallet i någon riktning.

Fastighetsnabben har heller inte lidit eller riskerat att lida skada av den komplettering som skett. Kompletteringen har genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget, LOU och gällande praxis. Först om förvaltningsrätten kommer fram till att Lulebos begäran om komplettering från Riksbyggen gått utöver vad som är tillåtet enligt 9 kap. 8 § LOU och att Riksbyggens anbud skulle ha förkastats, kan Fastighetsnabben ansetts ha lidit någon skada i LOU:s mening.

Vad Fastighetsnabben vidare framför

Gällande förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget anges att prövning av referenser kommer att ske på grundval av de referenser som anbudsgivaren ska uppge i sitt anbud enligt anbudsformulär. Av detta följer att det är ett obligatoriskt krav för anbudsgivaren att uppge referenser enligt anbudsformuläret och att de uppgifter som framgår av formuläret ska vara ifyllda.

Av anbudsformuläret framgår bland annat att beställarens handläggare (referent) ska anges och att formuläret ska undertecknas av den angivna referenten. Om någon referent inte hade angetts hade man alltså inte lämnat någon referens i enlighet med anbudsformuläret.

Därtill framgick av anbudsformuläret att referenten skulle besvara fem olika frågor genom att betygsätta anbudsgivaren i olika avseenden. Om inte referenten hade besvarat dessa frågor hade anbudsgivaren inte heller lämnat någon referens i enlighet med anbudsformuläret.

I förfrågningsunderlaget anges vidare att anbudsgivare som redovisade färre referenser än vad som angavs i anbudsformuläret, dvs. tre stycken, skulle få noll poäng för varje referens som inte redovisats. Därefter angavs att om något svar referent inte erhöles på någon av de fem frågorna i anbudsformuläret skulle anbudsgivaren erhålla noll poäng för den frågan. Slutligen framgår att medelvärdet för varje enskild referens skulle ligga på 2,5 poäng och att kravet på goda referenser annars inte skulle vara uppfyllt, medförande att anbudsgivarens anbud skulle förkastas och inte tas upp till prövning. Detta är parterna överens om.

Riksbyggens referenser

Vid anbudstidens utgång hade Riksbyggen lämnat in tre anbudsformulär med referensuppdrag. Anbudsformuläret för referensuppdrag 1 avsåg Lulebo. I anbudsformuläret hade inte någon referensperson angetts. Något svar på frågor från referenten hade inte heller angetts. Något svar på frågor från referenten saknades och formuläret var således inte heller undertecknat. Riksbyggen skulle ha erhållit noll poäng för referentuppdrag 1. Detta innebär att Riksbyggen för referensuppdrag 1 skulle ha fått ett medelvärde om noll poäng. Riksbyggens anbud skulle därmed ha förkastats och inte tagits upp till prövning.

Komplettering

Av 9 kap. 8 § LOU följer att en myndighet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Redan genom att Lulebo begärt Riksbyggen att komplettera sitt anbud förelåg risk för att Riksbyggen skulle särbehandlas. Oavsett vad Lulebo har anfört om sekretess m.m. måste det alltså ha förelegat en icke obetydlig risk att referenten från Lulebo lämnade betyg som skulle gynna Riksbyggens anbud på ett otillbörligt sätt. Lulebo hade kännedom om innehållet i alla ingivna anbud när begäran om komplettering gjordes. Begäran om komplettering var således inte tillåten i enlighet med bestämmelsen i LOU.

Det synes vara ostridigt att Fastighetsnabben riskerat att lida skada under förutsättning att Riksbyggens anbud borde ha förkastats och att kompletteringen inte var tillåten.

Vad Lulebo vidare gemmäler

Efter närmare granskning av förfrågningsunderlaget föreligger ett behov av att justera talan angående frågan om kravet på medelvärde från referenserna.

Lulebo gör nu gällande att kravet på ett minsta medelvärde ska tolkas på så sätt att det minsta medelvärdet som krävs är ett sammanslaget medelvärde erhållet från samtliga referenser. Justeringen beror på ett missförstånd.

Genom att plocka ut enskilda formuleringar på sätt som Fastighetsnabben har gjort så går det att tolka förfrågningsunderlaget på flera olika sätt men sett i sitt sammanhang framstår det klart att medelvärdeskravet innebär att medelvärdena ska räknas genom en sammanslagning av samtliga referensers poäng. Som exempel ska en mindre bra referens inte föranleda ett förkastande av anbudet om det finns goda referenser som kan kompensera denna mindre bra referens. Det är alltså felaktigt att varje enskild referens måste uppnå ett minsta medelvärde om 2,5 poäng. I stället är det samtliga referenspoäng sammanräknat som minst ska uppnå ett medelvärde om 2,5 poäng.

Att det rör sig om samtliga referenspoäng och inte ett krav på varje enskild referens framgår av punkten UF3.512 i förfrågningsunderlaget, där det ordagrant anges att; medelvärdet för samtliga referenser ska ligga över 2,5. Det kan sålunda inte föreligga någon tveksamhet om att det handlar om medelvärdet för anbudsgivarens samtliga referenser och inte medelvärdet för de enskilda referenserna.

Därutöver ska det påpekas att det under ovan nämnda kod i förfrågningsunderlaget tydligt beskrivs att ett utelämnande av referenser medför att anbudet erhåller noll poäng för den utelämnade referensen. Vidare medför ett utelämnande av en poängangivelse att denna angivelse ska beräknas som

noll poäng. Förfrågningsunderlaget föreskriver alltså att det går att erhålla enskilda referenser med noll poäng. Fastighetsnabbens tolkning av kravet på medelvärdet stämmer inte överens med förfrågningsunderlaget då denna tolkning medför att anbud med en enskild referenspoäng om noll poäng ska förkastas. Om bolagets tolkning hade varit korrekt hade detta angetts i förfrågningsunderlaget i stället för den nu angivna formuleringen om att anbud kan erhålla noll poäng för enskilda referenser.

Angående skaderekvisitet

Det är inte ostridigt i målet att Fastighetsnabben skulle ha lidit skada på sätt som LOU kräver för ett ingripande från förvaltningsrätten. Fastighetsnabben har varken lidit skada på grund av den komplettering som skett eller de eventuella otydligheter som föreligger i förfrågningsunderlaget.

Då medelvärdet, som ska användas för det aktuella medelvärdeskravet, ska beräknas på samtliga referenspoäng kan det konstateras att kompletteringen som skett inte har medfört någon som helst förändring i utfallet för den aktuella upphandlingen. Genom kompletteringen fick Riksbyggens anbud ett sammanlagt medelvärde om 3,13 poäng. Riksbyggens anbud klarar således det aktuella medelvärdeskravet oavsett om kompletteringen genomförts eller inte. Slutsatsen blir att Riksbyggen hade vunnit den aktuella upphandlingen även om kompletteringen inte hade genomförts varför skaderekvisitet inte är uppfyllt.

Vad Lulebo därefter genmält

Fastighetsnabben noterar att Lulebo nu justerat sin talan med hänvisning till ett "missförstånd" från Lulebos ombuds sida. Fastighetsnabben noterar även att "missförståndet" uppenbarligen förelegat hos Lulebo även vid anbudsutvärderingen.

Av bilaga 2 till protokollet från anbudsutvärderingen framgår hur Lulebo tillämpade bestämmelsen om kravet på goda referenser när anbudet utvärderades. ”Medelvärde poäng per referensuppdrag, min 2,5 p”.

Lulebo var alltså vid anbudsutvärderingen av uppfattningen att varje referensuppdrag skulle uppnå en poäng om minst 2,5 poäng och inte såsom Lulebo nu i efterhand gör gällande, att minsta medelvärde avsåg medelvärdet för samtliga referenser. Bestämmelser i UF3.512 ska alltså tolkas på det sätt som Fastighetsnabben förespråkade. Varje enskild referens ska ha ett medelvärde över 2,5.

Lulebo har hänvisat till att det ordagrant anges att medelvärdet för samtliga referenser ska ligga över 2,5 men detta påstående är inte riktigt. I bestämmelsen anges ordagrant att medelvärdet för samtliga *referenter* ska ligga över 2,5. Det är alltså skillnad på *referenser* och *referenter*. Att där anges referenter ger stöd för Fastighetsnabbens uppfattning att någon referens inte lämnades enligt förfrågningsunderlaget om inte någon referent angavs.

Riksbyggen kan således inte anses ha lämnat någon referens eftersom någon referent aldrig angavs. Uppgift om referens saknades därigenom helt. Angivandet av referent efter begäran om komplettering avsåg alltså en uppgift som helt saknades i Riksbyggens anbud. Lulebos begäran om komplettering var därför inte tillåten.

Lulebos genmäle

Fastighetsnabbens argumentering kring ordet ”referent” och ”referens” saknar relevans för förvaltningsrättens bedömning i målet. Resonemanget avser frågan om minimikravet för referenspoängen och spelar ingen roll för tolkningen av kravet. Det finns inget stöd för att resonemanget skulle rikta sig mot varje enskild referens. Anbudsgivarna hade förfrågningsunderlaget till

underlag vid anbudets ingivande och enligt Fastighetsnabbens argumentation finns situationer då referenserna riskerade att erhålla noll poäng för enskilda frågor och situationer. Det hade varit oerhört ologiskt att införa olika bestämmelser i ett förfrågningsunderlag med innebörden att en hel referens riskerar att få noll poäng. Det skulle vara ologiskt att införa olika bestämmelser i ett förfrågningsunderlag med innebörden att en referens tilldelats noll poäng, om detta i enlighet med Fastighetsnabbens resonemang, automatiskt skulle leda till ett förkastande. Bolagets tolkning står alltså i strid med förfrågningsunderlagets systematik och lydelse.

Det har aldrig förekommit någon annan uppfattning hos Lulebo än att kravet på ett minsta medelvärde ska tolkas på så sätt att det minsta medelvärde som krävs är ett sammanräknat medelvärde erhållet från samtliga referenser. Justeringen av Lulebos talan beror uteslutande på ett missförstånd från under-tecknande ombuds sida i kommunikeringen med Lulebo. Missförståndet låg till viss del i formuleringen från bilagan till protokollet från anbudsutvärderingen, vilket Fastighetsnabben tycks bygga sin talan på. Bilagan är upprä-tad för att översiktligt tydliggöra tabellens summering. Det går inte att dra den slutsats som Fastighetsnabben gör enbart på denna formulering.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter ska 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.

Av 9 kap. 8 LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap. LOU.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören 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.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Är förfrågningsunderlaget otydligt?

Av förfrågningsunderlagets punkt UF3.512 framgår att anbudsgivare ska redovisa vissa delar i förtryckta bilagor. Gällande referensuppdrag ska tre bilagor för tre referensuppdrag redovisas enligt anbudsformulär.

Kravet är enligt förvaltningsrätten tydligt angett som ett obligatoriskt krav, vilket torde innebära att varje anbudsgivare ska lämna tre referensuppdrag för att vara kvalificerade.

Motstridigt detta krav framgår därefter under nämnda punkt att anbudsgivare som redovisar färre referenser än vad som anges i anbudsformuläret får noll poäng för varje referens som inte redovisas. Detta torde innebära att färre referenser kan anges, dock med poängavdrag som följd.

Förvaltningsrätten anser redan härav att förfrågningsunderlaget i denna del är otydlig och motsägelsefull och strider mot transparensprincipen. Även mot bakgrund av de yttranden parterna inkommit med samt på sätt hur förfrågningsunderlaget och till upphandlingen tillhörande handlingar utformats, kan förvaltningsrätten inte konstatera annat än att förfrågningsunderlaget gällande medelvärdesberäkningen varit otydlig. Uppfattningen av hur medelvärdet gällande lämnade referenser ska beräknas synes efter parternas skriftväxling initialt ha varit ostridigt för att senare tydligt gå isär. Vidare synes parterna även ha olika uppfattningar om vad referenser respektive referenter getts för innebörd i upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att Lulebo i anbudsformuläret gällande referensuppdrag angett att beställare/handläggare är referent, dvs. den som poängsätter referensuppdragen. I yttranden till domstolen noterar förvaltningsrätten dock att Lulebo sammanblandar begreppen och anger bl. a. att det i förfrågningsunderlaget anges att medelvärdet för samtliga *referenter* ska ligga över 2,5 när det i själva verket i förfrågningsunderlaget anges *referenser*. Lulebo uppger att sökandens argumentering kring ordets innebörd saknar relevans. Förvaltningsrätten anser däremot att såsom Lulebo utformat sitt förfrågningsunderlag kan ordalydelsen av begreppen referent och referens inte anses sakna betydelse då *referenten* är den som poängsätter i anbudet angivna *referensarbeten*.

Vad gäller beräkningen av medelvärde anges under samma punkt att medelvärdet för anbudsgivares samtliga *referenter* ska ligga över 2,5 samt att kravet om goda referenser i annat fall inte anses vara uppfyllt och anbudet för-

kastas. I bilaga 2 till anbudsutvärderingen har Lulebo vid beräkningen av medelvärdet angett: "Medelvärde poäng per referensuppdrag, min 2,5 p".

Även här anser förvaltningsrätten att uppgifterna är motstridiga men konstaterar att poängberäkningen i aktuell upphandling blir densamma oavsett om medelvärdet beräknas per *referent* eller per *referens*. Detta eftersom de nu i målet aktuella anbuderna innehåller olika referenter för redovisade uppdrag. Förvaltningsrätten noterar att i det fall att en anbudsgivare skulle lämna samma referent för olika referensuppdrag hade poängsättningen vad gäller medelvärde gjort skillnad.

Förvaltningsrätten bedömer att förfrågningsunderlaget i dessa delar är otydligt och motsägelsefullt men konstaterar att utfallet vid beräkningen av medelvärdet hade blivit densamma oavsett hur texten tolkas. Anbudsgivarna har vidare endast haft förfrågningsunderlaget att beakta vid anbudsinlämnandet.

Att det därefter framkommer andra uppgifter vid anbudsutvärderingen har inte påverkat anbudsgivarnas sätt att utforma sina anbud. Fastighetsnabben kan därför inte ha lidit eller riskera att lida skada av denna otydlighet.

Förvaltningsrätten anser att vad Fastighetsnabben anfört inte visar att bolagets möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud försämrats på grund av otydligheterna vad gäller medelvärdesberäkningen och de nu aktuella delarna i förfrågningsunderlaget.

Är kompletteringen i strid med LOU?

Förvaltningsrätten kan konstatera att de saknade uppgifterna i Riksbyggens anbud rör ett obligatoriskt krav. Vidare kan konstateras att det är ostridigt att Lulebo tillåtit Riksbyggen komplettera sitt anbud efter det att anbudet lämnats in.

Som framgår av 9 kap. 8 § LOU får myndigheten begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att leverantören förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avser 10 och 11 kap.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har Lulebo tillåtit Riksbyggen att tillföra anbudet obligatoriska uppgifter som saknas, inte att förtydliga uppgifter som redan finns. Det är inte tillåtet att komplettera anbud med uppgifter som är nödvändiga för att samtliga obligatoriska krav ska anses uppfyllda. Sådana kompletteringar medför nämligen risk för särbehandling. Genom förfarandet har Lulebo brutit mot såväl 9 kap. 8 § LOU som likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Skada

Av tilldelningsbeslutet framgår att Fastighetsnabbens anbud har placerats på andra plats av tre utvärderade anbud. Bolaget har därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av Lulebos agerande.

Val av åtgärd

För att förvaltningsrätten ska fatta beslut om åtgärd enligt LOU krävs att fel förekommit i upphandlingen, dels att felet varit till men för den sökande. För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingen genomförts i strid med LOU och detta medför att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada ska domstolen förordna om rättelse alternativt att upphandlingen ska göras om. När det gäller valet mellan rättelse eller att upphandlingen ska göras om har Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) i RÅ 2005 ref 47 samt 2008 not 26 uttalat att prövande domstol har att, oavsett hur yrkandet utfor-

mats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas.


I det fall bristen som konstaterats påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede föreligger möjlighet för domstolen att förordna att upphandlingen ska göras om. Om bristen i stället rör utvärderingsfasen anses det tillräckligt att denna senare fas av upphandlingen rättas.

Som förvaltningsrätten ovan konstaterat är förfrågningsunderlaget i förevarande upphandling inte tillräckligt tydligt och strider därför mot transparensprincipen. Förvaltningsrätten har dock bedömt att Fastighetsnabben inte kunnat påvisa på vilket sätt bolaget skulle lida skada av otydligheterna.

Förvaltningsrätten har däremot ansett att Fastighetsnabben lidit skada när Lulebo felaktigt låtit Riksbyggen komplettera sitt anbud. Bristerna i upphandlingen som lett till skada för bolaget rör därmed inte det konkurrensuppsökande skedet varför det är tillräckligt att upphandlingen rättas genom en ny utvärdering. Ansökan om överprövning ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga).



Jonas Hägerlind

Carola Andersson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.