



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-07-12
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 32781-10
 Enhet 15

SÖKANDE

Niscayah AB, 556076-0737
 Box 12545
 102 29 Stockholm

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Erik Olsson
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

Swedavia AB, 556797-0818
 Upphandlingsenheten
 190 45 Stockholm-Arlanda

Ombud: Advokat Jon Kihlman
 Gärde Wesslau Advokatbyrå
 Box 7253
 103 89 Stockholm

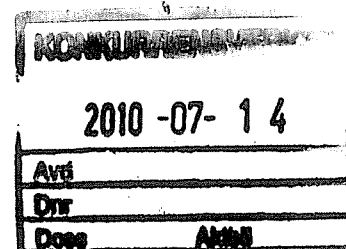
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Swedavia AB:s upphandling "Brandlarm Terminal T2, T4 och Sky City, Stockholm-Arlanda Airport" dnr LFV 2010-000459, ska göras om.

Det interimistiska beslutet av den 11 juni 2010 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 36900

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Swedavia genomför upphandling påbörjad av Luftfartsverket rörande ”Brandlarm Terminal T2, T4 och Sky City, Stockholm-Arlanda Airport”, dnr LFV 2010-000459. I och med den av riksdagen beslutade delningen av Luftfartsverket har Luftfartsverkets flygplatsverksamhet från och med den 1 april 2010 kommit att övergå till det publika aktiebolaget Swedavia AB. Swedavia AB har den 3 juni 2010 meddelat tilldelningsbeslut i upphandlingen i vilket det beslöts att anta annat anbud än anbudet från Niscayah AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen görs om. Till stöd för talan anförs huvudsakligen följande. Swedavia har i förfrågningsunderlag av den 29 januari 2010 bjudit in leverantörer att lämna anbud. I förfrågningsunderlaget avsnitt AFB.52 anges att ”Vid prövning av anbuderna kommer det anbud som uppvisar det lägsta priset. Anbudet kommer att utvärderas med hjälp av arbetsformulär och mängdförteckning”. Det förefaller således som om det rör sig om en s.k. lägsta-pris-upphandling. Av anbudsformuläret framgår emellertid att anbudsgivaren ska ange såväl ett totalpris för hela entreprenaden och delpris för varje terminal som omfattas av entreprenaden som ett timpris för ändrings- och tilläggsarbeten. I förfrågningsunderlaget anges dock inte hur dessa olika prisangivelser kommer att viktas i förhållande till varandra vid utvärderingen. Det är således oklart vad Swedavia lägger vikt vid, och vad som i så fall är mest viktigt; totalpriset för entreprenaden, delpriset för respektive terminal eller timpriset för ändrings- och tilläggsarbeten. Redan på denna grund brister således förfrågningsunderlaget i transparens.

I förfrågningsunderlaget, AFB.52 anges emellertid även följande. ”Beställaren kommer vid anbudsutvärderingen att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till utvärderingskriterierna; pris

för entreprenaden, erfarenhet/kompetens, organisation och referenser. Vid anbudsutvärdering används en skala, varvid 100 är det högsta totalbetyget”. Det finns således motstridiga uppgifter i förfrågningsunderlaget om det rör sig om en lägsta-pris-upphandling eller en upphandling i vilken det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Detta strider utan tvekan mot 15 kap. 16 § LUF, av vilken det tydligt framgår att en upphandlande myndighet antingen ska anta det anbud som erbjuder lägst pris *eller* det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Detta innebär naturligtvis att det även blir mycket svårt för anbudsgivarna att förutse hur anbudet ska utformas för att en anbudsgivare ska tilldelas kontrakt och vad Swedavia tillmäter betydelse. Förfrågningsunderlagets utformning strider således även i detta avseende mot principerna om transparens och likabehandling.

Swedavias uppfattning av hur en leverantör förväntas uppfylla ställda krav sägs i förfrågningsunderlaget vara grundad på hur Swedavia själv i egenskap av beställare av tidigare entreprenader, tillsammans med andra referenter, anser att en leverantör har genomfört tidigare uppdrag. Förutom att detta förfarande, att under utvärderingsfasen utvärdera de referensuppdrag som också används som kvalificeringskrav strider mot upphandlingsrättens förbud mot sammanblandning av leverantörskvalificering och anbudsutvärdering, är det naturligtvis otillfredsställande att Swedavia först förbehåller sig rätten att utvärdera en leverantörs tidigare utförda uppdrag enligt en skala från *dålig* till *mycket bra*, för att sedan tilldela poäng därefter. En sådan lösning innebär i princip att Swedavia i strid med LUF förbehållit sig fri prövningsrätt eftersom det är fullt möjligt för dem att sänka eller höja betyg på tidigare uppdrag på ett sätt som ger utslag i utvärderingen. Det framgår vidare att andra referenser än Swedavias i egenskap av beställare ska anges men att dessa endast kommer att kontaktas om ”så erfordras”. Det är således enligt förfrågningsunderlaget fullt möjligt att Swedavia kommer att underlåta att kontakta referenser för vissa anbudsgivare medan Swedavia kontaktar och

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

tar in uppgifter från referenser avseende andra anbudsgivare, allt enligt vad Swedavia anser erforderligt i en viss situation. Vidare ska framhållas att Swedavia anger att utvärderingen av referenser sker enligt ett frågeformulär som skickas ut till referenterna om så erfordras. Detta formulär är emellertid inte bifogat förfrågningsunderlaget och det finns inte något sätt för anbudsgivarna att få information om vilka omständigheter eller aspekter av ingivna referensuppdrag som referenterna ska tillfrågas om. Det enda som anges är att omdömena ges i form av en skala från *dålig* till *mycket bra*, vilket i sig har ansetts ge den upphandlande myndigheten fri prövningsrätt och vara en överträdelse av transparensprincipen.

Förfrågningsunderlaget innehåller inte heller någon specifikation av vad det är som Swedavia avser att upphandla utöver den information som ges i förfrågningsunderlagets rubrik och AFA.21 under rubriken "översiktlig information om objektet". Förfrågningsunderlaget ger i princip ingen vägledning om vad Swedavia efterfrågar. I förfrågningsunderlaget anges att entreprenören ska projektera och installera ett heltäckande brandlarm enligt gällande regler för ingående byggnader. Det framgår inte vad som avses med begreppen heltäckande eller gällande regler. Förfrågningsunderlaget innehåller ingen beskrivning av vilken kvalitet av brandskydd som efterfrågas. På marknaden finns en rad olika typer av brandskyddsmodeller vilka naturligtvis är av varierande kvalitet och pris. Utan närmare angivande av vilket brandskydd som efterfrågas finns det risk för att upphandlingen inte resulterar i jämförbara anbud. Bolaget bad i frågor och svar Swedavia om ett klargörande av vad som avsågs med begreppen heltäckande och gällande regler. I sitt svar hänvisar Swedavia till ett dokument från Flygplatsräddningstjänsten Arlanda, rubricerat Förebyggande Brandskydd Arlanda. I sammanhanget bör nämnas att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon hänvisning till detta dokument utan att dokumentet första gången nämns i frågor och svar. Dokumentet utgör emellertid ingen kravspecifikation utan är

Flygplatsräddningstjänstens instruktioner avseende förhöjt brandskydd i en version avsedd för remiss inom Luftfartsverkets verksamhet. Även om detta dokument ger viss information om de brister som föreligger i brandskyddet vid Arlanda kan det på intet sätt jämföras med en sådan kravspecifikation som krävs för att anbudsgivare ska kunna bilda sig en uppfattning om vad den upphandlande enheten avser att upphandla. En sådan uppdragsbeskrivning kan svårligen anses förenlig med principerna om likabehandling och transparens. Vidare kan noteras att en knapphändig och otydlig uppdragsbeskrivning alltid gynnar den anbudsgivare som har störst insyn i verksamheten på annat sätt än genom förfrågningsunderlaget. Detta är naturligtvis den befintliga leverantören som också följaktligen har tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Det framgår av LUF och av fast rättspraxis från EU-domstolen och de svenska förvaltningsdomstolarna att kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen inte får sammanblandas. Omständigheter avseende leverantörernas ekonomiska ställning samt tekniska kapacitet ska prövas endast i kvalificeringsfasen. Prövningen i kvalificeringsfasen är binär, såtillvida att anbudsgivarna antingen anses uppfylla kraven eller inte. LUF:s uppräknade utvärderingskriterier är visserligen inte uttömmande men detta innebär inte att kvalificeringskrav får användas vid utvärderingen. Förfrågningsunderlaget innehåller inga som helst utvärderingskriterier som är hänförliga till hur det uppdrag som är upphandlingens föremål kommer att utföras. Vad som utvärderas är således inte anbudet och dess förenlighet med uppställda krav utan hur anbudsgivaren utfört tidigare uppdrag, dvs. huruvida anbudsgivaren är kvalificerad för uppdraget. Detta är oförenligt med rättspraxis och gynnar ensidigt den befintliga leverantören.

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande enheten lämna underrättelse om tilldelningsbeslut och skälen för tilldelningsbeslut till anbudsgivare. Swedavia skickade ut upplysningar om tilldelningsbeslut

den 3 juni 2010. Detta tilldelningsbeslut innehåller emellertid ingen som helst information om hur utvärderingen har skett eller vilka poäng de olika anbudsgivarna tilldelats. Det enda som anges är vem som är vinnande leverantör. Bolaget har således inte fått någon information om skälen till varför vinnande anbud ansågs vara ekonomiskt mer fördelaktigt än Bolaget, och kan inte heller kontrollera att utvärdering har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Bolaget har begärt att få mer information om varför vinnande anbud ansågs vara bättre. Swedavia har dock nekat bolaget denna information med hänvisning till att Swedavia inte omfattas av offentlighetsprincipen. Denna invändning är dock felaktig eftersom skyldigheten att lämna upplysningar enligt 15 kap. 19 § LUF och 9 kap. 10 § LUF gäller för alla upphandlande enheter oavsett om de omfattas av offentlighetsprincipen eller inte. Swedavias agerande i dessa avseenden har således varit i strid med 15 kap. 19 § LUF.

Swedavias agerande har sammanfattningsvis inneburit att bolaget fått väsentligt försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen. Bolaget har därför lidit, eller riskerar i vart fall att lida skada, i den mening som enligt 16 kap. 2 § LUF innebär att förvaltningsrätten ska ingripa.

Till stöd för ansökan åberopas även bl.a. följande avgöranden. RÅ 2002 ref. 50, RÅ 2005 ref. 47, NJA 1998 s.873, Kammarrätten i Göteborgs domar från den 10 juli 2009 i mål nr 2295-09, den 20 mars 2009 i mål nr 6996-08, den 7 april 2009 i mål nr 6411-08, den 10 juli 2008 i mål nr 1729-08 och den 14 mars 2008 i mål nr 6212-07, Kammarrätten i Sundsvalls domar från den 10 juli 2008 i mål nr 2947-07 och den 13 februari 2009 i mål 3474-08, Kammarrätten i Jönköpings dom från den 6 december 2006 i mål nr 2500-06, Kammarrätten i Stockholms domar från den 27 mars 2006 i mål nr 6665-05, den 19 december 2009 i mål nr 5512-08 och den 1 oktober 2009 i mål nr 3582-09. Vidare har följande avgöranden från EU-domstolen åberopats till stöd för ansökan. C-390/98 University of Cambridge, C-19/00 SIAC Construction, C-81/98

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Alcatel, C-31/87 Beentjes, C-315/01 GAT, C-532/06 Lianakis och C-199/07 ERGA.

Swedavia yrkar att bolagets talan ska ogillas i sin helhet och att det interimistiska beslutet att avsluta upphandlingen som en konsekvens därav ska upphävas. Swedavia har inte genomfört upphandlingen i strid mot LUF:s bestämmelser. Även om så skulle anses vara fallet har det inte medfört vare sig skada eller risk för skada för bolaget. Upphandlingen är en s.k. funktionsupphandling, med vilket avses att dess objekt inte beskrivs genom detaljerade tekniska specifikationer, utan istället genom angivande av vilken funktion som efterfrågas. Avsikten med en sådan objektsbeskrivning är att lämna öppet för leverantörer att inom de funktionella kraven föreslå egna lösningar. Så länge en leverantör erbjuder ett brandskydd som uppfyller de funktionella kraven står det leverantören fritt att välja teknisk lösning.

I förfrågningsunderlagets allmänna föreskrifter AFA.21 anges att upphandlingen avser projektering och installation av "ett heltäckande brandlarm enligt gällande regler" för Terminal T2, Terminal T4 och Sky City. Mot bakgrund av det befintliga brandskyddet inte var heltäckande enligt gällande regler, angavs i objektsbeskrivningen särskilt att upphandlingen omfattade "utbyte av befintligt brandlarm inklusive installation av ny brandlarmscentral och utbyte samt komplettering av detektorer samt larmdon m.m.". Avgörande för frågan vad upphandlingen närmare avsåg är därför hur termerna "heltäckande" och "enligt gällande regler" ska förstås. Termen "heltäckande" får möjligen delas in i delfrågorna "Vad ska täckas" och "Hur ska det täckas". Svaret på den första frågan är tämligen självklart i att det är terminalerna T2 och T4 samt Sky City som ska täckas. Det är närmast otänkbart att termen skulle kunna innebära något annat än att hela ytan inom de tre enheterna skulle täckas. När bolaget ställde frågan vad som avsågs med "heltäckande" besvarades därför bara den andra delfrågan genom hänvisning till dokumentet FBA av

vilket det framgår vilka krav som ställs för olika typer av lokaler m.m. Bolaget frågade också vad som avsågs med "gällande regler" och fick som svar att det avsedda regelverket var SBF 110:6. Åtminstone efter komplettering genom svaren på bolagets frågor uppfyllde upphandlingens beskrivning de krav som kan ställas enligt LUF, vilket torde följa av vad som uttalades i RÅ 2002 ref. 50. De principer som avsågs var i första hand de om transparens och likabehandling. Applicerade på upphandlingens beskrivning av objekt innebär de att frågorna ska ställas dels om en leverantör hade möjlighet att bedöma hur många detektorer som krävdes för att uppfylla kravet på ett heltäckande skydd enligt gällande regler, dels om kravet är objektivt mätbart. Det är enkel matematik att ta ställning till det lägsta möjliga antalet detektorer som behövs för att uppfylla kravet på ett heltäckande brandskydd enligt gällande regler. Det lägsta möjliga antalet rökdetektorer är den totala ytan för de tre enheterna dividerad med 100, medan det lägsta möjliga antalet detektorer som behövs för att uppfylla kravet på heltäckande brandskydd enligt gällande regler.

Eftersom bolagets anbud inte innehöll någon beskrivning av den tekniska lösning som bolaget tänkt använda, begärde Swedavia AB att anbudet skulle kompletteras. Av kompletteringen framgår att bolagets anbud endast avsåg "utbyte av samtliga detektorer". Eftersom det befintliga systemet, som enligt gällande regler var otillräckligt, omfattade endast cirka 3 600 detektorer jämfört med ett absolut minimum om 6 695 detektorer för att uppfylla kravet på heltäckande brandskydd enligt gällande regler, skulle emellertid inte tillgodose Swedavias behov. Därför hade Swedavia i förfrågningsunderlaget särskilt angett att upphandlingen avsåg utbyte och komplettering av detektorer.

Bolaget har som en av grunderna för sin talan anfört att Swedavia AB har brutit mot bestämmelserna i 15 kap. 19 § LUF. Ett brott mot dessa bestämmelser torde knappast annat än undantagsfall kunna få någon annan effekt än att tidsfristerna i 16 kap. LUF inte börjar löpa förrän sådana

uppgifter har lämnats. Ett eventuellt brott mot bestämmelserna kan därför inte i sig utgöra grund för ett bifall. Ett bifall till bolagets talan förutsätter enligt 16 kap. 2 § LUF både brott mot bestämmelse i LUF och därav föranledd skada eller risk för skada hos leverantören. Eftersom bolaget lämnade ett anbud som inte avsåg det objekt som efterfrågades kan varken eventuella brister i utvärderingsmodellen eller andra brott mot LUF ha medfört skada eller risk för skada för bolaget. Bolagets synpunkter på utvärderingskriterierna utformning, den påstådda sammanblandningen mellan kriterier för kvalificering av leverantörer och anbudsutvärderingen eller eventuella andra brott mot 15 kap. 19 § LUF kan därför inte utgöra grund för ett bifall till bolagets talan.

Bolaget anför bl.a. följande i svarsyttrande. Det Swedavia anför till stöd för påståendet om att bolaget inte skulle kunna lida skada, dvs. att bolaget inte inkommit med ett anbud som svarar mot Swedavias önskemål och behov, är i själva verket inte något som ger stöd åt påståendet att bolaget inte lidit skada. Tvärtom utgör det Swedavia anför ett tydligt bevis för de påtalade överträdelserna föreligger och för den skada som bolaget lidit. Utformningen av förfrågningsunderlaget, med alla dess överträdelser av LUF:s bestämmelser, har gjort det omöjligt att lämna ett anbud som motsvarat Swedavias behov och önskemål eftersom dessa behov och önskemål helt enkelt inte framgått av förfrågningsunderlaget.

UTREDNINGEN I MÅLET

I punkt AFB.52 i förfrågningsunderlaget under rubriken "Värderingsgrunder vid prövning av anbud" anges bl.a. följande. Vid prövning av anbuden kommer det anbud att antas som uppvisar det lägsta priset. Anbudet kommer att utvärderas med hjälp av anbudsformulär och mängdförteckning. Den eller de anbudsgivare som lämnar de mest fördelaktiga anbuden kommer att, på beställarens initiativ, inbjudas till förhandlingar. Beställaren kommer vid anbudsutvärderingen att anta det

anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till nedanstående utvärderingskriterier.

- Pris för entreprenaden
- Erfarenhet/kompetens
- Organisation
- Referenser

Vid anbudsutvärdering används en skala, varvid 100 är det högsta totalbetyget.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 24 § LUF anges följande. Upphandlande enheter 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.

I 15 kap. 16 § LUF anges bl.a. följande. En upphandlande enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

I 16 kap. 2 § första stycket LUF anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Förvaltningsrättens bedömning

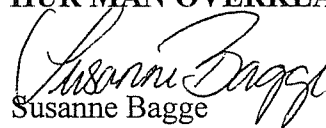
Bolaget har gjort gällande att Swedavias upphandling, "Brandlarm Terminal T2, T4 och Sky City, Stockholm-Arlanda Airport" dnr LfV 2010-000459, är belagd med vissa brister i förhållande till LUF.

En av dessa brister är enligt bolaget att det finns motstridiga uppgifter i förfrågningsunderlaget om vilken utvärderingsmodell som kommer att användas i upphandlingen och i förlängningen om det är anbudet som har lägst pris eller som är det ekonomiskt mest fördelaktiga som kommer att antas.

Av förfrågningsunderlagets punkt AFB.52 framgår att upphandlande enhet angett bägge utvärderingsgrunderna i 15 kap. 16 § LUF. Av ordalydelsen i 15 kap. 16 § LUF framgår med klarhet att dessa utvärderingsgrunder är alternativa till varandra, dvs. att upphandlande enhet ska anta det anbud som har det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten *eller* det anbud som har lägst pris. Genom att bägge dessa alternativa grunder har angetts i förfrågningsunderlaget har det för potentiella anbudsgivare varit omöjligt att på förhand veta vilket på vilket sätt anbuden kommer att utvärderas. Detta förhållande är enligt förvaltningsrättens bedömning en brist som är i strid med 15 kap. 16 § LUF samt principen om öppenhet i 1 kap. 24 § LOU, vilken medfört att bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LUF finns således. Mot bakgrund av att den aktuella bristen är hänförlig till förfrågningsunderlagets utformning och därmed funnits redan vid den konkurrensutsättande fasen av upphandlingen kan det inte uteslutas att potentiella leverantörer avstått från att lämna anbud pga. bristen. Med beaktande av detta kan rättelse inte anses vara en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om i sin helhet.

Med anledning av att upphandlingen redan på denna grund ska göras om i sin helhet tar förvaltningsrätten inte upp övriga invändningar till prövning.

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


Susanne Bagge
Rådman

Föredragande har varit Mattias Berger.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.