

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

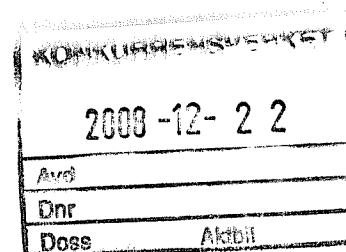
DOM
2008-12-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24392-08
Rotel 221

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119

Ombud:
Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Jur.kand. Jenny Crafoord
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

**MOTPART**

AB Stockholmskem, 556035-9555
Box 9003
102 71 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Med bifall till Sandå Sverige AB:s ansökan om överprövning förordnar länsrätten att den i målet aktuella upphandlingen i kategorin områdesmålning ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut av den 8 december 2008 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

AB Stockholmshem ("Stockholmshem") har genomfört en upphandling avseende ramavtal för måleriarbeten, Dnr 2008-1136 ("upphandlingen"). Av tilldelningsbeslut den 28 november 2008 framgår att Stockholmshem har beslutat att anta anbud från andra anbudsgivare än Sandå Sverige AB ("bolaget") i kategorin områdesmålning.

YRKANDEN M.M.

Sandå Sverige AB ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar, såsom bolaget slutligen bestämt sin talan, att länsrätten ska förordna att upphandlingen i den del som avser områdesmålning ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget huvudsakligen följande. Stockholmshem har brutit mot den gemenskapsrättsliga principen om transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, genom att använda sig av en utvärderingsmodell som är otydlig och bristfällig. Då felet i upphandlingen hänförs till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen i den del som avser områdesmålning göras om. Av förfrågningsunderlaget (rubricerat Administrativa föreskrifter) framgår under rubriken AFB.52 Värderingsgrunder vid anbud, att utvärderingen kommer att ske på så sätt att priset viktas till 75 % och kvaliteten till 25 %. Vidare framgår att totalpriset för områdesmålning beräknas utifrån ett fiktivt uppdrag som utgår från antal arbetstimmar och materialkostnader. Totalpriset utgörs av enhetspris, procentpåslag/timkostnad, mellanskillnadspris och sprutmålning som viktas enligt de i förfrågningsunderlaget angivna procentsatserna. Enhetspriset har vikten 80 % av totalpriset, procent/timkostnad har vikten 10 % av totalpriset och mellanskillnadspriset respektive sprutmålning har vikten 5 % av totalpriset. Det anges inte i förfrågningsunderlaget hur Stockholmshem avser räkna fram respektive priskriteriums vikt i förhållande till de övriga.

I utvärderingen har Stockholmshem efter sammanräkningen av enhetspriset multiplicerat summan med 0,8 (80 %). På motsvarande sätt har summan av mellanskillnadspriset respektive sprutmålningen multiplicerats med 0,05 (5 %). Posten procentpåslag/timkostnad, som angetts ha vikten 10 % har överhuvudtaget inte tagits med i beräkningen. Därefter har Stockholmshem summerat de olika posterna.

För bolaget innebär detta att enhetspriset har blivit totalt 3 794 100 kr vilket multiplicerats med 0,8 = 3 035 280 kr. Totalpriset efter summering med mellanskillnadspriset respektive sprutmålning är 3 035 638 kr. Enligt förfrågningsunderlaget ska, vilket redogjorts för ovan, enhetspriset ha vikten 80 % av totalpriset (utvärderingspriset). I själva verket har enhetspriset vikten 99,9 % i relation till totalpriset, dvs. utvärderingspriset ($3\,035\,280 / 3\,035\,638 = 0,999882$). Vidare har posten procentpåslag/timkostnad, som viktats till 10 %, över huvudtaget inte beaktats i framräkningen av totalpriset.

I verkligheten har således kriteriet enhetspris, som skulle ha tillmätts en vikt om 80 %, helt avgjort anbudsutvärderingen och tillmätts nästan 100 %. De övriga tre priskriterierna har antingen inte utvärderats alls, eller helt saknat betydelse för det slutliga totalpriset. Att detta skulle ske kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget och detta innebär ett avsteg från underlaget och därmed en överträdelse av den s.k. transparensprincipen.

Stockholmshem har angett respektive priskriteriums vikt men har inte i förfrågningsunderlaget redogjort för hur beräkningen av detta skulle komma att ske. Anbudsgivarna har inte haft möjlighet att förutse att respektive priskriterium endast skulle multipliceras med den angivna procentvikten och har därmed inte kunnat förutse att vissa delar av priset inte skulle tillmätas den vikt som angavs i förfrågningsunderlaget. Det ska dessutom noteras att vikten för procentpåslag/timkostnad över huvudtaget inte alls har beaktats i

utvärderingen. Stockholmshem har således genomfört prisutvärderingen på ett annat sätt, eller med andra underkriterier, än vad som angetts i förfrågningsunderlaget.

I EG-domstolens dom (den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Emm. G. Lianakis AE m.fl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl.) uttalades att anbudsgivare, när de utformar sitt anbud, ska ha underrättats om samtliga uppgifter som den upphandlande enheten kommer att beakta vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och deras vikt i förhållande till varandra. Det måste alltså gå att utläsa ur förfrågningsunderlaget hur utvärderingsmodellen ska tillämpas. Vidare är det inte tillåtet för en upphandlande enhet att avvika från vad som angetts i förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet har således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa.

I upphandlingen har viktningen och underkriterierna beskrivits i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten har dock i sin utvärdering, dvs. framräkning av totalpriset, avvikit från den i förfrågningsunderlaget angivna viktningen och underkriterierna. Det är först i och med utvärderingen som anbudsgivarna kunnat se underkriteriernas verkliga vikt eller de verkliga underkriterierna. Först i och med utvärderingen har de bland annat kunnat förstå att underkriteriet procentpåslag/timkostnad, som tillmätts en vikt om 10 % i förfrågningsunderlaget, inte alls beaktats i utvärderingen. Att avvika från vad som angetts i förfrågningsunderlaget är att jämställa med att inte vikta eller ange underkriterierna i en upphandling. Agerandet strider mot principen om förutsebarhet och transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Dessa omständigheter har påverkat bolagets utformning av sitt anbud och bolaget har därigenom lidit skada. Stockholmshems agerande innebär att upphandlingen i den del som avser områdesmålning är behäftad med ett allvarligt fel och skäl föreligger att förordna i enlighet med bolagets

yrkande. Härvid åberopas länsrättens dom i mål nr 23310-08 (Länsrättens i Stockholm dom den 28 november 2008) där förhållandena i det målet och förhållandena i det nu aktuella målet är likvärdiga.

Stockholmshem har inte på ett tillräckligt tydligt sätt redogjort för hur respektive priskriteriums vikt kommer att påverka totalpriset. Det har inte varit möjligt för anbudsgivarna att utläsa att enhetspriset i praktiken kommer att bli avgörande för vilken anbudsgivare som kommer att tilldelas kontrakt.

En anbudsgivare behöver inte kunna visa att anbudsgivaren hade vunnit upphandlingen om bristen inte hade funnits. Det räcker med att oförutsebarhet förelegat och att detta lett till en sannolikhet att anbuden sett annorlunda ut om bristen inte hade funnits, vilket är fallet i upphandlingen. Om bolaget hade förstått att enhetspriset skulle vara ensamt avgörande för vilken anbudsgivare som skulle komma att tilldelas kontrakt hade bolaget sannolikt utformat sitt anbud på ett annorlunda sätt. Bolaget har därmed till följd av Stockholmshems överträdelse lidit skada.

Enligt praxis har även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godkänts (se RÅ 2002 ref. 50). I upphandlingen, samt i senare rättsfall från kammarrätter, har dock konstaterats att sådana brister i förfrågningsunderlaget som påverkar anbudsgivarnas möjligheter att förutse hur anbudspriset ska utvärderas och hur olika delkriterier i utvärderingskriteriet pris ska vägas mot varandra, innebär att anbudsgivare inte kan anses ha tillräcklig information för att kunna skapa ett konkurrenskraftigt anbud utan att förfrågningsunderlaget därmed har väsentliga brister.

Stockholmshem har brutit mot den gemenskapsrättsliga principen om transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU genom att tillämpa en otydlig utvärderingsmodell eller en utvärderingsmodell som inte alls kan utläsas ur

förfrågningsunderlaget. Bolaget har således lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av Stockholmshems lagstridiga agerande och skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför.

Till ansökan har bl.a. fogats förfrågningsunderlag, underlag till Stockholmshems anbudsutvärdering och tilldelningsbeslut.

Stockholmshem bestrider bolagets yrkande och anför huvudsakligen följande till stöd för sin talan. Det föreligger inget brott mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Stockholmshems utvärderingsmodell kan inte anses otydlig eller bristfällig. Stockholmshem har inte genomfört utvärderingen på annat sätt eller med andra underkriterier än vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Stockholmshem har på ett tydligt sätt redogjort för hur utvärderingen har genomförts. Skäl för att besluta att upphandlingen ska göras om saknas således. I vart fall har bolaget inte lidit eller kan komma att lida någon skada.

Som bolaget har anfört har tyvärr posten procentpåslag/timkostnad fallit bort från slutsummeringen. Detta är beklagligt och har inte skett medvetet. Den del som fallit från i utvärderingen uppgår till ca 1 % av totalpriset, dvs. ca 30 000 kr, vilket borde ha lagts till totalpriset på ca 3 000 000 kr. Trots denna felaktighet så har beräkningen varit lika för alla anbudsgivare och som bolaget mycket riktigt konstaterar så har enhetspriserna varit helt avgörande, varför en omräkning där posten procentpåslag/timkostnad ingår inte innebär någon ändring av slutresultatet. Bolaget har därför inte lidit någon skada. Regeringsrätten anger i den s.k. Migrationsverksdomen att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under vissa förutsättningar. Även om rättspraxis på detta område har ändrats något i senare rättsfall så måste det fel som uppstått i utvärderingen anses som mycket ringa och det kan således inte ligga till grund för att göra om upphandlingen.

Bolaget har i sitt yttrande inte gett exempel på hur man anser att modellen borde ha tillämpats, varför det är oklart för Stockholmshem hur beräkningen borde ha gjorts.

I förfrågningsunderlaget har det framgått mycket tydligt hur beräkningen av totalpriset skulle ske. Under punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår vad som ingår i utvärderingen samt hur viktningen skulle göras. Antal rum, antal timmar, antal luckor samt procentsats som har ingått i utvärderingen framgår klart och tydligt. Totalpriset har beräknats enligt angivna förutsättningar och någon ny viktning av underkriterier i efterhand som bolaget anger har absolut inte skett. Det framgår av utvärderingen att förfrågningsunderlagets vikter har ingått i beräkningen.

Att enhetspriset varit avgörande för anbudsutvärderingen och att övriga priser tillmätts ringa betydelse kan inte anses strida mot LOU. Förutsättningarna har varit väl kända i förfrågningsunderlaget. Att enhetspriserna skulle vara helt avgörande för utvärderingen torde stå tydligt om bolaget räknat samman och bedömt de olika priserna enligt punkten AFB.52. Att bolaget har missförstått att enhetspriset skulle bli avgörande är beklagligt.

Det måste anses tillräckligt att bolaget med utgångspunkt i de i förfrågningsunderlaget angivna kriterierna skapar sig en uppfattning om vad som krävs för att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Enligt punkten AFB.2 i förfrågningsunderlaget ombeds anbudsgivare ta kontakt omgående med Stockholmshem om oklarheter föreligger. Detta har bolaget inte gjort.

I vart fall skulle en omräkning inte ha påverkat slutresultatet eftersom enhetspriset varit helt avgörande. Bolaget har lämnat ett mycket högre pris än vinnande anbud. Enhetspriset är viktat till 80 % och utifrån detta borde bolaget, oavsett tolkning av utvärderingsmodellen, ha insett att enhetspriset var avgörande för kriteriet totalpris. Att enhetspriserna skulle komma att

väga tungt kan knappast ha kommit som någon överraskning, och att som bolaget påstå att anbudet skulle ha utformats annorlunda om de tolkat utvärderingsmodellen annorlunda förefaller därmed inte troligt. Bolagets enhetspriser för angivet s.k. fiktivt uppdrag uppgår till ca 3 000 000 kr. Motsvarande pris för vinnande anbud uppgår till 2 300 000 – 2 400 000 kr. Det skiljer således mycket mellan vinnande anbud och bolagets anbud.

Länsrätten har den 8 december 2008 interimistiskt förordnad att AB Stockholmshem inte får avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2008 trädde den nya LOU (2007:1091) i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna ska bestämmelserna i den äldre LOU (1992:1528) tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Av förfrågningsunderlaget framgår att den aktuella upphandlingen annonserats ut den 16 september 2008. Upphandlingen har därmed påbörjats efter ikraftträdandet och tillämplig lag är LOU (2007:1091).

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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 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 enheten 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av punkten AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud, i förfrågningsunderlaget, framgår bl.a. följande. Områdesmålare och servicemålare kommer att utvärderas var för sig. Stockholmshem kommer för områdesmålare respektive servicemålare att anta det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till följande kriterier:

- | | |
|--------------------------------|-----------|
| 1. Totalpris: | Vikt 75 % |
| 2. Kvalitet i utförda uppdrag: | Vikt 25 % |

Av punkten AFB.52, 1b Totalpris för områdesmålare, i förfrågningsunderlaget, framgår huvudsakligen följande.

Poängskala: Lägsta totalpris: 5 poäng

Övriga totalpris poängsätts enligt nedanstående formel: Vikt: 75 % av erhållen poäng.

$$(L/X) * 5 \text{ poäng} = \text{Erhållen poäng}$$

L = Lägsta totalpris

X = Offererat totalpris

Totalpriset beräknas utifrån ett "fiktivt uppdrag" och Stockholmshem har antagit antalet arbetstimmar och materialkostnader för att kunna jämföra anbuden. Totalpriset kommer att beräknas på följande sätt.

Enhetspriser – vikt 80 %

Procentpåslag/timkostnad – vikt 10 %

Mellanskillnadspris – vikt 5 %

Sprutmålning av luckor och dörrar – vikt 5 %

Länsrättens bedömning

Av 1 kap. 9 § LOU följer att 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. I detta får anses innefattas att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer även av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (jfr RÅ 2002 ref. 50 samt Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 3331-08 den 9 juli 2008). Regeringsrätten har uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

I EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532-06 begärdes förhandsavgörande angående frågan huruvida det är tillåtet enligt artikel 36.2 i direktiv 92/50/EEG för en upphandlande enhet att fastställa viktningskoefficienter i ett senare skede. EG-domstolen besvarade frågan på så sätt att anbudsgivare ska, när de utformar sina anbud, ha underrättats om samtliga uppgifter som den upphandlande enheten kommer att beakta vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och deras vikt i förhållande till varandra. En upphandlande myndighet har således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning, utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa.

Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen kommer att ske på så sätt att priset viktas till 75 % och kvaliteten till 25 %. Vidare framgår att

totalpriset för områdesmålning beräknas utifrån ett fiktivt uppdrag som utgår från antal arbetstimmar och materialkostnader. Totalpriset uppges utgöras av parametrarna enhetspris, procentpåslag/timkostnad, mellanskillnadspris och sprutmålning som ska viktas enligt de i förfrågningsunderlaget angivna procentsatserna. Enhetspriset uppges ha vikten 80 % av totalpriset, procent/timkostnad har vikten 10 % av totalpriset och mellanskillnadspris respektive sprutmålning har vikten 5 % av totalpriset.

Av utvärderingsprotokollet framgår att Stockholmshem inte har använt sig av parametern procentpåslag/timkostnad vid utvärderingen, som skulle viktas med 10 % enligt förfrågningsunderlaget. Inte heller anges det i förfrågningsunderlaget hur Stockholmshem avser räkna fram respektive priskriteriums vikt i förhållande till de övriga. Att denna information undanhållits leverantörerna inför anbudsgivningen måste enligt länsrättens mening anses strida mot de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsägbarhet och transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 25 mars 2008 i mål nr 3820-07 samt Kammarrättens i Göteborg dom den 9 juli 2008 i mål nr 3331-08). Det kan inte uteslutas att denna omständighet påverkat hur Sandå Sverige AB utformat sitt anbud och att Sandå Sverige AB därigenom kunnat lida skada på grund av det.

Länsrätten finner således att det är fråga om en väsentlig brist i förfrågningsunderlaget och att grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger. Eftersom bristen hänför sig till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd för att komma tillrätta med bristerna i upphandlingen

avseende kategorin områdesmålning. Sandå Sverige AB:s ansökan ska därför bifallas på så sätt att Stockholmshems upphandling avseende delen områdesmålning ska göras om.

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



Annika Sandström

chefsrådman

Föredragande har varit länsrättsnotarie Anna Rehnmark.