



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

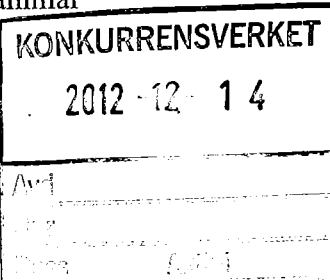
DOM
2012-12-13
Meddelad i
Linköping

Mål nr
5998-12

SÖKANDE

Bravida Sverige AB, 556197-4188
Mikrofonvägen 28
126 81 Stockholm

Ombud: Advokaten Liselott Fröstad och Jur.kand. Per Edenhammar
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm



MOTPART

Östergötlands läns landsting, 232100-0040
Upphandlingscentrum
Brigadgatan 19
587 58 Linköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg och Jur.kand. Björn Lind
c/o Gärde Wesslau Advokatbyrå i Jönköping HB
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Landstingets upphandling, referensnummer UC-2011-124, ska göras om.

Dok.Id 103527

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget i Östergötland (nedan Landstinget) genomför en upphandling avseende fastighetsdrift och verksamhetsanknutna tjänster för samtliga fastigheter som Landstinget äger med referensnummer UC-2011-124. Entreprenaduppdraget omfattar bl.a. skötsel och felavhjälpande underhåll på byggnader och fastighetstekniska installationer, systemförvaltning av IT-system samt energioptimering av byggnader och fastighetstekniska installationer. Upphandlingen genomförs enligt LOU som öppet förfarande. Som tilldelningskriterium gäller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Tilldelningsbeslut meddelades den 10 september 2012 och enligt det hade Dalkia Sverige AB (nedan Dalkia) tilldelats kontraktet.

Bravida Sverige AB (nedan Bravida) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Oklarheter i förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget består av ett stort antal handlingar och det stod tidigt klart att arbetenas omfattning inte kunde utläsas från det då det fanns oklarheter och ofullständiga uppgifter i ett flertal delar. Detta föranledde att främst Bravida men även andra anbudsgivare begärde förtydliganden av förfrågningsunderlaget och ställde frågor till Landstinget om uppdragets omfattning. Bravida har för egen del framställt hela 249 frågor med underliggande delfrågor. Anledningen till de många frågorna beror främst på det

bristfälliga förfrågningsunderlaget men eftersom Landstinget i många fall gett tvetydiga eller oklara svar har ytterligare frågor varit påkallade. I vissa fall har frågorna föranlett att Landstinget till och med förändrat förutsättningarna för entreprenaden genom att till exempel ändra ersättningsformen för ett visst arbete från fast till rörlig ersättning då omfattningen på arbetet inte kunnat klarläggas. Mot bakgrund av de många ändringar och förtydliganden som gjorts har Bravida efterfrågat ett uppdaterat förfrågningsunderlag men Landstinget har som svar uppgett att ett sådant dokument kommer upprättas först till kontraktsskrivning. Trots alla frågor och svar som lämnats under upphandlingen så kvarstår en hel del oklarheter i förfrågningsunderlaget innebärande att omfattningen av åtagandet inte har kunnat kalkyleras. Mot bakgrund av alla frågor som framförts är det uppenbart att förfrågningsunderlaget inte varit tillräckligt klart utformat. Landstinget skulle således redan i ett inledande skede besluta om att göra om förfrågningsunderlaget och upphandlingen.

Otillåtna förändringar i förfrågningsunderlaget

Landstinget har genom sina svar på ställda frågor på ett flertal sätt förändrat förutsättningarna för de arbeten som upphandlats under processens gång. Detta gäller exempelvis uppgifterna i A6.31 (fråga 36), A2.61 (fråga 47), A8.2 (fråga 61), 04.13, T5.1 p. 5 (fråga 220), batteribyten enligt 05.28 (frågor 203 och 237), för vilka ersättningsformen ändrats från fast till rörlig ersättning, samt uppgifterna i A6.31 (fråga 53), A7.8 (fråga 60), samt SF2.3 (frågor 80 och 230), för vilka omfattningen kontraktsarbeten ändrats.

Av SF6.11 i handling 01.12 framgår att felavhjälpande underhåll ingår i den fasta ersättningen med upp till 10 000 kr per tillfälle. I det läge det felavhjälpande underhållet överstiger denna kostnad står Landstinget för den överskjutande kostnaden. I detta pris ska även felavhjälpande underhåll till följd av skadegörelse inräknas om nu inte den skadegörande står

för denna kostnad. Den begränsning som finns är att om antalet felavhjälpande åtgärder ett enskilt år ökar med mer än fem procent jämfört med statistik för 2011 specificerad i objektsbeskrivning har leverantören rätt till rörlig ersättning för felavhjälpande felåtgärder som överstiger denna procentuella ökning.

I förfrågningsunderlaget fanns i handling 05.15 statistik över felavhjälpande underhåll med avseende på felanmälningar från kund. I handlingen angavs att statistiken var baserad på tre månader och interpolerad över året. Från handlingen kunde utläsas att totalt 17 150 anmälningar gjorts och att av dessa har 4 500 överstigit en kostnad av 2 500 kr varav 350 haft en kostnad överstigande 10 000 kr. Det finns dock ingen närmare specificering av t.ex. vilken genomsnittskostnad det varit för de 12 650 ärenden som understigit 2 500 kr och inledningsvis fanns inte heller någon sådan genomsnittskostnad för de 4 150 ärenden som varit i spannet mellan 2 500 kr och 10 000 kr. Handling 5.15 har ersatts med handling 05.15 B från vilken det kan utläsas att det totala antalet ärenden för felavhjälpande underhåll istället uppgick till 15 498 och att av dessa hade 4 500 en kostnad som översteg 2 500 kr. Minskningen av antalet ärenden kan förklaras med att inledningsvis fanns även felanmälningar som inte föranlett någon felavhjälpande åtgärd med i statistiken. I svar på fråga 140 har Landstinget angett att snittpriset för åtgärder av felavhjälpande underhåll över 2 500 kr uppgår till 4 300 kr vilket väsentligt förenklat möjligheten att kallkylera på omfattningen av uppdraget och minskat osäkerhetsspannet med runt 30 miljoner kr. Landstinget har därmed under upphandlingens gång väsentligen förändrat den risk som entreprenören är tvungen att ta för att lämna anbud. Det finns all anledning att anta att den enorma risk som fanns inkorporerad i det ursprungliga förfrågningsunderlaget avhållit ett stort antal anbudslämnande entreprenörer från att ens delta i upphandlingen. Upphandlingen borde därför, i vart fall i och med denna förändring, ha annonserats ut på nytt. Det bör i detta hänseende även uppmärksammas att om-

fattningen på det arbete som ingår i entreprenaden inte heller efter ändringen kan förutses.

Kvarstående oklarheter

Bravida har på egen hand satt ihop en lista över frågor och svar vilket varit möjligt då Bravida varit den anbudsgivare som främst begärt förtydliganden av förfrågningsunderlaget. Det torde vara ogörligt för en annan anbudsgivare att sammanställa ett liknande underlag. En sammanfattning av de ändringar som gjorts är dock en förutsättning för att få en bild av vilket arbete Landstinget i slutändan velat ha anbud på.

Trots alla förtydliganden som lämnats av Landstinget kvarstår emellertid flertal oklarheter i förfrågningsunderlaget. Landstinget har i förevarande fall utvärderat anbuderna efter mest ekonomiskt fördelaktiga pris. Vid denna utvärdering har anbudsgivarna att lämna ett pris på det arbete som ingår i fastprisersättningen och ett pris på den rörliga delen utifrån de volymer som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Denna anbudssumma räknas sedan upp genom ett s.k. "kvalitetsbristtillägg". Utgångspunkten för anbudsvärderingen ligger således i det pris som anbudsgivaren satt på det arbete som anbudsgivaren uppfattat följer av förfrågningsunderlaget.

För att denna utvärdering ska uppfylla LOU:s krav på förutsebarhet, transparens och likabehandling krävs att det utifrån förfrågningsunderlaget kan utläsas vilken mängd arbete som ska prissättas. I förevarande fall är detta inget egentligt problem vad gäller de arbeten som ska ersättas mot rörlig ersättning då Landstinget i förfrågningsunderlaget föreskrivit vilken kvantitet som anbudsgivarna ska räkna på. I dessa fall blir således anbuderna helt jämförbara. När det däremot gäller de arbeten som ska ersättas mot fast ersättning blir anbuderna i dessa delar endast jämförbara under förutsättning att samtliga anbudsgivare utgår ifrån att samma mängd arbete ska ingå i det

som ryms inom fastprisåtagandet. Enligt statistik som anbudsgivarna haft att tillgå, efter komplettering från Landstinget, uppgick det totala antalet ärenden för felavhjälpande underhåll under 2011 till 15 498 och av dessa hade 4 500 en kostnad som översteg 2 500 kr. För ärenden överstigande 2 500 kr var genomsnittskostnaden 4 300 kr. Det fanns 10 998 ärenden vid vilka kostnaden för felavhjälpande underhåll understiger 2 500 kr. Det finns dock ingen uppgift om vilken genomsnittskostnad dessa ärenden har. Ska anbudsgivaren lämna anbud under dessa förutsättningar exponeras denne för en betydande risk även om risken är betydligt mindre än vad som framgick från det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Om man utgår ifrån att kostnaden för ett tillfälle är 500 kr är den totala kostnaden för denna post 5 499 000 kr. Om man istället sätter kostnaden per tillfälle till 2 500 kr blir kostnaden istället 27 495 000 kr. Det är således en stor osäkerhet i det som anbudsgivaren ska prissätta då kostnadsintervallet i vart fall är över 20 miljoner kr.

Utöver ovanstående ska leverantören även bekosta skadegörelse från tredje man. Klart är att det inte går att förutse i vilken omfattning skadegörelse förekommer. Om kostnaden ändå ska ingå i entreprenörens fasta pris kommer incitamentet från Landstingets sida att hitta skadegöraren samt kräva in ersättning från denna att vara minimal. Utvärderingen i denna del blir således inte en fråga om vilken anbudsgivare som kan utföra en bestämd mängd arbete för lägst kostnad utan istället vilken anbudsgivare som är villig att ta störst risk. Den arbetsomfattning som det ska lämnas anbud på kan således inte utläsas från förfrågningsunderlaget och anbuden blir därför inte heller jämförbara. Upphandlingen ska även på denna grund göras om.

Åsidosättande av likabehandlingsprincipen

Det kan bara spekuleras i skälen till varför Landstinget valt att tillhandahålla bristfällig statistik på det sätt som nämnts ovan. Landstinget måste naturligtvis ha insett att oklarheterna i dessa delar begränsat möjligheterna för anbudsgivarna att komma med konkurrenskraftiga och jämförbara anbud då anbudsgivarna tvingats ta höjd för risken som informationsbristerna medfört. Informationen om hur kostnaden för det felavhjälpande underhållet fördelar sig har emellertid inte varit okänd för alla anbudsgivare. Dalkia som haft uppdraget före den aktuella upphandlingen har därmed haft ett betydande informationsövertag gentemot andra anbudsgivare. Dalkia har således, till skillnad från andra anbudsgivare, haft möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud utan att behöva spekulera i kostnaderna för de felavhjälpande underhållet. Det är också Dalkia som vunnit upphandlingen. Landstinget har naturligtvis varit medveten om Dalkias informationsövertag gällande förutsättningarna för utförande av uppdraget vid utformandet av förfrågningsunderlaget. Bristerna i förfrågningsunderlaget, särskilt gällande statistiken kring felavhjälpande underhåll, har således direkt gynnat Dalkia och i motsvarande mån missgynnat övriga aktörer på ett sådant sätt att likabehandlingsprincipen som ska gälla för all offentlig upphandling åsidosatts.

Landstinget

Påstådda förändringar i förfrågningsunderlaget

Det finns inte några bestämmelser som reglerar i vilka situationer förändringar av förfrågningsunderlag kan tillåtas, vare sig i direktiven eller i LOU. Förändringar och kompletteringar förekommer i de allra flesta upphandlingar och det vanligaste sättet att hantera detta är att underlaget kompletteras genom frågor och svar eller dylik information. Frågan om föränd-

ringar av förfrågningsunderlag har varit föremål för prövning av både domstolar och tillsynsorgan vid ett antal tillfällen. Vid en genomgång av dessa avgöranden framgår att det som avgör om en förändring ska anses vara tillåten eller inte är om den aktuella justeringen är att anses som väsentlig.

Samtliga de justeringar av förfrågningsunderlaget som Bravida listat i sin ansökan om överprövning är högst marginella och har som effekt att osäkerheten minskar för anbudsgivarna. Mot bakgrund av upphandlingens totala omfattning kan dessa justeringar på inget sätt vara att anse som väsentliga. Det bör även tilläggas att samtliga de anbudsgivare som initialt krävt ut anbudsunderlaget fått information när Landstinget publicerat nya frågor och svar.

Bravida synes vilja ge sken av att den statistik som ursprungligen ingått i förfrågningsunderlaget helt blivit utbytt och ersatt med nya siffror. Detta är inte korrekt. Det som skett är att Landstinget specificerat och förtydligat uppgifterna om felavhjälpande underhåll. Det ska särskilt poängteras att dessa förtydliganden och specifikationer inte ändrat risken för de aktuella anbudsgivarna – omfattningen av entreprenörens faktiska åtagande har varit densamma såväl före som efter förtydligandena. De beräkningsexempel som Bravida presenterat avspeglar inte den verkliga risk som åligger leverantören. Med den typ av beräkning som Bravida valt att använda sig av torde man i princip kunna bevisa vad som helst. Den risk som Bravida påstår föreligga, utgör en normal affärsrisk i avtal av det aktuella slaget som innehåller fastprisinslag, vilket inte på något sätt är ovanligt. Under inga förhållanden innebär förtydligandena en väsentlig förändring som kan föranleda ingripande enligt LOU.

Påstådda oklarheter i förfrågningsunderlaget

Den aktuella upphandlingen har omfattat ett betydande fastighetsbestånd. Den närmare omfattningen av entreprenadåtagandet har beskrivits av Landstinget i ett stort antal dokument som ingått i förfrågningsunderlaget. Landstinget bestrider att dessa handlingar varit behäftade med brister och otydligheter, i vart fall på det sätt och i den omfattning som Bravida gör gällande och under inga förhållanden på ett sätt som skulle motivera ett ingripande enligt LOU. Eventuella otydligheter har rättats till genom förfrågandet med frågor och svar. Under alla omständigheter har eventuella fel och brister inte hindrat någon anbudsgivare från att lämna ett relevant anbud.

Det är visserligen korrekt att ett tämligen stort antal frågor ställts efter det att förfrågningsunderlaget publicerades. Detta är dock inget som i sig är särskilt ovanligt vid en upphandling av denna storlek och komplexitet, och man kan inte enbart på grund av antalet ställda frågor dra slutsatsen att förfrågningsunderlaget varit otydligt. I denna del bör det även särskilt noteras att det vid anbudstidens utgång hade inkommit anbud från totalt fem anbudsgivare. Enligt egen uppgift har Bravida ställt hela 249 frågor till Landstinget. Siffran framstår som anmärkningsvärd då man ställer den i relation till att övriga fyra anbudsgivare sammanlagt ställt knappt 40 frågor. Uppenbarligen har ingen av de övriga anbudsgivarna haft samma problem med att läsa och förstå förfrågningsunderlaget som Bravida påstår sig ha haft. För att vara en så omfattande och relativt komplicerad upphandling kan också det totala antalet frågor bedömas som relativt litet. Landstinget vill naturligtvis på inget sätt påstå att den aktuella upphandlingen är okomplicerad till sin natur. Den avviker dock på inget sätt från vad som får anses som normalt vid upphandlingar av denna storlek och art. Inte heller har underlaget varit sämre eller mindre utförligt än vad som är normalt. Tvärtom är det Landstingets uppfattning att det förfrågningsunderlag som till-

handahållits anbudsgivarna varit bättre och mer utförligt än de som normalt tillhandahålls anbudsgivarna i motsvarande upphandlingar runt om i landet där för övrigt även Bravida deltagit som anbudsgivare. Detta har även bekräftats av den konsult – Fasticon AB – som Landstinget använt som stöd under upphandlingen.

Med anledning av upphandlingens storlek och art, har Landstinget även ställt krav på anbudsgivarens lämplighet för att hantera denna typ av entreprenad. Av upphandlingsföreskrifterna (UF 3.5) framgår att tämligen höga krav ställts dels på anbudsgivarens ekonomiska ställning innebärande att man är garanterad en entreprenör av betydande storlek, dels på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet innebärande att man är garanterad en entreprenör med betydande erfarenhet. Upphandlingen har således vänt sig till fackmän inom fastighetsförvaltning som förväntas besitta den kunskap som krävs för uppdraget. Detta innebär även att man som upphandlande myndighet har rätt att ställa vissa krav på anbudsgivarnas möjlighet att läsa och förstå ett förfrågningsunderlag och därmed de krav som uppdraget för med sig.

Den aktuella entreprenaden är en s.k. funktionsentreprenad. Det åligger därför den kommande leverantören, såvida annat inte uttryckligen föreskrivits, att välja lösning och arbetsmetod för att uppfylla de funktionskrav som ställts av Landstinget och att svara upp med rätt bemanning vid varje tidpunkt och med personal med nödvändig kompetens för uppdragets genomförande. Detta innebär att en anbudsgivare med bra arbetsmodeller och effektiv organisation kommer att leverera en mindre arbetsmängd för att uppnå funktionskraven än anbudsgivare där omvända förhållandet råder. Exempel på det är att arbeta förebyggande i syfte att minska felavhjälpande underhåll. Det är naturligtvis även i denna aspekt som anbudsgivarna kan konkurrera med varandra.

Landstinget har tillhandahållit anbudsgivarna det underlag som funnits tillgängligt för Landstinget. Att på något bättre sätt åskådliggöra omfattningen av det felavhjälpande underhållet har alltså inte varit möjligt. I denna del ska det även påpekas att risken för avvikelser naturligtvis alltid bärs av leverantören. Detta är en konsekvens av Landstingets val av avtalslösning – en fördelning av risk mellan avtalsparter kan dock knappast ses som ett ovanligt inslag i något avtalsförhållande, utan snarare som ett högst normalt inslag i varje avtalsförhållande oavsett storlek. Detta följer även av att det handlar om framtida felavhjälpande åtgärder, som varken Landstinget eller respektive anbudsgivare kan vara säkra på kommer att inträffa. Denna risk bärs dock lämpligast av den framtida leverantören, som är den som har en möjlighet att påverka omfattningen och kostnaden för de felavhjälpande åtgärderna.

Bravida ifrågasätter vidare det lämpliga i att låta leverantören stå risken för skadegörelse på Landstingets egendom. Detta måste under alla omständigheter vara något som det åligger Landstinget att avgöra – det står varje enskild anbudsgivare fritt att avstå från att lämna anbud. Återigen bör det påpekas att tidigare skadegörelse är inkluderad i felavhjälpandestatistiken och att samtliga leverantörer således har haft samma förutsättningar att bedöma risken. Olägenheten och risken för en framtida leverantör har därutöver kraftigt minskats genom att Landstinget redan i utgångsläget tagit på sig kostnadsansvaret för det fall att de felavhjälpande åtgärderna för ett enskilt år ökar med mer än fem procent jämfört med statistiken för 2011 genom att Landstinget då utger s.k. rörlig ersättning för den del som överstiger den femprocentiga ökningen.

Åsidosättande av likabehandlingsprincipen

Bravida tycks, i vart fall indirekt, påstå att Landstinget valt att tillhandahålla bristfällig statistik i förfrågningsunderlaget för att på så sätt gynna Dalkia. Detta påstående tillbakavisar Landstinget bestämt. Som framgått ovan har Landstinget utformat förfrågningsunderlaget utifrån de objektiva förutsättningar som förelegat. Landstinget har naturligtvis inget att vinna på att en viss leverantör gynnas framför andra.

Det ligger tyvärr i sakens natur att den entreprenör som tidigare haft den entreprenad som på nytt ska upphandlas har en bättre kännedom om föremålet för upphandling än vad andra anbudsgivare har. Detta i sig kan dock inte anses innebära ett brott mot likabehandlingsprincipen – Landstinget har omöjligt kunnat vägra Dalkia att delta i upphandlingen. Denna nackdel för övriga anbudsgivare har dock Landstinget i möjligaste mån försökt minimera genom att erbjuda ett väl genomarbetat och omfattande förfrågningsunderlag. Vidare ifrågasätter Landstinget hur stor denna påstådda fördel för Dalkia faktiskt varit. Av anbudsutvärderingen framgår tydligt att i vart fall två andra anbudsgivare legat väldigt nära Dalkia i sina anbudspriser. Något gynnande av Dalkia har således inte förekommit.

Bolagets genmäle

Förfrågningsunderlaget är inte transparent

Övriga anbudsgivare har kunnat ta del av de frågor som Bravida ställt och av Landstingets svar på dessa. Att de ställt klart färre frågor kan därmed på inget sätt tas som ett tecken på att Bravida haft särskilda problem med att läsa och förstå förfrågningsunderlaget. Landstinget påstår vidare att underlaget i upphandlingen motsvarar, eller är bättre än underlag som nor-

malt sett presenteras i motsvarande upphandlingar. Som referens för det påståendet hänvisar Landstinget till Fasticon som är den konsult som Landstinget anlitat i samband med upphandlingen. Det är närmast en självklarhet att Fasticon som har varit med och utformat underlaget anser att det är ett fullgott underlag. Det kan dock påpekas att det i flera avtal där upphandlingen har genomförts av Fasticon nu pågår tvister på grund av att det förelegat sådana otydligheter i förfrågningsunderlaget att det inte klart går att utläsa vad som ingår i det fasta pris som lämnats. Även om den nu aktuella upphandlingen skulle vara lika tydligt utformad som de tidigare upphandlingarna är det således inte någon kvalitetsgaranti.

Bravida känner väl till de obligatoriska krav som ställts i upphandlingen och ifrågasätter inte att de leverantörer som lämnat anbud besitter den kunskap som krävs för att utföra uppdraget. Vilka aktörerna på marknaden är och erfarenheten hos tänkta anbudslämnare får dock inte ursäkta ett bristfälligt förfrågningsunderlag. Det är en "normalt" informerad anbudslämnare som utgör norm vid bedömningen om underlaget uppfyller kravet på tydlighet och transparens. Leverantörernas storlek och erfarenhet av att läsa och förstå ett förfrågningsunderlag saknar därmed betydelse i nu aktuellt avseende. Eftersom förfrågningsunderlaget för den aktuella upphandlingen inte innehåller tillräckliga uppgifter om omfattningen av uppdraget brister det i transparens.

Landstinget påstår i yttrandet att det är tre anbudslämnare som legat nära varandra i sina anbudspriser. Det är ett helt felaktigt påstående. Som framgår av tabellen över anbudspriserna i upphandlingen är det en ovanlig stor prisskillnad i upphandlingen och den hänför sig i huvudsak till det fasta priset. Även om man skulle bortse från Bravidas anbud och i stället titta på den leverantör som är störst på marknaden, Coor Service Management AB, ser man att deras anbudspris i den fasta delen är ca 140 procent högre än Dalkias. För ISS Facility Services AB är samma siffra ca 48 procent och

för YIT Sverige AB är den ca 16 procent. Dessa osedvanligt stora prisskillnader beror på otydligheter i förfrågningsunderlaget och inte på leverantörernas prissättning.

Precis som Landstinget anför i sitt yttrande är det stora och seriösa leverantörer som har lämnat anbud i upphandlingen. Leverantörerna har stor erfarenhet av att delta i offentliga upphandlingar och prisskillnaderna i nu aktuell upphandling beror inte på att leverantörerna har någon bristande kompetens att beräkna anbudspriser. Tvärtom skulle troligtvis prisspridningen blivit än större med mer oerfarna leverantörer som anbudslämnare. Därtill kan nämnas att marginalerna i den aktuella branschen är mycket små, ca fyra procent, vilket gör att utrymmet för sänkta priser är nästintill obetydligt. Även detta visar att prisspridningen är orsakad av omständigheter som inte är hänförliga till leverantörerna.

Otillåtna förändringar av förfrågningsunderlaget

Det är förvisso så att LOU och upphandlingsdirektivet saknar uttryckliga regler om förändringar av ett förfrågningsunderlag under anbudstiden men de generella principerna i 1 kap 9 § LOU ska alltid tillämpas. Utgångspunkten måste alltid vara att ett förfrågningsunderlag redan vid annonseringen ska vara klart och tydligt utformat och innehålla all den information som anbudslämnarna behöver för att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud på lika villkor.

Om det uppkommer frågor under anbudstiden kan den upphandlande myndigheten tillåtas göra vissa förtydliganden. Det får dock endast vara frågan om mindre justeringar av underlaget och det får inte innebära att de grundläggande förutsättningarna för anbudslämnandet förändras. För det fall den upphandlande myndigheten behöver göra mer omfattande förtydliganden

eller justeringar av underlaget ska upphandlingen alltid avbrytas och annonseras på nytt.

I den nu aktuella upphandlingen har Landstinget i frågor och svar gjort en stor mängd mindre och större justeringar som sammanlagt har haft en betydande inverkan på anbudslämnandet. Att säga att alla de förändringarna skulle vara tillåtna eftersom de var för sig inte är väsentliga är att tolka praxis felaktigt. Det måste vara den totala avvikelser från det som inledningsvis annonserades som är relevant att bedöma och den har utan tvekan varit väsentlig. Därtill har Landstinget lämnat några svar som även var för sig har medfört väsentligt ändrade förutsättningar för anbudslämnandet.

Att de anbudslämnare som initialt begärt ut förfrågningsunderlaget även har fått del av samtliga förändringar gör inte dessa mindre allvarliga. Det är fullt möjligt att det funnits även andra potentiella anbudslämnare som avstått från att lämna anbud på grund av den ursprungliga utformningen, men som hade kunnat lämna anbud efter gjorda förändringar.

Det förtydligande av statistik avseende felavhjälpande underhåll som Landstinget har gjort har inte inneburit att den faktiska omfattningen av uppdraget har förändrats. Däremot har det inneburit att förutsättningarna för att beräkna den ekonomiska risken har förändrats på ett väsentligt sätt. Den ekonomiska risken i uppdraget är direkt avgörande för anbudslämnarnas pris. Om man på sätt som Landstinget har gjort, tillfört uppgifter som gör att riskfaktorn beräknas utifrån andra förutsättningar, innebär det en ändrad förutsättning för anbudslämnandet.

De beräkningar som Bravida redovisat i ansökan om överprövning är extrema exempel för att visa hur den osäkerhet som finns i uppdraget inverkar på anbudspriset och är inte avsedda att avspejla verkligheten. Det är således inte den omständigheten att det finns en ekonomisk och affärs-

mässig risk i uppdraget som utgör grund för ansökan om överprövning utan hur denna, genom otillräckliga uppgifter i förfrågningsunderlaget, har tillåtits inverka på anbudslämnandet. Alla anbudslämnare ska kunna beräkna sina anbudspriser utifrån samma förutsättningar men det har inte varit möjligt på grund av allt för vaga och otydliga uppgifter avseende omfattningen av åtagandet.

Landstingets gemäle

Bristande transparens

Det är inte något ovanligt med ett större antal frågor vid en upphandling av aktuell storlek och komplexitet. Det är dock ovanligt att dessa frågor i princip enbart kommer från en enda anbudsgivare. De slutsatser som kan dras av detta är naturligtvis begränsade. Det är dock uppenbart att man inte kan ta Bravidas många frågor som inteckning för att förfrågningsunderlaget varit otydligt.

Landstinget har tillhandahållit anbudsgivarna all den information som Landstinget självt haft tillgång till. För att säkerställa en god kvalitet på förfrågningsunderlaget har man dessutom anlitat utomstående upphandlingsexpertis på området. Landstinget har därför svårt att se på vilket sätt man skulle kunna tillhandahålla ett utförligare förfrågningsunderlag än det som presenterats för anbudsgivarna. Vad Bravida anfört om Fasticon och eventuella andra pågående upphandlingstvister har ingen bäring i det nu aktuella målet och saknar därför relevans.

Landstinget vidhåller att de krav som uppställts på anbudsgivarnas lämplighet även kan tillerkännas betydelse vid utformningen av ett förfrågningsunderlag och bedömningen av påstådda brister i detsamma. Landstinget vidhåller vidare att tre av de inkomna anbuden legat relativt nära

varandra i sina anbudspriser. Det är visserligen korrekt att även priserna i dessa anbud skiljer sig från varandra, men Bravidas påstående om att det skulle röra sig om en ovanligt stor prisskillnad är felaktigt. Anledningen till att anbudsgivarna väljer att lämna olika priser i sina respektive anbud kan bero på en rad olika förhållanden, exempelvis organisation, pågående andra uppdrag, beräknad framtida kapacitet, beräknad lönsamhet, effektivitet, användning av interna eller externa företagsresurser, den strategiska nyttan med och angelägenheten att få ett visst entreprenaduppdrag m.m. Detta framgår inte minst av det faktum att även priserna för de arbeten i upphandlingen som ska ersättas mot rörlig ersättning avviker i tämligen stor omfattning från varandra. Bravidas påstående om att skillnaden i pris-sättning bland anbudsgivarna endast kan förklaras med ett bristfälligt förfrågningsunderlag är således helt grundlöst och ska lämnas utan avseende.

Otillåtna förändringar i förfrågningsunderlaget

Frågan om en ändring i ett förfrågningsunderlag är otillåten – dvs. om den är av en väsentlig karaktär – måste alltid avgöras med hänsyn till ändringens betydelse i den enskilda upphandlingen. De justeringar av förfrågningsunderlaget som har genomförts, sett både individuellt och sammantaget, har varit högst marginella. Mot bakgrund av upphandlingens totala omfattning kan dessa justeringar på inget sätt vara att anse som väsentliga. Inte heller har de varit av sådan betydelse att de kan antas ha påverkat någon anbudsgivares möjligheter att lämna anbud i upphandlingen eller på något avgörande sätt förändrat förutsättningarna för att beräkna den ekonomiska risken i uppdraget. Någon väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget har alltså inte skett.

Landstinget har dessutom försökt att undvika alla eventuella negativa konsekvenser av de genomförda justeringarna genom att delge samtliga de anbudsgivare som initialt krävt ut anbudsunderlaget information om att

Landstinget publicerat nya frågor och svar. Denna information har således inte varit begränsad till de leverantörer som slutligen kommit in med ett anbud, utan har även gått ut till sådana potentiella anbudsgivare som Bravida vill göra gällande har avstått från att lämna anbud på grund av den ursprungliga utformningen av förfrågningsunderlaget.

Bolagets genmäle

Det är samtliga förändringar av förfrågningsunderlaget som åberopas till stöd för ansökan om överprövning. Bravida vidhåller att det underlag som Landstinget har presenterat i upphandlingen inte uppfyller kravet på transparens. Det går inte att utläsa vilken omfattning arbetena kommer att ha och i vilken utsträckning dessa kommer att ersättas på löpande räkning. Föremålet för upphandlingen är därmed så otydlig att anbudslämnarna inte har kunnat bilda sig en uppfattning om vad som ska ingå i det offererade fasta priset. Vilket underlag som normalt sett brukar presenteras i motsvarande upphandlingar saknar helt betydelse och det är inte heller nödvändigt att Bravida kommer med förslag på hur otydligheterna i upphandlingen skulle kunna undanröjas. Huruvida Landstinget har haft tillgång till ytterligare uppgifter eller inte är även det irrelevant. I överprövningen är det inte Landstingets agerande som ska bedömas utan om det material Landstinget har presenterat uppfyller upphandlingsreglernas krav.

Landstinget synes även fortsättningsvis påstå att anbudslämnarnas erfarenhet och kompetens ska beaktas. Den utgångspunkten överensstämmer dock inte med praxis från bl.a. EU-domstolen. För att uppfylla kravet på transparens ska förfrågningsunderlaget vara formulerat på ett sådant att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Det är därvid frågan om en objektiv bedömning utan att någon hänsyn tas till vilka enskilda företag som kan tänkas lämna anbud

i upphandlingen.

Det är ostridigt i målet att Landstinget har gjort de förändringar som Bravida har pekat på. Den fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är därmed inte om det har skett förändringar av förfrågningsunderlaget utan om dessa kan tillåtas inom ramen för upphandlingen. Enligt huvudregeln får inte en annonserad upphandling förändras under anbudstiden. Landstinget har gjort förändringar av omfattningen av uppdraget och ersättningsformen för vissa arbeten. Dessa förändringar kan inte genomföras inom ramen för den annonserade upphandlingen utan förfarandet måste avbrytas och annonseras på nytt. Förändringarna har medfört eller i vart fall riskerat att medföra skada för Bravida eftersom anbudet annars hade utformats utifrån andra förutsättningar och det kan inte säkert sägas vad utvärderingen hade resulterat i.

Landstinget har presenterat statistik avseende tidigare ärenden för några månader och menar att det utifrån dessa uppgifter är möjligt att göra en beräkning för hela året. Det har inte förts fram några sakliga skäl till varför Landstinget endast har kunnat ta fram och presentera statistik för några månader och inte för hela året. Omfattningen av tidigare ärenden med felavhjälpande ger en fingervisning om hur det kan komma att se ut framöver. En stor del av felavhjälpanDET ska ingå i det fasta priset och för de anbudslämnare som inte är nuvarande driftoperatör är uppgiften om hur det historiskt har sett ut kring just felavhjälpanDET det som anbudslämnarna har att basera sitt anbud på. Dalkia har, i egenskap av nuvarande driftoperatör, tillgång till uppgifter om ärenden för hela året och att Landstinget genomför en förnyad upphandling utan att ge övriga anbudslämnare ett mer komplett underlag är uppenbart i strid med likabehandlingsprincipen.

Vidare är den statistik som faktiskt har presenterats inte heller tillräckligt utförlig och detaljerad. I den presenterade statistiken redovisas endast anta-

let ärenden och inte vad som har orsakat ärendet, d.v.s. om det är frågan om ett planerat underhåll som beställaren ska stå för eller om det är ett felavhjälpande som leverantören ska stå för och som därmed ska ingå i det fasta priset. Dalkia har kännedom om hur den fördelningen har sett ut tidigare och vad som tidigare har ersatts av Landstinget. Även i det avseendet har därför Dalkia ett sådant informationsövertag som Landstinget, genom att presentera ett mer komplett material, kunnat minska avsevärt.

Det som också får en avgörande betydelse för vad som kan komma att ingå i den fasta prissumman är vilket skick som byggnaderna och därtill hörande system befinner sig i. Mängden felavhjälpanden är en direkt följd av status på byggnaderna och det planerade underhållet. I avsaknad av information i det avseendet är det endast Dalkia som har haft någon närmare kännedom om detta.

Landstingets genmäle

Bravida har gjort gällande att det är samtliga förändringar av förfrågningsunderlaget som åberopas till stöd för ansökan om överprövning. Någon vidare uppräknning eller förtydligande av dessa påstådda förändringar görs dock inte, istället hänvisar man till den sammanställning av frågor och svar som varit bilaga till ansökan om överprövning. Det finns emellertid inte något generellt förbud mot att göra justeringar i ett förfrågningsunderlag. Det åligger därför Bravida att visa att de eventuella justeringar som gjorts inte skulle vara tillåtna.

Bravida tycks vidare göra gällande att EU-rättslig praxis hindrar en upphandlande myndighet från att beakta anbudslämnarnas kompetens och tidigare erfarenheter då man utformar ett förfrågningsunderlag eller bedömer påstådda brister däri. Detta är naturligtvis inte korrekt och skulle i grunden innebära att en upphandling skulle omöjliggöras då föremålet för upphand-

lingen är komplext eller förutsätter specifik branschkunskap. Det ligger i sakens natur att ett företag som inte sysslar med teknisk fastighetsdrift inte heller kan kalkylera detta arbete. Detta alldeles oavsett hur förfrågningsunderlaget är utformat och även om företaget annars är en "rimligt informerad och normalt omsorgsfull" anbudsgivare. I detta sammanhang bör det även tilläggas att Bravida inte har ifrågasatt kvalificeringskraven, vilka i sig utesluter anbudsgivare som inte har en relativt hög nivå av erfarenhet och kompetens på området, varför frågan främst torde vara av akademiskt intresse.

Vad gäller skillnaderna i anbudspriser i upphandlingen vidhåller Landstinget att storleken i sig inte är något ovanligt. Hur stora avvikelserna är i reella tal beror naturligtvis på hur stor respektive upphandling är. Det finns inte heller några som helst möjligheter att – på det sätt som Bravida gör gällande – ta en avvikelse i anbudspriserna som en direkt in-teckning för att det förelegat otydligheter i förfrågningsunderlaget.

Landstinget vidhåller att någon väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget inte har skett. Vid en närmare studie av de aktuella justeringarna framgår det mycket tydligt att dessa inte berör några av anbudsgivarnas huvudförpliktelser, utan istället varit av högst marginell karaktär. Samtliga av dessa mindre justeringar har dessutom skett efter direkta frågor från Bravida och annonserats av Landstinget i god tid innan anbudstidens utgång. Bravidas påstående om att justeringarna medfört, eller i vart fall riskerat medföra, skada för Bravida eftersom anbudet annars hade kunnat utformas annorlunda, är således helt grundlöst.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår 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.

Förvaltningsrättens bedömning

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. Ändringar, förtydliganden eller kompletteringar får således bedömas med utgångspunkt i de grundläggande EU-rättsliga principer som bl.a. kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. En upphandlande myndighet är därför inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbudet ges in klargöra eventuella tveksamheter och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Möjligheterna till detta är dock enligt praxis begränsade och tillåtna under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten får i regel heller inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras, vilket skulle strida mot likbehandlingsprincipen. Om den upphandlande myndigheten finner att nya

krav måste ställas innebär detta som huvudregel att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

I målet är det ostridigt att Landstinget har gjort de förändringar i förfrågningsunderlaget som Bravida gjort gällande. Fråga i målet är om de ändringar som gjorts innebar en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget och om Landstinget i så fall, genom att inte avbryta upphandlingen, har brutit mot de grundläggande principerna som stadgas i 1 kap. 9 § LOU.

Av handlingarna i målet framgår att Landstinget för ett antal uppgifter som ingår i uppdraget som upphandlas har ändrat ersättningsformen från fast till rörlig samt ändrat omfattningen av det arbete som ska utföras. Frågan om ändringarna är väsentliga eller inte ska enligt förvaltningsrättens uppfattning besvaras med hänsyn till hur kravet/förutsättningen i fråga har ändrats i förhållande till sin ursprungliga lydelse och ändringarnas betydelse i upphandlingen.

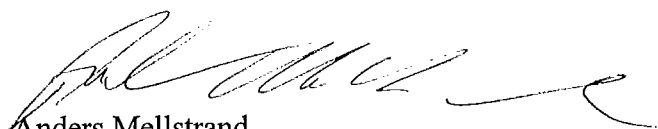
Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att de ändringar som innebar att omfattningen av arbetet förändrades och att formen för ersättningen ändrades från fast till rörlig inte kan anses utgöra klargöranden av otydligheter/tveksamheter i förfrågningsunderlaget utan i stället förändringar av detsamma. Dessa förändringar är i vart fall sammantaget att betrakta som väsentliga och borde därför ha lett till att Landstinget avbröt upphandlingen. Skillnaden i förutsättningarna för upphandlingen är så stor att den kan ha påverkat potentiella leverantörers vilja och möjlighet att lämna anbud. Då förändringarna är väsentliga är den omständigheten att Landstinget delgett samtliga de anbudsgivare som initialt krävt ut anbudsunderlaget information om att Landstinget publicerat nya frågor och svar irrelevant. Detta eftersom en väsentlig ändring inte kan tillåtas inom ramen för en påbörjad upphandling.

Landstinget borde således ha avbrutit upphandlingen och gjort om den för att inte bryta mot principerna om öppenhet och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Landstingets förfarande har medfört att Bravida har lidit eller kan komma att lida skada. Det finns till följd härav skäl till ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

Eftersom de brister som ovan framhållits avser upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten att dessa inte kan åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen ska göras om.

Överklagandet ska således bifallas redan på denna grund. Skäl saknas därmed att pröva av Bravida i övrigt anförda invändningar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).



Anders Mellstrand

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

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

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

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

DV 3109/1D LOU