



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-08-03
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 32217-10
 Enhet 15

SÖKANDE

K-Konsult Elmiljö AB, 556385-7100
 Box 47044
 100 74 Stockholm

Ombud: Advokat Peter Thors
 Advokatbyrån Hellgren Linander KB
 Box 24053
 104 50 Stockholm

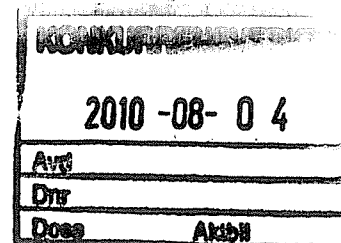
MOTPART

Tornberget Fastighetsförvaltning AB i Haninge, 556428-5806
 136 81 Haninge

Ombud: Advokat John Hane
 Foyen Advokatfirma
 Stora Nygatan 33
 411 08 Göteborg

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att ramavtalsupphandlingen avseende konsultarbeten kategori elkonsulter dnr 7:3/2010, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 7 juni 2010 om att upphandlingen tills vidare inte får avslutas avseende den del som rör konsultarbeten kategori elkonsulter upphör därmed att gälla.

Dok.Id 36195

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

Tornberget Fastighetsförvaltning AB i Haninge kommun (Tornberget) har genomfört en ramavtalsupphandling avseende konsultarbeten kategori elkonsulter, dnr 107:3/2010 (upphandlingen). Upphandlingen har genomförts inom ramen för ett enkelt förfarande. I tilldelningsbeslut daterat den 28 maj 2010 beslutade Tornberget att anta andra anbud än det från K-Konsult Elmiljö AB (K-Konsult).

YRKANDEN M.M.

K-Konsult har ansökt om överprövning av upphandlingen i fråga. I första hand yrkar K-Konsult att upphandlingen ska rättas på så sätt att K-Konsult bereds möjlighet att rätta sitt anbud med avseende på felaktiga e-postadresser till angivna referenspersoner. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av K-Konsults anbud ska göras utifrån de två referenser som har svarat på Tornbergets förfrågan. Som grund för förstahandsyrkandet har K-Konsult bland annat angivit följande. Tornberget har berett andra anbudsgivare tillfälle att komplettera sina anbud i de fall e-postadresser saknats till referenspersoner. Att då inte bereda K-Konsult möjlighet att rätta fel i de av bolaget angivna e-postadresserna strider mot principen om likabehandling av anbudsgivarna. Oavsett orsaken till att ett felmeddelande erhålls är den angivna e-postadressen vid den aktuella tidpunkten felaktig. Tornberget borde ha berett K-Konsult tillfälle att inkomma med rätt e-postadresser även om de andra anbudsgivarna inte hade beretts tillfälle att inkomma med saknade e-postadresser. Det finns i och för sig ingen uttrycklig skyldighet för en upphandlande myndighet att tillåta rättelser eller kompletteringar. En sådan skyldighet kan dock ändå följa på grund av den grundläggande principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Det får

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

anses orimligt och oproportionerligt om en anbudsgivare skulle förlora ett upphandlingskontrakt på grund av att ett bindestreck har glömts bort i en e-postadress. Som grund för andrahandsyrkandet har K-Konsult angivit i korthet följande. Det sätt Tornberget har förfarit vid utvärderingen av referenser har inte har framgått av förfrågningsunderlaget. Upphandlingen strider i denna del mot principen om öppenhet (förutsägbarhet och transparens). Gemensamt för de båda grunderna är att K-Konsult, som annars torde ha tilldelats ett ramavtal, genom Tornbergets agerande har drabbats av skada.

Som omständigheter har K-Konsult i korthet angivit följande. I de Administrativa föreskrifterna, punkten U5.3 anges att kontrakt kommer att tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till kriterierna Namngiven organisation (40 procent), Namngiven organisations referenser (40 procent) samt Timarvoden (20 procent). I U5.3 under Namngiven organisations referenser uppräknas underkriterierna samarbetsförmåga, kommunikationsförmåga, tillgänglighet, resultatdrivande/förmåga att föra/driva processen framåt samt Tornbergets och/eller andra beställarorganisationers erfarenhet. Någon närmare redovisning av hur utvärderingen ska gå till redovisas dock inte. I punkten U3.1 redovisas vilka handlingar som skulle ges in med anbudet; bland annat referenser för fem utförda projekt under de senaste åren, samt namngivna referenspersoner med post och e-postadress. K-Konsult har ingivit sådan referenslista, dock har det blivit fel i två av e-postadresserna. Tornberget har skickat en blankett för poängsättning per e-post till de av anbudsgivarna angivna referenspersonerna. I vissa fall har det dock saknats e-postadresser i anbudet. Tornberget har då kontaktat dessa anbudsgivare och ombett dem att komplettera sina anbud med sådana adresser. Eftersom Tornberget har kontaktat anbudsgivare som inte har angivit e-postadresser i sina anbud, måste Tornberget givetvis ge samma möjlighet till anbudsgivare som har angivit felaktiga e-postadresser. Genom att inte ge

K-Konsult denna möjlighet har Tornberget brustit i likabehandlingen av anbudsgivarna. En rättning av en felaktigt angiven e-postadress är en mer begränsad komplettering än en komplettering med en helt saknad e-postadress. Det torde kunna ifrågasättas huruvida en komplettering med helt saknad e-postadress är en tillåten komplettering enligt 15 kap. 12 § LOU. En komplettering med en saknad e-postadress är inte ett förtydligande av tidigare lämnad uppgift, inte heller utgör avsaknaden av e-postadresser ett sådant uppenbart fel som kan rättas med stöd av 15 kap. 12 § första stycket LOU. För att det ska vara frågan om ett sådant uppenbart fel måste detta vara uppenbart redan av anbudet. En komplettering av saknade e-postadresser måste göras med stöd av 15 kap. 12 § andra stycket LOU. Kravet på likabehandling av anbudsgivarna innebär dock att även andra anbudsgivare då måste få tillfälle att komplettera eller rätta liknande brister i sina anbud. Upphandlingen ska således i första hand rättas på så sätt att K-Konsult ges möjlighet att rätta de felaktiga uppgifterna i e-postadresserna, varefter Tornberget ska inhämta utlåtanden från dessa referenser på så sätt som tidigare gjorts.

Enligt Tornberget anges det i U3.1 i de Administrativa föreskrifterna att anbudsgivarna ska redovisa referenser på fem stycken utförda projekt under de senaste åren. Enligt Tornberget har ett mycket stort antal anbudsgivare inte lämnat fem referenser. Trots detta har dessa anbudsgivares anbud upptagits till prövning. Det är K-Konsults uppfattning att Tornbergets agerande i denna del står i strid med LOU. I de blanketter som Tornberget översände till referenspersonerna har dessa ombetts att betygsätta anbudsgivarna på en skala mellan 1 – 10 på fem olika kriterier. Enligt uppgift från Tornberget har utvärderingen av referenserna gått till på så sätt att för de anbudsgivare för vilka Tornberget har erhållit 3 - 5 svar har Tornberget delat den faktiska totalpoängen med den teoretiska maxpoängen för de antal referenser som svarat, varefter resultatet har multiplicerats med tio. Vid utvärderingen av K-Konsults anbud, där svar

endast erhöles från två referenspersoner, har dock Tornberget förfarit på ett annat sätt. Istället för att dela totalpoängen med den teoretiska maxpoängen för två referenspersoner har Tornberget delat denna med den teoretiska maxpoängen för tre referenspersoner. Effekten av detta är densamma som om en av tre referenspersoner hade givit K-Konsult noll poäng. Detta förfaringssätt har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Gränsen på tre anbudsgivare är godtyckligt vald. För det fall K-Konsults totalpoäng hade delats med maxpoäng för två referenspersoner hade K-Konsult erhållit 9,4 poäng istället för 6,25 poäng på detta utvärderingskriterium. K-Konsult hade då tilldelats ett ramavtal. K-Konsult anser även att det är oklart varför K-Konsult tilldelats lägre poäng än vinnande anbud i kategorierna kompetens, erfarenhet och verksamhetskunskap.

Tornberget bestrider K-Konsults yrkanden och begär att ansökan ska lämnas utan bifall. Till stöd för sin talan har Tornberget uppgivit i korthet följande. Tornberget har samtidigt upphandlat ramavtal för konsultarbeten i elva fackområden. Upphandlingens stora omfattning har varit skälet till att e-postadresser har efterfrågats till referenspersonerna. Ett mycket stort antal anbudsgivare hade inte lämnat efterfrågade fem referenser utan bara en, två, tre eller fyra referenser. I ytterligare anbud har det trots flera försök inte gått att få tag på samtliga fem referenser. Ett antal av dessa har liksom i K-Konsults fall vid Tornbergets förfrågan medfört felmeddelande. Tornberget har inte haft anledning att behandla dessa annorlunda än de anbud där vare sig felmeddelande eller annat svar erhållits från referens. Tornberget har behandlat alla anbudsgivare lika. I K-Konsults fall är det endast två referenser som har svarat. Referens på Projektbyrån har inte svarat trots påminnelse. Från Täby respektive Nyköpings kommun har Tornberget fått felmeddelanden, detta har dock inte föranlett någon åtgärd och referenserna har inte kunnat beaktas. Skälen till att felmeddelande erhålls kan vara flera, exempelvis att mottagaren slutat sin anställning och e-postadressen upphört eller att mottagarens företag bytt e-postadress. Att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

anbudsgivaren har angivit e-postadressen felaktigt i sitt anbud är en brist som inte på något sätt varit iakttagbar för Tornberget. Tornberget har först efter att K-Konsult ansökt om överprövning blivit varse att K-Konsult angivit felaktig e-postadress. Tornberget har inte haft någon skyldighet att efterforska de bakomliggande orsakerna till varför felmeddelanden erhöles. Alla anbudsgivare med motsvarande brist i sina referenser har behandlats på motsvarande sätt. Tornberget har utgått ifrån att de uppgifter som K-Konsult lämnat har varit riktiga och fullständiga. Att Tornberget låtit andra anbudsgivare komplettera sina anbud vilka helt saknar angivna e-postadresser till referenser rör sig inte om samma sak. Den ena bristen är uppenbar och kan omedelbart iakttas och en komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU är fullt möjlig då det rör sig om ett förtydligande av en redan ingiven uppgift. K-Konsults felaktigt angivna e-postadresser måste betraktas som ett "dolt fel" vilket Tornberget eftersom ingen kännedom funnits härom inte haft möjlighet att utreda. En andra kompletteringsrunda hade krävt en omfattande arbetsinsats och försenat Tornbergets tilldelningsbeslut avsevärt. Tornberget har inte haft någon skyldighet att begära in ytterligare kompletteringar av anbudsgivarna bara för att man i tiden långt dessförinnan begärt in kompletteringar av uppgifter som synbarligen saknats. Det är inte rimligt att en upphandlande myndighet ska efterforska eventuella felskrivningar i e-postadresser till något så centralt i anbudet som referenspersoner vars erfarenhet av anbudsgivare poängbedömts med förhållandevis hög viktning. Det är heller inte rimligt med en rättelse först i förvaltningsrätt av ett sådant skrivfel, i en situation där motsvarande skrivfel vidlåter ett antal andra anbudsgivare i upphandlingen som drabbats på samma sätt som K-Konsult.

Tornberget har lagt tre referenser till grund för sin poängbedömning trots att man frågat efter fem referenser i sitt förfrågningsunderlag. Denna åtgärd har vidtagits enbart i syfte att kunna fullfölja upphandlingen på ett rättvisande sätt, där det alternativ som annars stått till buds varit att avbryta

upphandlingen. Det var totalt sett ett mycket litet antal anbudsgivare som redovisat fem kompletta referenser som Tornberget kunnat få kontakt med och uppgifter som kunnat läggas till grund för en utvärdering. Tornberget har av detta slutit sig till att kravet på fem referenser varit för högt ställt. Efter den kompletteringsrunda som Tornberget genomförde med avseende på utelämnade e-postadresser till namngivna personer var statusen med avseende på referenser följande avseende konsultarbeten kategori elkonsult: 10 anbud, varav en med fem referenser, fyra med fyra referenser, fyra med tre referenser och en med två referenser eller färre. I syfte att ändå kunna fullfölja upphandlingen på ett rättvisande sätt har Tornberget beslutat att utvärdera de referenser som inkommit där tre till fem referenspersoner svarat. Detta agerande har stöd i gällande rättspraxis, jämför Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 23 oktober 2009, mål numer 2321-07. Under U3.1 i de administrativa föreskrifterna framgår visserligen att fem referensprojekt skulle anges men under U5.3 avseende anbudsutvärderingen, har inte angivits att samtliga dessa fem skulle komma att utvärderas. Det har således inte stridit mot förfrågningsunderlaget. Tornberget har sedan även beslutat att sådana anbudsgivare som inte nått upp ens till kravet på tre referenser, det vill säga anbud i vilka det endast kommit in en eller två referenser alternativt anbud där fler anvisats men Tornberget inte fått tag på fler än två, ändå valt att ta upp dessa anbud till prövning men i poänghänseende ge anbudsgivaren motsvarande en tredjedels poäng. Enligt rättspraxis, Kammarrätten i Stockholms dom av den 27 juni 2002 i mål 3950-2002, får anbud inte förkastas endast på den grund att de brister i förhållande till uppställda skall-krav förutsatt att det är möjligt att pröva anbudet med den bristen. Detta har förklarats av Tornberget i ett särskilt följebrev. Denna komplettering av e-postadresser kan inte anses utgöra något annat än en tillåten komplettering enligt 15 kap. 12 § LOU.

Tornberget har stannat vid tre referenser som ett lämpligt antal vid utvärderingen. Den eftersträvade konkurrensutsättningen har kunnat upprätthållas och det har givit Tornberget ett tillräckligt underlag för utvärdering. Med hänsyn härtill beslöt Tornberget att endast utvärdera tre referenser och i de fall anbudsgivare redovisat fyra eller fem referenser, har Tornberget utgått från de tre bästa referenserna för deras del. Att Tornberget under anbudsutvärderingen insett att man måste sänka skalkravet från fem till tre referenser för att kunna fullfölja upphandlingen, medför inte att kravet bortfaller helt, vilket blivit följderna om K-Konsult skulle ha fått tillgodoräknas genomsnittspoängen av sina två referenser på samma sätt som de som presenterat tre eller fler referenser. Ett sådant förfarande hade medfört ett otillbörligt gynnande av K-Konsult och de övriga anbudsgivarna som inte ens klarat av det sänkta kravet på tre kompletta referenser, och stått i strid med LOU. Det har inte angivits uttryckligen i upphandlingsföreskrifterna att samtliga fem efterfrågade referenser skulle läggas till grund för utvärdering. K-Konsults anbud har inte kunnat förkastas enbart på den grunden att man inte företett fem referenser, eller ens tre referenser sedan det kravet formlöst sänkts, eftersom anbudet i övriga delar varit komplett. Med hänsyn därtill har åtgärden att reducera K-Konsults referenspoäng i procent motsvarande den brist som förelegat varit rimlig och ägnad att trots allt ge K-Konsult en chans att tilldelas kontrakt. Då Tornberget inom ramen för den offentliga upphandlingen inte har agerat i strid med LOU kan K-Konsult ej anses ha lidit någon skada.

Förvaltningsrätten har den 7 juni 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas avseende den del som rör konsultarbeten kategori elkonsulter.

UTREDNING I MÅLET

I de administrativa föreskrifterna under punkt U3.1 med rubriken Anbudsform och innehåll står bland annat följande.

- I anbudet skall redovisas följande uppgifter:
- * Referenser på 5 utförda projekt under senaste åren, samt namngivna referenspersoner med post och mailadress för arbeten i dessa projekt och
 - kort beskrivning av projektet
 - storlek på projektet
 - utförandetid
 - konsultens roll

Vidare anges i de administrativa föreskrifterna under punkt U5.3 med rubriken Prövning av anbud att:

Anbud kommer att utvärderas med en sammanvägning av följande kriterier.

Namngiven organisations	40%
-Kompetens	
-Erfarenhet	
-Verksamhetskunskap	
Namngiven organisations referenser avseende	40%
-Samarbetsförmåga	
-Kommunikation	
-Tillgänglighet	
-Resultatdrivande, förmåga att föra/driva processen framåt	
-Tombergets och/eller andra beställarorganisationers erfarenhet	
Timarvoden	20%
Medelvärdet av <u>konsulternas</u> timarvode kommer att utvärderas	

Det anbud som bedöms vara ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till angivna omständigheter kommer att antas. Ofullständiga anbud kan komma förkastas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 9 kap. 8 § LOU anges följande. 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 ansökan 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.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Rätten är bunden till de grunder och omständigheter som parterna i målet framför men är däremot inte bunden av parternas yrkanden. Detta framgår av RÅ 2009 ref 69.

K-Konsult har gjort gällande att Tornbergets upphandling, ramavtalsupphandlingen avseende konsultarbeten kategori elkonsulter, dnr 7:3/2010, är belagd med vissa brister i förhållande till LOU. En av dessa brister är enligt K-Konsult att det sätt Tornberget har förfarit vid utvärderingen av referenser har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Upphandlingen strider enligt K-Konsult i denna del mot principen om öppenhet (förutsägbarhet och transparens). Vidare har K-Konsult uppgett följande.


Tornberget har angivit i de administrativa föreskrifterna att anbudsgivarna ska redovisa referenser på fem stycken utförda projekt under de senaste åren. Trots detta har anbud av anbudsgivare med färre lämnade referenser tagits upp till prövning. Det är K-Konsults uppfattning att Tornbergets agerande i denna del står i strid med LOU.

Av förfrågningsunderlagets punkt U3.1 framgår att fem referenser på utförda projekt ska lämnas. Tornberget har gått ifrån sitt eget uppsatta skall-krav och godkänt utvärdering även av anbud som har färre än fem uppgivna referenser. Det kammarrättsfall, Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 23 oktober 2009, mål numer 2321-07, som Tornberget hänvisar till gäller brist på tydlighet i förfrågningsunderlaget och inte som i detta fall för högt ställda krav. Genom sitt agerande avseende antal godkända referenser har bolaget visat att kravet på fem referenser var oproportionerligt högt ställt och att inte förkasta anbud trots att de inte uppfyller skall-kravet avseende referenser innebär att Tornberget gjort ett avsteg från principen om likabehandling. Att som nu sänka kravet för anbud som utvärderades, först till tre, sedan till två referenser har inneburit en nackdel för de anbudsgivare som faktiskt lämnat fem referenser, däribland K-Konsult. Ett sådant förfarande innebär också att andra presumtiva anbudsgivare - som på grund av att de kan konstatera att de inte uppfyller skall-kravet avseende referenser kan ha valt att avstå från att avge anbud – utesluts från upphandlingen. Den komplettering med e-postadresser som medgetts av Tornberget har inte lett till att enbart anbud som uppfyller skall-kravet på referenser har utvärderats. Tornberget borde ha förkastat anbuden som inte uppfyllde skall-kravet på antalet angivna referenser. K-Konsult kan antas komma lida skada av Tornbergets agerande. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU finns således.

Den aktuella bristen, dvs. skall-kravet avseende antalet referenser, avser förfrågningsunderlagets utformning och har funnits redan vid den

konkurrensutsättande fasen av upphandlingen och det kan inte utslutas att potentiella anbudsgivare kan ha avstått att lämna in anbud då de inte kunnat uppfylla skall-kravet på fem referenser. Med beaktande av detta kan rättelse inte anses vara en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen avseende konsultarbeten kategori elkonsulter ska därför göras om.

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


Susanne Bagge
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarie Gunilla Renbjer.



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.