



SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929

Ombud: Advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funckens Gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPARTER

1. Botkyrka kommun, 212000-2882
Kommunledningsförvaltningen, upphandlingsenheten
147 85 Tumba

2. Greens Anläggnings AB, 556297-0961
Långängsvägen 4
152 57 Södertälje

SAKEN

Upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förklarar att Botkyrka kommuns upphandling Dagvatten – Norra Botkyrka (dnr 2013:45) ska rättas på så sätt Greens Anläggnings AB:s anbud förkastas.

YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun (kommunen) genomför upphandlingen Dagvatten – Norra Botkyrka (dnr 2013:45). Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Av tilldelningsbeslut den 10 juni 2015 framgår att kommunen avser att anta Greens Anläggnings AB:s (Greens) anbud.

NCC Construction AB (NCC) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan. För det fall förvaltningsrätten anser att det finns fel i upphandlingen anser kommunen att upphandlingen ska göras om.

Greens bestrider bifall till ansökan.

Vad NCC anför

Utvärdering av kvalitet – Teknik

Kommunen har frångått vad som angetts i förfrågningsunderlaget vid utvärderingen av delkriteriet Teknik. Detta strider mot transparens- och lika-behandlingsprincipen. Enligt kriteriet skulle anbudsgivarnas beskrivningar jämföras med varandra och rangordnas, varvid den bästa beskrivningen tilldelas 22 poäng och övriga beskrivningar lägre poäng. Endast tre anbudsgivare skulle kvalificeras och poängsättningen har varit uppdelad i de tre stegen bäst, näst bäst och sämst. Det kan inte förstås på något annat sätt än att anbuden skulle bedömas och rangordnas relativt i förhållande till varandra för att sedan poängsättas med tillämpning av samtliga poängsteg.

Det bör också noteras att på andra ställen i utvärderingsbilagan använder sig kommunen av skrivningen "anbud" i meningen ett (1) anbud. Kommunen har bedömt både NCC:s och Greens beskrivningar som bäst och tilldelat båda 22 poäng. En sådan bedömning rymms dock inte inom utvärderingsmodellens lydelse. Endast om två anbud vore helt lika avseende kvalitet skulle det eventuellt kunna komma ifråga att tilldela båda anbudena samma poäng. I förevarande fall kan de tekniska beskrivningarna omöjligen vara helt lika avseende kvalitet. Att innehållet i de tekniska beskrivningarna varierar och att de skilt sig åt i flera delar bekräftas också av kommunens redovisning av utvärderingen i tilldelningsbeslutet. Om anbudena utvärderats på det sätt som beskrivits i förfrågningsunderlaget hade endast ett anbud tilldelats 22 poäng och det andra anbudet hade fått 11 poäng. Om NCC:s tekniska beskrivning hade bedömts vara bäst hade det resulterat i att NCC fått den högsta totala poängsumman och tilldelats uppdraget. Det väsentliga är att kommunen tillämpat utvärderingsmodellen i strid med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Det är dock sannolikt att NCC vid en korrekt utförd utvärdering hade bedömts ha den bästa tekniska beskrivningen. NCC:s beskrivning är på ett flertal punkter mer utförlig och genomtänkt än Greens samt erbjuder fler mervärden. NCC har i vart fall riskerat att lida skada på grund av den felaktiga utvärderingen.

Konsultjäv

Greens anbud har vidare haft en otillbörlig konkurrensfördel och borde rätteligen ha förkastats. Detta är i strid med likabehandlingsprincipen. Greens har genom hela upphandlingen och i framtagandet av anbudet samarbetat med bolaget WSP Sverige AB (WSP). WSP har även arbetat tillsammans med kommunen och tagit fram flera av de handlingar som utgjort grund för upphandlingen och för det förfrågningsunderlag som anbudena skulle baseras på i steg 3. Greens har därmed erhållit en otillbörlig konkurrensfördel genom konsultjäv.

År 2010 uppdrog kommunen åt WSP att genomföra en förstudie för att undersöka var och hur vattnet i Norra Botkyrka bäst ska kunna renas. WSP:s arbete utfördes av konsulten Anders Rydberg, och resulterade i en rapport där tre olika reningslösningar presenterades. Förstudien har utgjort del av underlaget för samtliga delar av upphandlingen och har haft väsentlig betydelse i upphandlingen. Förstudien utgjorde grund för kommunens beslut att gå ut i en upphandling och ett av lösningsförslagen utgör grunden till den utformning av dagvattenparkerna som valdes av kommunen för upphandlingen. Det är alltså WSP:s bedömningar och slutsatser som anbudsgivarna haft att förhålla sig till när de tagit fram sina lösningsförslag. Vidare bygger rambeskrivningen i steg 3, som uppställt vilka krav som ska gälla inför det slutliga anbudslämnandet, på WSP:s förstudie. Kraven i rambeskrivningen har också utgjort grund för bedömning av den tekniska beskrivning som ska bifogas i förhållande till utvärderingskriteriet Teknik.

Anders Rydberg och andra konsulter från WSP har därefter deltagit i Greens organisation för arbetet med anbudet och kommer enligt organisationsplanen att vara med i organisationen för genomarbetandet av entreprenaden. Anders Rydberg har exempelvis varit med och tagit fram flera delar av Greens lösningsförslag i steg 2 och 3. Det ska särskilt noteras att Anders Rydberg är en av författarna till den tekniska beskrivning från Greens sida som utvärderats av kommunen under utvärderingskriteriet Teknik. Genom sitt arbete med förstudien har han fått omfattande insikt i kommunens behov och förutsättningar. I och med Greens samarbete med WSP har Greens kunnat tillgodogöra sig denna kunskap. Exempelvis har Greens med hjälp av Anders Rydberg haft betydligt lägre kostnader för att gå igenom handlingarna i förfrågningsunderlaget och utifrån dessa bilda sig en uppfattning om vad som efterfrågas och vilka möjligheter samt svårigheter som entreprenaden är förenad med samt ta fram lösningsförslag och anbud i steg 2 respektive steg 3. Därmed har Greens kunnat ange en lägre anbudssumma än NCC. Konkurrensfördelen består i att man kunnat tillgodogöra sig den unika

kunskap om kommunens behov och preferenser som Anders Rydberg har fått genom sitt arbete med förstudien. Anders Rydberg har således inte bara haft omfattande kunskap om projektet som sådant utan också varit med och tagit fram flera av bedömningsgrunderna i utvärderingen. Den insikt och kännedom om kommunens bedömningsgrunder som Anders Rydberg därmed innehar är omöjlig för någon annan anbudsgivare att uppnå. Att förstudien har tillgängliggjorts i upphandlingen har inte neutraliserat konkurrensfördelen, eftersom förstudien endast utgör en begränsad sammanfattning av det arbete som Anders Rydberg utförde. Majoriteten av den kunskap som Anders Rydberg tillägnade sig kan endast förmedlas av honom själv. Jämfört med NCC har Greens därmed behövt lägga mindre resurser på framtagandet av bilagan, men framför allt haft bättre möjligheter att utforma den tekniska beskrivningen i förhållande till vad som efterfrågats, vilket ökat sannolikheten för en högre poäng. Därutöver har förstudien och slutsatserna däri förts in i den rambeskrivning som legat till grund för utvärderingen av delkriteriet Teknik. Av betydelse är också att Anders Rydberg genom det tätta samarbetet med kommunen under arbetet med förstudien fått ingående insikt i kommunens preferenser vad gäller utformningen av belysningen och gestaltningen i området, omständigheter som beaktas vid delkriteriet Arkitektur. Greens har fått högsta poäng även för detta kriterium. Det finns stora subjektiva inslag i utvärderingen. Vad som i utvärderingen anses vara en bra och genomtänkt gestaltning samt vad som bedöms vara kreativt eller upplevs som spännande och trivsamt är högst individuellt. Greens har, genom Anders Rydberg, haft den stora fördelen att veta hur kommunen tänker och tycker om gestaltning i allmänhet och om den specifika platsen i synnerhet. Under dialogen har kommunen uppmanat NCC att tänka friare avseende gestaltningen och "gå utanför boxen". NCC har således lagt både tid och resurser på att utveckla ett förslag i enlighet med kommunens instruktioner. Kommunen har dock gett Greens förslag, som är mycket likt lösningen i förstudien, ett väsentligt bättre omdöme och därmed även en högre poäng. Kommunens agerande att först uppmana NCC att tänka nytt och fritt och

sedan premiera likhet med den lösning som tagits fram i förstudien är motsägelsefullt och vilseledande och därmed i strid med transparens- och lika-behandlingsprincipen.

Avvikelserna mellan förstudiens och förfrågningsunderlagets lösningar rör mindre detaljer; de väsentliga delarna som att dagvattnet ska renas via dammar och våtmark samt principerna för hur dagvattnet ska ledas är desamma i förstudien och rambeskrivningen. Det relevanta är dock inte graden av likhet. Det som är av betydelse är att förstudien ostridigt har utgjort en väsentlig del av upphandlingen och att rambeskrivningen baserats på förstudien. WSP och deras konsulter har haft en betydande roll i den utredning som legat till grund för hela upphandlingen och har varit med att ta fram handlingar som utgjort del av förfrågningsunderlaget.

I förstudien anges att denna ”syftar till att identifiera och beskriva olika alternativa lösningar för dagvattenhanteringen i norra Botkyrka som uppfyller de krav som ställs i och med att området ingår i Östra Mälarens vattenskyddsområde. Det finns en stark önskan att dagvattenhanteringen utgör en positiv upplevelse i stadsmiljön”. Det förefaller högst osannolikt att kommunens funderingar och preferenser inte skulle ha diskuterats inom ramen för arbetet med förstudien. Detta gäller i synnerhet olika tekniska lösningar, men även arkitektur och gestaltning. WSP:s uppdrag har inte enbart omfattat att finna tekniskt fördelaktiga lösningar utan även inkluderat utseendemässiga aspekter. Det bekräftas också i andra delar av förstudien; bl.a. anges att man vill rusta upp stråket och göra det attraktivt och prioritera det gestaltningsmässiga och att lösningen utformats i syfte att hitta en god balans mellan rening och gestaltning. Detta kan inte förstås på annat sätt än att WSP och Anders Rydberg inom ramen för arbetet med förstudien utrett och beaktat kommunens gestaltningsmässiga preferenser för området.

Därutöver finns det flera konsulter hos WSP som haft uppdrag för kommunen i anledning av arbetet med upphandlingen. Marie Åslund är landskapsarkitekt hos WSP. Av Marie Åslunds CV framgår att hon i samband med kommunens förberedelser inför upphandlingen har haft i uppdrag att utreda och utveckla olika gestaltungsförslag för den nya dagvattenhanteringen. Det kan inte råda något tvivel om att hon genom detta arbete har fått insyn i hur kommunen har resonerat kring gestaltning och vilka typer av lösningar som föredragits. Marie Åslund har också ingått i Greens organisation i anbudsarbetet.

Det råder en mycket stark presumtion för att WSP, genom sitt arbete med förberedelserna för upphandlingen, har kunnat tillägna sig unik kunskap om kommunens tankar om och preferenser för olika lösningar, både tekniska och gestaltungsmissiga. Det har medfört en konkurrensfördel för Greens i upphandlingen. Kommunen har inte vidtagit några som helst åtgärder för att neutralisera dessa konkurrensfördelar.

Därutöver är kommunens beslut att inte förkasta Greens anbud i strid med punkten AFB.171 i de administrativa föreskrifterna. WSP och Anders Rydberg är sådana konsulter som anbudsgivare inte får samarbeta med. Kommunen har alltså velat hindra just samarbete av det slag som det mellan Greens och WSP.

Om kommunen agerat i enlighet med likabehandlingsprincipen och förkastat Greens anbud hade NCC tilldelats uppdraget. Upphandlingsfelet har därmed medfört att NCC lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Brister i Greens anbud

Greens anbud innehåller även ytterligare brister i förhållande till obligatoriska krav. I rambeskrivningen anges att tryckledningar från pumpstation

E2 till damm F3 och damm F4 ska anläggas i PE 100 Hexen. Det kan inte förstås på annat sätt än att de ledningar som anläggs i tunneln omfattas av kravet och ska vara av PE 100 Hexen. Enligt Greens ska tryckledningarna vara av rostfritt stål. Av kommunens administrativa föreskrifter, punkt AFD.21, följer att om tillägget "eller likvärdigt" saknas föreligger ingen rätt för leverantören att välja annan likvärdig lösning. Greens har inte haft rätt att välja annat material och borde ha förkastats även på denna grund. Eftersom NCC skulle ha tilldelats kontraktet om Greens anbud förkastats har NCC lidit skada av kommunens upphandlingsfel.

NCC delar inte Greens uppfattning att rostfritt stål är en produkt med bättre standard än PE 100 Hexen, men det saknar betydelse. Det är oklart hur kommunen menar att begäran om förtydligande skulle ha läkt den förevarande bristen, men det har i så fall inneburit att Greens har getts tillfälle att ändra materialvalet, vilket utgör en otillåten förändring.

Vad kommunen anför

Utvärdering kvalitet – Teknik

Utvärderingen av anbuden följer den utvärderingsmodell som angetts i förfrågningsunderlaget. I bedömningen av såväl Teknik som Arkitektur anges att anbud som utvärderingsgruppen bedömer som bäst bland inkomna anbud erhåller maxpoäng. I beskrivningen av poängsättningen anges inte att "det bästa anbudet" erhåller maxpoäng. Formuleringen i förfrågningsunderlaget ger möjlighet att ge ett eller flera anbud maxpoäng om anbuden bedöms som lika bra vad avser tekniska beskrivningar i förhållande till rambeskrivningar. NCC:s anbud har bedömts som lika bra som Greens anbud. Eftersom NCC inte medverkat i utvärderingen och de genomgångar som gjorts av Greens anbud, är det svårt för NCC att bedöma om bolaget har den bästa tekniska beskrivningen. Bedömningen har gjorts

baserat på lämnade anbud och på de genomgångar av anbuden som gjorts med respektive anbudsgivare.

Om förvaltningsrätten menar att kommunen har tillämpat utvärderingsmodellen felaktigt har den så stora brister att upphandlingen ska göras om.

Konsultjäv

Det föreligger inte konsultjäv och kommunen har följt principen om lika-behandling. I samband med att upphandlingen annonserades som en anbudsansökan framgick av bifogade underlag att WSP genomfört en förstudie som resulterat i en rapport. Med rapporten som underlag beslutade Tekniska nämnden i Botkyrka att dagvattnet ska renas i ett system av öppna dagvattenlösningar. Att denna förstudie utgjort en väsentlig del av upphandlingen har varit känt för NCC redan från anbudsansökan.

Under fas 2, förhandlingsdelen, har samtliga anbudssökande getts möjlighet att presentera sitt lösningsförslag enligt uppställda krav. NCC har fått en inbjudan att lämna in ett mer detaljerat och omfattande lösningsförslag som grund för dialogen. NCC har haft alla möjligheter att i de genomförda dialogerna påverka det slutliga förfrågningsunderlaget. Efter genomförda dialoger har kommunen, precis som angetts i förfrågan, tagit fram det slutgiltiga förfrågningsunderlaget. Kommunen har utnyttjat den rätt som framgått av anbudsinbjudan att köparen äger inkommen material under upphandlingstiden och även rätten att plocka ”godbitar” från lösningsförslag/information som inkommit för att producera det slutgiltiga förfrågningsunderlaget. NCC har haft samma möjligheter som Greens att påverka det slutgiltiga förfrågningsunderlaget. Om NCC under dialogerna i större utsträckning hade bidragit med alternativa lösningar hade dessa också blivit en del av förfrågningsunderlaget.

Kommunen bestrider inte att kraven i den rambeskrivning som ingick i förfrågningsunderlaget har utgjort grunden för bedömning av den tekniska beskrivningen. Rambeskrivningen har tagits fram av Norconsult på uppdrag av kommunen. Greens har inte haft någon fördel av detta i samband med anbudsgivningen under steg 3 eftersom rambeskrivningen inte är framtagen av WSP. Upphandlingsförfarandet förutsätter att det slutliga förfrågningsunderlaget tas fram med hjälp av de lösningsförslag som presenterats under dialogen. Om kommunen vetat exakt hur såväl den tekniska som arkitektoniska lösningen skulle se ut hade kommunen valt ett annat upphandlingsförfarande.

Det bestrids inte att kommunen uppmanat till tänkande ”utanför boxen”, och kommunen förutsätter att båda anbudsgivarna lagt ner tid och resurser på att under dialogen utveckla sina respektive lösningsförslag. Kommunen har inte ställt krav på redovisning av resurser och kan inte bemöta påståendet att Greens inte har behövt lägga ner lika mycket resurser som NCC, men anser att detta är spekulationer som förvaltningsrätten ska bortse från.

I anbudsansökningsinbjudan reglerades inga villkor för vilka konsulter eller underentreprenörer som anbudssökande fick använda sig av under upphandlingsförfarandet. Green har i sitt anbud vid inbjudan tydligt redovisat att Anders Rydberg och Marie Åslund skulle ingå i Greens organisation för att delta i upphandlingens alla delar. Efter genomförd dialog har kommunen sammanställt förfrågningsunderlag. I AFB.171 regleras kommunens prövning av otillbörliga fördelar. Kommunen har redan vid anbudsansökan godkänt NCC:s och Greens organisation.

I det fall förvaltningsrätten bedömer att det föreligger konsultjäv, föreligger det så uppenbara brister i förfrågningsunderlaget att upphandlingen ska göras om.

Brister i Greens anbud

Greens har efter begäran om förtydligande svarat ja på kontrollfrågan avseende krav ställda i rambeskrivningen 3.1.8 Ledningssystem för dagvatten i mark, om man tagit i beaktande att alla nya självfalls- och tryckledningssystem samt pumpstationer som anläggs i projektet ska anläggas i enlighet med BOTVAMA 2014. Därmed har Greens bekräftat att lämnat anbud uppfyller ställda krav. Efter förtydligandet har inte kommunen funnit skäl att utesluta anbudet från utvärdering. Samtliga anbudsgivare har getts möjlighet att förtydliga och även i delar komplettera sina anbud.

Om grund för diskvalificering av Greens anbud föreligger ska upphandlingen göras om, eftersom kommunen under anbudsgenomgång och utvärdering justerat ställda krav på belysning, maxtest av dammar och massbalans inom entreprenadområdet som samtliga inneburit prispåverkande kompletteringar.

Skada

NCC har inte kunnat visa att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Förfrågningsunderlaget är tydligt, förutsebart och transparent. Kommunen har följt de utvärderingskriterier som angetts. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna har följts.

Vad Greens anför

Utvärdering – teknik

Angående NCC:s påstående att NCC:s anbud sannolikt skulle ha bedömts ha den bästa tekniska beskrivningen påpekas att det är fråga om en totalentreprenad, varför färdiga handlingar inte ska utföras vid anbudslämnande.

Konsultjäv

Det föreligger inte konsultjäv. Betydelsen av att WSP utfört den aktuella förstudien har kraftigt överdrivits av NCC. Förstudien är relativt omfattande men samtidigt övergripande, och syftade till att kartlägga olika handlingsalternativ. De lösningsförslag som där redovisas är principiella. De ligger visserligen till grund för beslut om investering och den aktuella upphandlingen. Förstudien förespråkar däremot ingen specifik teknisk lösning som skulle kunna innebära ett otillbörligt gynnande av Greens eller WSP som leverantör, eller missgynna någon annan leverantör. Förstudien var endast inspiration och diskussionsunderlag för leverantörens egen lösning.

Den lösning som redovisas i rambeskrivningen har mycket stora avvikelser från förstudiens förslag. Avseende Fittja dammar följs förstudiens ursprungliga förslag relativt väl, men övriga dammar/våtmarker har en annan principiell konstruktion och funktion, dammarnas läge har förändrats, det öppna dagvattenstråket i Postängsstråket har ersatts av en ledning, brygganläggningen i Albysjön för förbehandling av dagvatten från tunneln har ersatts av en platsgjuten markförlagd konstruktion, nya dammar i anslutning till Alby gård har tillkommit, föreslagen lösning med kemisk fällning för dagvatten samt slamförtjockning har slopats helt. Dessa förändringar är så omfattande att det måste betraktas som en helt ny lösning. Värdet av kunskapen om det ursprungliga lösningsförslaget är därför mycket kraftigt överdrivet av NCC.

Greens tolkar det som att kommunen ansåg att WSP:s förslag 2010 inte ansågs vara bra nog. Att uttryckligen efterlysa alternativa lösningar kan inte betraktas som någon fördel för Greens/WSP utan snarare en nackdel då det innebär en svårighet att frigöra sig från ett tidigare tankesätt.

Att Greens förslag är mycket likt lösningen i förstudien är felaktigt. Anbudssökandena hade enligt ansökningsinbjudan punkt 1.4.2 steg 2 möjlighet

att presentera alternativa lösningar för hela eller delar av uppdraget. Greens uppfattade tidigt att nya idéer välkomnades under dialogskedet, och har bidragit med sådana. Greens har aldrig fått någon direkt uppmaning att tänka i andra banor än dem som redovisats under dialogmötena. Greens tolkar uppgifterna i NCC:s ansökan om överprövning som att NCC ansetts ha haft för dåliga förslag jämfört med andra anbudsgivare. Den uppmaningen innebär sannolikt att NCC fått mer information än Greens under dialogskedet och snarare att NCC därigenom fått en otillbörlig fördel jämfört med Greens.

Greens och WSP har under dialogmötena redovisat en helt annan lösning än Norcosults förfrågningsunderlag. Greens har lagt stor vikt vid att lyssna på kommunens önskemål och krav som framförts, och har i dialogskedet lämnat en mängd förslag, ritningar och budgetpriser i syfte att ge underlag som de bedömer kan bidra till ett bättre projekt. NCC hade samma möjlighet. Efter dialogmötena har kommunen sammanställt ett förfrågningsunderlag baserat på de bästa idéerna som framkommit. Det är ett sådant upplägg på upphandlingen som varit aktuellt från början.

Påståendena att Greens genom Anders Rydberg haft bättre information om vad kommunen tyckt vara viktigt i gestaltningen och hur kommunens behov över huvud taget bäst kan tillgodoses, är grundlösa. Ingen inom WSP har före upphandlingen träffat företrädare för parkförvaltning eller stadsbyggnadskontoret där sådan information kunnat tillhandahållas; inte heller under förstudien. Första gången företrädare träffades var på synen den 3 februari 2015. Anders Rydberg har arbetat med vattenflöden till dammarna, inte med gestaltning, landskapsarbete eller belysning. WSP har inte bidragit till att formulera någon bedömningsgrund för det aktuella projektet. Påståendet är grundlöst. Det är anmärkningsvärt att NCC menar att WSP haft en otillbörlig fördel på kriteriet Teknik fastän NCC också fått högsta poäng på detta.

Marie Åslund på WSP har arbetat med gestaltungsfrågorna i förstudien men under detta skede har inga möten, diskussioner eller direkt input från gestaltungsansvariga i kommunen förekommit. Under förstudien arbetade WSP helt självständigt fram gestaltungsförslag integrerade med tekniken. Kommunens VA-ansvariga förankrade därefter dessa internt. WSP hade ingen motpart för gestaltning under förstudien.

Greens godkändes enligt de föreskrifter som fanns i ansökningsinbjudan i maj 2013. Kraven i AFB.171 fanns inte. Man kan inte lägga till krav som står i konflikt med den ursprungliga förfrågan. De administrativa kraven redovisades inte förrän i december 2014.

Brister i Greens anbud

Krav på tryckledning i mark från tunnelmynning är att de ska anläggas med PE100 Hexen. Det har Greens offererat. I tunneln har Greens valt att offerera rör med rostfritt stål. Denna produkt har bättre standard än PE 100, och klarar minimikraven utan problem. Det finns inga tydliga krav på materialet på rör inne i tunneln. Greens ska bedömas med en högre poäng än NCC.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

Utvärdering kvalitet - Teknik

Vad gäller Teknik anges i utvärderingsbilaga följande:

”Anbud som Bs utvärderingsgrupp bedömer bäst bland inkomna anbud avseende området TEKNIK kommer att erhålla max poäng, dvs: 22 p

Anbud som Bs utvärderingsgrupp bedömer näst bäst bland inkomna anbud avseende området TEKNIK kommer att erhålla näst högsta poäng, dvs: 11 p

Anbud som Bs utvärderingsgrupp bedömer sämst bland inkomna anbud avseende området TEKNIK kommer att erhålla lägst poäng, dvs: 0 p”.

Av tilldelningsbeslutet framgår att både NCC och Greens fått 22 poäng. Frågan är om fler än en anbudsgivare kan tilldelas 22 poäng i egenskap av ”bäst”.

Av anbudsansökningsinbjudan, punkten 1.4.2 Upphandlingsprocess, framgår att tre (3) st Anbudssökande kommer att kvalificeras vidare i upphandlingsprocessen. Om endast två (2) st Anbudssökande kvalificerar sig så äger Köparen rätten att avgöra om upphandlingen ska avbrytas eller fortsätta.

Mot bakgrund av ordalydelsen som innebär en relativ poängskala i tre steg och att det framgår att tanken var att tre anbud skulle utvärderas anser förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen inte medger att kommunen bedömer både Greens och NCC:s anbud som ”bäst” vad gäller teknik annat än om anbuderna är helt lika avseende kvalitet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 april 2009 i mål nr 8022-08). Kommunens redovisning av utvärderingen i tilldelningsbeslutet ger, enligt förvaltningsrättens mening,

inte stöd för att anbuden är helt lika avseende kvalitet. Därmed föreligger en brist i transparens som gör att kommunen har brutit mot 1 kap. 24 § LUF, enligt vilken upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt.

Konsultjäv

Upphandlingen har föregåtts av rapporten Dagvattenhantering norra Botkyrka Förstudie, daterad den 29 oktober 2010. Rapporten är upprättad och godkänd av Anders Rydberg hos WSP. Den syftar till att identifiera och beskriva olika alternativa lösningar. Rapporten innehåller tre lösningsförslag. Den handlar om tekniska aspekter, men också om gestaltning och kommuninvånarnas upplevelse av trivsel. Kommunen har anfört att det inte varit okänt för NCC att förstudien utgjort en väsentlig del av upphandlingen.

NCC har anfört att även Marie Åslund har haft uppdrag åt kommunen vid förebereelserna inför upphandlingen. Varken kommunen eller Greens har bestridit detta. I Marie Åslunds CV anges att hon under 2011–2012 arbetat med utveckling av idéer och övergripande förslag till ny dagvattenhantering inom norra delarna av Botkyrka, bl.a. med gestaltningsskiss.

I Greens organisationsplan anges namnen på tre experter. Två av dessa är Anders Rydberg och Marie Åslund. Marie Åslund anges också som arkitektur/gestaltningansvarig. Greens förslagsskisser på dagvattenhantering i steg 2 av upphandlingen är upprättade av Greens och WSP. I dessa anges som två av tre kontaktpersoner Anders Rydberg och Marie Åslund. I handlingen Teknisk beskrivning – bilaga till anbud anges WSP:s företagsnamn samt att den är upprättad av bl.a. M Åslund och A Rydberg.

Det finns inget förbud för Greens att på grund av Anders Rydbergs och Marie Åslunds roller ge in anbud i upphandlingen, utan det måste finnas en

möjlighet att i det konkreta fallet visa att deltagande i förberedelsen inte leder till en snedvridning av konkurrensen (jfr EU-domstolens dom i mål C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*). Det föreligger emellertid en stark presumtion för att Anders Rydbergs och Marie Åslunds dubbla funktioner inneburit en konkurrensfördel för Greens som medfört snedvridning av konkurrensen. Presumtionen innebär att det åvilar kommunen och Greens att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts, jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09.

Mot bakgrund av förstudiens ostridiga betydelse för upphandlingen anser förvaltningsrätten att den omständigheten, att rambeskrivningen tagits fram av ett annat bolag, inte är tillräcklig för att bryta presumtionen att konsultjäv föreligger.

Genom Anders Rydberg och Marie Åslund vid WSP får Greens anses ha haft förkunskaper om tekniska och gestaltningsmässiga problemställningar samt kommunens preferenser och önskemål. Därmed har Greens haft en konkurrensfördel. Detta gäller, enligt förvaltningsrättens mening, även om de lösningar som efterfrågas i rambeskrivningen skiljer sig från dem som föreslogs i förstudien. Förvaltningsrätten anser vidare att inte heller omständigheterna att förstudien varit transparent och hela tiden läsbar för NCC eller att NCC kunnat ge in ett mer detaljerat och omfattande lösningsförslag, bryter presumtionen om konsultjäv.

Anders Rydbergs och Marie Åslunds medverkan i såväl kommunens förberedelser inför upphandlingen som i Greens anbudsförfarande innebär således att Greens på grund av konsultjäv haft en fördel som snedvridit konkurrensen. Således har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen 1 kap. 24 § LUF genom att utvärdera Greens anbud, som borde ha förkastats. Eftersom förfarandet, enligt förvaltningsrättens mening, strider mot lagen, saknar det

betydelse vid vilken tidpunkt det administrativa kravet AFB.171 infördes i upphandlingen.

Brister i Greens anbud

I krav 3.7.2 i rambeskrivningen, E5 – Tryckledningar från pumpstation E2 till damm F3 och damm F4, anges:

”Minst två tryckledningar (minst 100 % redundans) anläggs från pumpstation E2 vid tunnelutloppet till damm F3 och damm F4 i Alby enligt ritning R-50-0-01. Dessa anläggs i PE 100 Hexen.”

Greens har i aktuell tunnel valt att offerera tryckledningar med rostfritt stål.

I rambeskrivningens punkt 3.1.8, Ledningssystem för dagvatten i mark, anges att alla nya självfall- och tryckledningssystem samt pumpstationer som anläggs i projektet ska anläggas i enlighet med BOTVAMA 2014 om inget annat anges i föreliggande rambeskrivning. I detta fall anser förvaltningsrätten att det anges något annat i kravet 3.7.2 E5, nämligen att de två specifika tryckledningarna ska anläggas i PE 100 Hexen. Någon begränsning till att endast avse den markförlagda delen anges inte då kravet anges gälla från pumpstation vid tunnelutloppet (se också ritning R-50-0-01). Detta specifika krav tar således över det generella kravet i 3.1.8. Eftersom det inte heller anges ”eller likvärdigt”, finns ingen rätt för anbudsgivaren att i enlighet med AFD.21 välja annat material. Inte heller de andra krav som Greens hänvisar till medför en annan bedömning. Därmed uppfyller Greens inte det obligatoriska kravet i 3.7.2 E5 och genom att utvärdera anbudet har kommunen således brutit mot likabehandlingsprincipen.

Skada och ingripandesätt

Genom att Greens tilldelats kontrakt på grundval av ett anbud som, enligt vad förvaltningsrätten ovan funnit, rätteligen borde ha förkastats på grund

av konsultjäva och bristande uppfyllelse av ett obligatoriskt krav har NCC, i egenskap av den andra anbudsgivaren i upphandlingen, lidit skada. Det föreligger därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF. Förvaltningsrätten har vidare ovan funnit att utvärderingsmodellen inte varit transparent. Förvaltningsrätten anser att NCC härigenom i vart fall riskerat lida skada och att skäl för ingripande föreligger även på grund härav.

Rätten har, oavsett hur sökandens yrkanden utformas, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, se Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not. 26. Härvid ska särskilt beaktas om överträdelsen av LUF skett i upphandlingens konkurrensuppsökande skede, vilket talar för att göra om upphandlingen, eller först efter att anbudet inlämnats, vilket talar för rättelse.

Förvaltningsrätten anser att inte någon av de konstaterade bristerna i upphandlingen är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet och att den mindre ingripande åtgärden rättelse därför är tillräcklig. Vad kommunen har anfört om ingripandesätt föranleder ingen annan bedömning. NCC:s ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att rättelse ska ske genom att Greens anbud förkastas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Anneli Berglund Creutz

Rådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

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

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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

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

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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