


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM
2015-11-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
17611-15
SÖKANDE

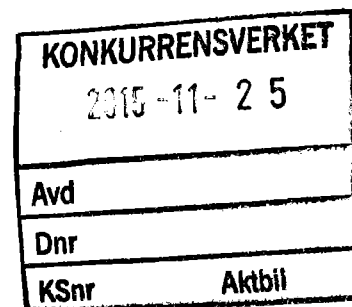
Caverion Sverige AB, 556052-8753

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg
MOTPART

Södertälje Sjukhus AB, 556775-9922

Ombud: Advokat Johan Stern
Ramberg Advokater AB
Box 7531
103 93 Stockholm
SAKEN

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Det interimistiska beslutet från den 14 augusti 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 662918

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDE M.M.

Södertälje sjukhus genomför en upphandling av Nya Operation Södertälje Sjukhus, STS pgm 1-2015.

Caverion Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anför bolaget i huvudsak följande.

Södertälje sjukhus har fritt förbehållit sig rätten att genomföra förändringar som upphandlingsrättsligt utgör otillåtna väsentliga ändringar. Av avtalsvillkoren framgår att Södertälje sjukhus inte tar ansvar för felaktigheter i de av dem upprättade handlingar samt fritt förbehåller sig rätten att ändra uppdragets omfattning såväl vad gäller bl.a. ytor, planlösningar, tekniska specifikationer som materialval utan att anbudsgivarnas ersättning i förhållande till anbudspriset förändras. Förhållandet att omfattningen av det slutliga uppdraget är okänt samt att anbudsgivarna inte kan förlita sig på att de handlingar som Södertälje sjukhus överlämnar utvisar korrekta förhållanden innebär att förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Anbudsgivarna kan inte skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud och förfrågningsunderlaget saknar den information som gällande rätt ålägger en upphandlande myndighet att förse anbudsgivarna med.

Enligt punkt 49.2 och 49.3 i avtalsvillkoren omfattar inte anbudsgivarnas skadeståndsansvar indirekt skada och ansvaret är begränsat till 25 miljoner kronor. Dessa begränsningar gäller dock inte ansvar enligt punkt 49.8.

Bestämmelsen i punkt 49.8 i avtalsvillkoren medför att ansvarsbegränsningarna i punkt 49.2 och 49.3 förlorar relevans. Följdskadorna till en sakskada i form av exempelvis brand i byggnad eller elledning kan bli oöverskådliga.

Bestämmelsen innebär vidare att kraven i punkt 3.4.1, 3.4.2 samt i förekommande fall 3.4.3 i förfrågningsunderlaget (samtliga krav avseende ekonomisk och finansiell ställning) varken återspeglar den risk som en anbudsgivare påtar sig vid ingivande av anbud eller säkerställer att leverantören har tillräcklig ekonomisk styrka för att fullgöra uppdraget under avtalstiden.

Bestämmelsen i punkt 49.8 i avtalsvillkoren är sålunda inte proportionerlig mot kraven rörande ekonomisk och finansiell styrka. Södertälje sjukhus eftersträvande syfte med bestämmelsen i punkt 49.8 i avtalsvillkoren är att Södertälje sjukhus ska hållas skadelös. Det kan ifrågasättas om åtgärden är lämplig och nödvändig. Samma syfte bör kunna uppnås genom olika försäkringslösningar samt skyddsåtgärder för att begränsa skadans omfattning.

En strukturerad avvägning mellan motstående intressen vidtas vid bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts. Villkor som inte är affärsmässiga och som de facto medför att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud utgör hinder mot den fria rörligheten. Vid den intressekonflikt som uppstår mellan en upphandlande myndighets strävan att upprätthålla ett avtalsvillkor och potentiella anbudsgivares rättighet att delta i upphandlingar ska leverantörsintresset äga företräde. En upphandlande myndighet måste dels noga överväga vilka effekter som avsteg från branschpraxis medför, dels vara skyldig att tillse att även bestämmelser rörande ansvarsfördelningen medför att risker går att överblicka och inte utgör hinder mot deltagande. I de nya upphandlingsdirektiven föreskrivs att upphandlande myndigheter inte får uppställa omsättningskrav som bevis på ekonomisk och finansiell styrka som överstiger dubbla kontraktsvärdet. Krav därutöver utgör således ett otillåtet hinder mot deltagande i upphandlingar. Villkor som håller upphandlande myndighet fullständigt skadelösa och ålägger leverantören ett obegränsat skadeansvar även för indirekta skador i realiteten utgör ett förtäckt krav på ekonomisk och finansiell styrka.

I aktuell upphandling strider det mot proportionalitetsprincipen att föreskriva ett villkor om obegränsad indirekt skada. Södertälje sjukhus efterfrågar installation av operationssalar och av förfrågningsunderlaget framgår att det finns en budgeterad kostnad för upphandlingen om 50 miljoner kronor. Samtidigt informeras om en total investeringsbudget om 1,5 miljarder kronor för Nya Södertälje sjukhus. Byggnaden med operationssalar är inte fristående vilket medför att det inte går att överblicka den potentiella skadans storlek. Relationen mellan uppdragets omfattning och skaderiskens storlek medför att den negativa effekten som åtgärden medför är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvande syftet.

Det är inte rimligt att kostnaden i sin helhet ska stanna på leverantören. Såväl det privata som det offentliga näringslivet har avfärdat rimligheten i att en entreprenör/leverantör står risken för obegränsad skada. Vägledningen till rimlighetsbedömningen ges exempelvis i standardverket Montage 85 som avser leverans, innefattande montage, av gods till den offentliga sektorn. Leverantörens ansvar i Montage 85 är begränsat till direkt skada såtillvida leverantören orsakat skadan genom grov vårdslöshet.

En grundläggande princip inom entreprenadrätten är vidare att beställaren står risken för icke kalkylerbara kostnader och för kalkylerbara kostnader står entreprenören risken. Södertälje sjukhus avtalsvillkor är således inte förenliga med på marknaden normalt förekommande och vedertagna principer för ansvarsfördelning.

En rimlig och vedertagen förutsättning i alla affärsmässiga sammanhang är vidare att anbudsgivarna ges möjlighet att försäkra sig mot skada. En ledande försäkringsrådgivare har tydliggjort genom utlåtande att det saknas möjligheter att teckna försäkring kopplad till punkt 49.8 i avtalsvillkoren.

Det följer av punkt 21 i avtalsvillkoren att vite rörande operationssalarnas funktion inte har någon begränsning. I avtalsvillkor kan leverantören riskera vite för funktionskrav som leverantören varken har möjlighet att förutse eller påverka.

Det är omöjligt att överblicka de ekonomiska riskerna som upphandlingen omfattar. Det är inte möjligt att bedöma omfattningen av de arbeten som kan komma att behöva utföras till fast pris. Frånvaron av kalkylbara risker har konkurrensbegränsande effekt och har medfört att potentiella leverantörer avstått från att lämna anbud.

Södertälje sjukhus AB (STS) bestrider yrkandet om att upphandlingen ska göras om. STS anför i huvudsak följande. Avtalsvillkoren 7.6, 7.8 och 31.3 reglerar endast mindre justeringar av detaljutformningen som följd av de yttre omständigheterna som operationsavdelningen är beroende av, dvs. Nya Södertälje sjukhus byggnader och övriga lokaler. Att detta ska ske utan justering av det fasta priset beror också på en upphandlingsrättslig avvägning som syftar till att riskera att upphandlingen väsentligen förändras. Avtalsvillkoren ålägger leverantören ett tydligt ansvar för granskning och kvalitetssäkring av samtliga underlag för anläggningen och leveransen. Detta sammanhänger med det faktum att leverantören i upphandlingen och enligt avtalsvillkoren i egenskap av fackman har det fulla ansvaret för anläggningens detaljprojektering, konstruktion, installation och underhåll. Nu aktuella avtalsvillkor är således både tydliga och väl avvägda i förhållande till leverantörens åtagande under detta avtal.

I sammanhanget ska betonas att detta är en produktupphandling till fast pris och inte någon entreprenad på löpande räkning. Avtalet måste ha en viss flexibilitet eftersom operationsavdelningen är beroende av de byggnader som uppförs på entreprenad inom ramen för Nya Södertälje sjukhus. I detta

fall och i fastprisupphandlingar generellt, är det fullt naturligt att leverantörer behöver ta hänsyn till en viss riskpremie.

De avtalsvillkor som bolaget åberopar rör endast mindre justeringar av detaljutformningen som kommer att ha ingen eller marginell påverkan på de slutliga kostnaderna.

Leverantörerna är fria inom ramen för sin prissättning värdera sådana behov av eventuella justeringar. Vid riskvärderingen får även tas hänsyn till att denna riskvärdering är ömsesidig för både leverantören och beställaren.

Med hänsyn till att leverantören ensam har det fulla ansvaret för fullgörande av en ändamålsenlig och säker leverans under avtalet, utan reella möjligheter för STS att påverka eller kontrollera leveransen i samtliga avseenden har STS genom det aktuella villkoret i avtalets punkt 49.8 tydliggjort att leverantören därför, beträffande person och sakskador, ska ansvara för de skador som leverantörens vållande eller brister i leveransen orsakar, utan tillämpning av de i övriga avseenden för leverantörens förmånliga begränsningsregler i avtalspunkterna 49.2 och 49.3.

Det kan, vare sig i upphandlingsrättsligt eller civilrättsligt hänseende, inte i sig anses vara oproportionerligt att allokera ansvar till den part som på såväl avtalsrättslig som utomobligatorisk grund är den som i första hand har möjlighet att förhindra och förebygga en skada och dess verkningar i nu aktuella hänseenden.

Det är således beträffande den aktuella anläggningen och leveransen inte generellt i något rättsligt avseende orimligt eller oproportionerligt att leverantören primärt svarar för de specifika följderna av sådana person- och sakskador som leverantören orsakar genom uppsåt, vårdslöshet, uppenbara säkerhetsbrister eller andra brister i anläggningen, oavsett om leverantören

vållar skadan vid sin konstruktion, detaljprojektering, installation eller vid sitt underhåll av anläggningen.

Privata aktörer och leverantörer av större och komplicerade leveransobjekt har generellt möjlighet att teckna allmängiltiga ansvarsförsäkringar intill i försäkringsavtalet förutbestämda ansvarsbelopp. Nivån på en sådan ansvarsförsäkring är en bland många faktorer som i praktiken innebär att en skadevållares ansvar på såväl obligationsrättslig som utomobligatorisk grund kan begränsas eller jämkas.

Av avtalspunkt 49.3 framgår att det aktuella vitet ingår i det beloppsbegränsade ansvaret om maximalt 25 miljoner kronor. Vid bedömningen av det aktuella vitet i avtalspunkten 21.1 ska även beaktas att vitet uttryckligen utgår endast vid sådana särskilt allvarliga avvikelser som helt hindrar användningen av fyra eller fler av operationssalarna efter fullgjord leverans under den efterföljande garantiperioden. Huruvida smärre förändringar av operationssalarna förekommit under detaljprojekteringsarbetet och före fullgod leverans saknar således relevans för det aktuella vitesansvaret. Av avtalspunkten 21.5 följer dessutom att vite inte ska utgå i den mån leverantören kan visa att de relevanta avvikelserna orsakats som en direkt följd av STS åsidosättande av sina skyldigheter enligt avtalet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - 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 transparens och proportionalitet iakttas.

Den som ansöker om överprövning ska på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att den upphandlande myndigheten har agerat i strid med LOU. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att den lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Upphandlingsföremålet

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser projektering, leverans, montage och installation samt driftsättning av levererad utrustning till operationssalarna med tillhörande utrymme samt vissa belysningsinstallationer till andra delar av Nya Södertälje sjukhus i enlighet förfrågningsunderlaget inklusive bilagor.

Upphandlingen omfattar bygg, el, data, gas, VVS och akustik för uppförandet av:

- Åtta (8) operationssalar med komplett medicinteknisk utrustning, punkt 4.5
- Bildhanterings- och ljudsystem, punkt 4.19
- Fyra (4) uppdukningssalar, 4.20
- Fyra (4) tvättstationer för preoperativ handtvätt, punkt 4.21

Upphandlingen omfattar även bl.a.

- Utrustning, kapitel 4 kravspecifikationen
- Garantier, enligt avsnitt 5 i bilaga 1 Avtal
- Utbildningar, enligt punkt 37 i bilaga 1 Avtal.

Brister förfrågningsunderlaget i transparens samt innehåller det förbehåll som utgör otillåtna väsentliga förändringar?

Bolaget har inledningsvis anfört att det är omöjligt att överblicka de ekonomiska risker som upphandlingen omfattar, att det är inte möjligt att bedöma omfattningen av de arbeten som kan komma att utföras till fast pris samt att STS har fritt förbehållit sig rätten att genomföra förändringar som upphandlingsrättsligt utgör otillåtna väsentliga ändringar.

I förfrågningsunderlaget framgår under punkten 7.6 att leverantören är införstådd med att anläggningens detaljutformning kan komma att justeras under projekteringsarbetet, inklusive minskning och/eller utökning av tillgängliga lokalytor och förändringar avseende materialval och ytbeklädnader etc., beroende på bland annat byggnadernas slutliga utformning och/eller beställarens samordning av avgränsande och övriga lokaler samt tekniska installationer och försörjning etc.

Under punkt 7.8 i förfrågningsunderlaget framgår att parterna är överens om att beställaren inom ramen för projekteringsarbetet har rätt att genomföra ändringar i byggnadernas och/eller operationssalarnas planlösningar, byggnadstekniska specifikationer, materialval och gestaltungsprogram etc. i förhållande till specifikationen enligt vad som framgår av specifikationen och/eller punkterna 7.1 – 7.7 ovan eller avtalet i övrigt utan att vare sig leverantören eller beställaren är berättigad till justering av det fasta priset för anläggningen uppåt eller nedåt och utan att leverantören annars är berättigad till särskild ersättning.

Förvaltningsrätten gör inledningsvis bedömningen att de förändringar som kan komma att bli aktuella är, såvitt som framgår av förfrågningsunderlaget, justeringar av anläggningens detaljutformning. Förvaltningsrätten anser att det med tillräcklig tydlighet framgår vad upphandlingen omfattar och att anbudsgivarna därmed får anses på ett tillräckligt förutsägbart sätt ha kunnat

bilda sig en uppfattning om omfattningen av uppdraget. Det är i upphandlingar rimligt att kräva att en anbudsgivare i viss mån måste prissätta viss risk och osäkerhet i sina anbud. Förvaltningsrätten finner inte att den omständigheten att anbudsgivaren inte är berättigad till justering av det fasta priset uppåt eller nedåt får anses ha medfört svårigheter för anbudsgivaren att prissätta uppdraget.

EU-domstolen har uttalat att om ändringar innebär betydande skillnader och om parterna genom ändringen visar en önskan att i ett sent skede omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet måste upphandlingen göras om (C-337/98 Kommissionen mot Frankrike). EU-domstolen har vidare uttalat att om ändringen medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som tilldelats kontraktet måste upphandlingen göras om (454/06, Pressetext).

Förvaltningsrätten finner, mot bakgrund av ovanstående, att reserveringen i förfrågningsunderlaget för justeringar i anläggningens detaljutformning inte kan anses utgöra en otillåten väsentlig ändring. Bolaget har inte visat att STS reserverat sig för att genomföra förändringar som utgör otillåten väsentlig ändring. Förvaltningsrätten finner därför inte skäl till ingripande enligt LOU.

Villkor om obegränsad indirekt skada

Förvaltningsrätten går därefter över till att pröva frågan om STS genom att föreskriva ett villkor om obegränsad indirekt skada har burit mot LOU eller någon av de grundläggande principerna.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantörer än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska tillgodoses.

Av 49.8 i avtalsvillkoren stadgas följande:

Leverantören skall hålla beställaren och andra enheter och dess personal inom SLL, skadelösa från alla skador, förluster, kostnader, krav och utgifter (inklusive kostnader för juridisk rådgivning) som belastar beställaren och/eller alla andra enheter och dess personal inom Stockholms läns landsting (från tid till annan) som ett resultat av person- och saksador hänförliga till leverantörens uppsåt, vårdslöshet, uppenbar säkerhetsbrist eller avvikelse i anläggningen, inklusive brister i underhåll och service under utrustningens respektive garantitid.

Förvaltningsrätten anser att det är naturligt att i ett kommersiellt avtal i förevarade fall reglera ansvaret för skada som kan uppstå i samband med utförandet av tjänsten. Det är inte visat att utformningen av skadeståndsansvaret är oproportionerlig i förhållande till upphandlingsföremålet eller att det medför att mindre anbudsgivare missgynnas särskilt eller att större anbudsgivare särskilt premieras. Förvaltningsrätten finner att bolaget inte har visat att STS genom det aktuella villkoret om skadeståndsansvar har trätt någon bestämmelse i LOU eller någon av de principer som bär upp LOU och unionsrätten för när. Förvaltningsrätten finner därför inte skäl till ingripande enligt LOU.

Begränsning av vite

Bolaget har även anfört att vite rörande operationssalarnas funktion inte har någon begränsning i avtalet.

Förvaltningsrätten noterar att det framgår av 49.3 i villkoren för upphandlingen att parts skadeståndsansvar är under avtalet begränsat till 25 000 000 miljoner kronor. Bolaget har inte visat att villkoret gällande vite står i strid med de principer som bär upp LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Skäl för ingripande saknas även på denna grund.


Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner vidare att vad som i övrigt har anförts i målet inte föranleder något ingripande enligt LOU. Förvaltningsrätten finner samman-

fattningsvis att det inte är visat att Södertälje sjukhus handlat i strid med principerna i 1 kap. 9 § eller någon bestämmelse i LOU. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås och det interimistiska beslutet från den 14 augusti 2015 upphör därmed att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Agneta Eberhardt
Chefsrådman

Marie Englund 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.