



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2012-01-23  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 23807-11  
 Enhet 17

### SÖKANDE

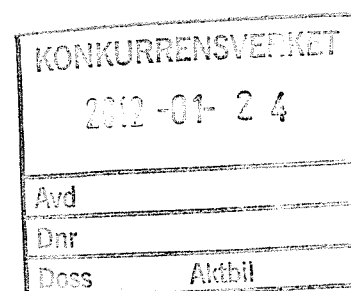
BVT Bygg AB, 556338-1622  
 Domherrevägen 11, 5 tr  
 192 55 Sollentuna

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur. kand. Erik Olsson  
 Advokatfirman Delphi  
 Box 1432  
 111 84 Stockholm

### MOTPART

Danderyds kommun  
 Tekniska kontoret  
 182 11 Danderyd

Ombud: Advokat John Hane  
 Foyen Advokatfirma i Sverige KB  
 Box 7229  
 103 89 Stockholm



### SAKEN

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

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning enligt LOU.

Dok.Id 201348

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

**BAKGRUND, YRKANDEN M.M.**

Danderyds kommun genomför en upphandling av en generalentreprenad för om- och tillbyggnad av Fribergaskolan etapp 1-2, diariennr. FN 2011/0016. Upphandlingen genomfördes ursprungligen genom ett öppet förfarande enligt LOU. Kommunen beslutade den 13 oktober 2011 att låta upphandlingen övergå från öppet förfarande till förhandlat förfarande eftersom inga kvalificerade anbud låg inom budgetramen.

**BVT Bygg AB (bolaget)** ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelse ska ske på så sätt att bolagets anbud tas upp till utvärdering. Bolaget yrkar även att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att kommunens beslut att övergå till förhandlat förfarande ska undanröjas. Utvärdering efter rättelse ska således ske på grundval av ursprungligen ingivna anbud. Bolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sina yrkanden har bolaget anfört bl.a. följande. Som grund för förstahandsyrkandet åberopas att kommunen har brutit mot de unionsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har förkastat bolagets anbud fast grund för detta saknats. I andra hand åberopas att kommunen brutit mot principerna om likabehandling och proportionalitet och därmed mot 1 kap. 9 § och 11 kap. 9 § LOU genom att förkasta bolagets anbud trots att bolaget har erforderlig ekonomisk och finansiell ställning för fullgörande av det upphandlade uppdraget.

Som grund för yrkandet att upphandlingen ska göras om åberopas att förfrågningsunderlaget, med avseende på kraven på ekonomisk och finansiell ställning, är så otydligt formulerat att det inte varit möjligt för bolaget att

på förhand bilda sig en klar uppfattning av vad som krävts för att dess anbud skulle tas upp till utvärdering. Förfrågningsunderlaget lever således inte upp till de krav på tydlighet och förutsebarhet, som framgår av transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har tilldelat kontrakt till Kungsfiskaren Bygg och Fastighet AB (Kungsfiskaren), trots att detta anbud, som det är utformat efter förhandling, inte svarar mot samtliga de krav som framgår av de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget. Kommunen har således gjort sig skyldig till en överträdelse av likabehandlings- och transparensprinciperna genom att i upphandlingen anta anbud vilket inte uppfyller samtliga skall-krav och därmed förändra förutsättningarna för upphandlingen.

Av förfrågningsunderlaget AFB.31 framgår att ”Anbudsgivare skall kunna redogöra för en nettoomsättning som motsvarar minst 4 ggr större än anbudssumman de senast två genomförda årsredovisningarna. Verifieras genom att bifoga de två senaste årens årsredovisningar.” Kommunen har förkastat bolagets anbud och som skäl har angivits att anbudet inte uppfyllt ovan nämnda skall-krav. Såsom kravet är formulerat ska omsättningskravet vara uppfyllt vid en sammanräkning av de senaste två åren vilket bolaget har redovisat.

Bolaget har oavsett kravet i AFB.31 på annat sätt visat att det har tillräcklig ekonomisk kapacitet och finansiell ställning för att fullgöra kontraktet. Bolaget har således, i enlighet med 11 kap. 9 § LOU, på annat sätt visat sin ekonomiska ställning. Bolaget har i sitt anbud visat att det anförtrotts inte mindre än fem olika uppdrag för fem olika uppdragsgivare, vilka samtliga motsvarar eller överstiger omfattningen på det uppdrag upphandlingen rör. Härutöver har bolaget lämnat referenser för ytterligare sju uppdrag och således inkommit med omfattande bevisning, vilken sammantaget visar att bolaget har den ekonomiska kapacitet och finansiella ställning som uppdraget kräver. Kravet har i vart fall varit så otydligt att bolaget på förhand

inte kunnat bilda sig en uppfattning om vad som krävts för att uppfylla det. Om kravet varit tydligare skulle bolaget ha kunnat vidtagit de åtgärder som krävts exempelvis genom att åberopa ekonomisk kapacitet hos annat företag.

Kommunen beslutade den 13 oktober 2011 att övergå från öppet till förhandlat förfarande med motiveringen att de anbudsgivare, som inkommit med anbud vilka uppfyllde de formella upphandlingskraven, inte låg inom ramen för budgeten. Kungsfiskaren var den enda anbudsgivare som togs vidare till förhandling. Om bolagets anbud hade tagits upp till utvärdering hade kommunen inte haft rätt att övergå till ett förhandlat förfarande eftersom bolagets anbud låg inom budgetramen. Av förhandlingsprotokollet framgår vidare att det nya anbudspriset inte hade inkluderat option 1-3 samt att vissa tekniska förändringar hade gjorts. Kommunen har inte haft rätt att, såsom skett, förändra de väsentliga förutsättningarna, och låta Kungsfiskaren förändra sitt anbud så att det inte längre uppfyller alla krav i det ursprungliga förfrågningsunderlaget samtidigt som övriga anbudsgivare inte getts denna möjlighet. Villkoren för kontraktet har ändrats i en rad avseenden som sammantaget medfört att Kungsfiskarens anbud kunnat sänkas med 11,5 procent. Detta utgör en sådan väsentlig förändring som medför att det inte är möjligt att gå över från ett öppet till ett förhandlat förfarande enligt 4 kap. 5 § första punkten LOU.

**Danderyds kommun (kommunen)** bestrider att bolagets ansökan om överprövning ska vinna bifall och anför bl.a. följande. Bolagets anbud har inte kunnat upptas till utvärdering då bolaget saknat efterfrågad ekonomisk och finansiell ställning för fullgörande av uppdraget. Kommunen har bestämt omsättningskravet i upphandlingen till fyra gånger anbudssummans storlek för de senaste två åren. Kravet har varit avsett och innebär strikt språkligt som det utformats att nettoomsättningen skulle vara fyra gånger

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

så stor som anbudssumman i båda de åberopade årsredovisningarna. Bolaget har under anbudstiden inte ställt någon fråga om kravets innebörd.

Förhandling får endast ske med de leverantörer som uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget. Förhandlingar kan avse alla avtalsvillkor inklusive priset samt mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget. Kommunen bestrider att förhandlingen som kommunen fört med Kungsfiskaren medfört någon väsentlig ändring av entreprenadens omfattning i strid mot LOU. Under förhandlingen beslutades om utbyte av viss utrustning till likvärdigt fabrikat, byte från stege/ränna vid kabelkanalisation till trådstege och byte av kraftkabel. Under förhandlingen insåg kommunen också att man inte skulle ha behov av de paviljonger som ingått i entreprenaden för att lösa behov under ombyggnaden eftersom man kunde lösa detta med befintliga lokaler. Under förhandlingen beslutades vidare att ett arbete rubricerat relining av befintliga spillvattenledningar i gjutjärn skulle utgå och istället läggas som option. Ändringarna medförde att anbudssumman sänktes med 1 705 000 kr. Resterande prisreduktion på ca. 800 000 kr har utgjort en prutning som Kungsfiskaren var beredd att göra.

**Bolaget** anför med anledning av vad kommunen anfört i huvudsak följande. Formuleringen angående omsättningskravet har inte gett någon anledning att ställa några frågor om kravets innebörd. Vilken avsikt kommunen haft med formuleringen är irrelevant.

**DOMSKÄL**

*Tillämpliga bestämmelser*

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av bestämmelser i 16 kap. LOU. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att äldre lydelse ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Av 16 kap. 5 § LOU i tillämplig lydelse framgår följande. 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.

*Utredningen i målet*

Av förhandlingsprotokoll från den 10 november 2011 framgår att följande förändringar gjorts efter förhandlingen. Option 1-3 ingår ej i anbudssumma. Option 1-2 offereras som tilläggsoptioner. Tekniska förändringar innebär att utrustning för ventilationssystemet och elsystemet byts till likvärdiga produkter av annat fabrikat, att elkanalisation byts från steg/ränna till trådstege, att kraftkablar byts till N1XV, att fabrikat för kakel byts, att relling av befintliga spillvattenledningar utgår ur entreprenaden, samt att paviljonger för evakuering utgår ur entreprenaden.

*Förvaltningsrätten bedömning*

Överprövning enligt LOU utgör enbart en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principer som återfinns i 1 kap. 9 § samt övriga bestämmelser i LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut. Den upphandlande myndigheten har, inom ramarna för de grundläggande principerna, en mycket stor frihet att utforma sitt förfrågningsunderlag. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet medför att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte överskrids (RÅ 2002 ref. 50).

Frågan i målet är först om kommunen brutit mot principerna om transparens och likabehandling då bolagets anbud förkastades. Av förfrågningsunderlaget AFB.31 framgår att ”Anbudsgivare skall kunna redogöra för en nettoomsättning som motsvarar minst 4 ggr större än anbudssumman de senast två genomförda årsredovisningarna. Verifieras genom att bifoga de två senaste årens årsredovisningar.”

Bolaget har gjort gällande att kravet i förfrågningsunderlaget är så formulerat att omsättningskravet är uppfyllt vid en sammanräkning av de senaste två åren vilket bolaget har redovisat. Kommunen har dock anfört att kravet har varit avsett och innebär strikt språkligt att nettoomsättningen ska vara fyra gånger så stor som anbudssumman i båda de åberopade årsredovisningarna. Enligt förvaltningsrätten mening kan det uppställda omsättningskravet i och för sig inte anses ha en optimal språklig utformning. Det kan dock sett i sitt sammanhang och mot bakgrund av den språkliga utformningen inte tolkas så att avsikten varit att en sammanräkning av nettoomsättningen skulle ske av de två senaste åren. Mot bakgrund av omfattningen av det åtagande som upphandlingen avser framstår också kravet på att en viss omsättning ska visas under två års tid som relevant och grundat på objektiva skäl.

Bolaget har även gjort gällande att det, i enlighet med 11 kap. 9 § LOU, på annat sätt visat att bolaget har tillräcklig ekonomisk kapacitet och finansiell ställning för att fullgöra kontraktet. Av 11 kap. 9 § LOU framgår att om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig. Bolaget har i denna del hänvisat till att det i anbudet visat att man tidigare haft uppdrag som motsvarar eller överstiger omfattningen i den aktuella upphandlingen och härutöver lämnat referenser

för sju ytterligare uppdrag. Förvaltningsrätten finner dock att en redovisning av tidigare uppdrag inte ger samma information om ett företags ekonomiska kapacitet och finansiell ställning som de årsredovisningar som kommunen efterfrågat. Förvaltningsrätten finner därmed att det i denna del inte finns skäl att förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts eller att den ska göras om.

Frågan i målet är därefter om kommunens förfarande att tilldela kontrakt till Kungsfiskaren efter ett förhandlat förfarande strider mot bestämmelserna i LOU eller de gemenskaprättsliga principerna. Enligt 4 kap. 5 § LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. Att kontraktsvillkoren inte får ändras torde innebära att varje omständighet i den resultatlösa upphandlingen som kan ha bidragit till att presumtiva anbudssökande eller anbudsgivare avstått från att ansöka eller avstått från att lämna anbud måste bibehållas i den nya förhandlade upphandlingen. Vidare förutsätts att upphandlingens identitet ska vara densamma efter övergången till den förhandlade upphandlingen, jfr. Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling, andra uppl. s.174.

Kommunen övergick den 13 oktober 2011 från öppet till förhandlat förfarande med motiveringen att de anbudsgivare, som inkommit med anbud som uppfyllde de formella kraven, inte låg inom ramen för kommunens budget. Kommunen har därför haft rätt att övergå till ett förhandlat förfarande. En sådan övergång utgör emellertid en undantagssituation och möjligheten ska utnyttjas restriktivt. En ytterligare förutsättning för att få genomföra en förhandlad upphandling är att de ursprungliga villkoren för



avtalet inte har ändrats väsentligt. För att uppfattas som väsentliga krävs mer omfattande ändringar av kontraktsvillkoren.

Bolaget har gjort gällande att villkoren för kontraktet ändrats väsentligt när kommunen tilldelat kontrakt till Kungsfiskaren.

Det har inte framkommit att de ändringar som gjordes vid det förhandlande förfarandet har medfört att upphandlingens identitet inte längre kan anses vara densamma. Utredningen visar inte heller att de ändringar av kontraktsvillkoren som gjorts har gällt villkor som varit avgörande för någon anbudsgivares beslut att inte lämna anbud vid det öppna förfarandet. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund och upphandlingens omfattning att utredningen inte visar att ändringarna varit så omfattande att de ursprungliga kontraktsvillkoren har ändrats väsentligt. Sammantaget finner därför förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att kommunen brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därmed och bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

  
Kaisa Söderberg

Rådman

Föredragande har varit Johannes Dahlman.



# 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. 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 3109/1A LOU