



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2015-09-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
15579-15

Sida 1 (10)

SÖKANDE

Lemminkäinen Sverige AB, 556297-5143
Svetsarvägen 24
171 41 Solna

Ombud: Anne Kangasniemi
Fondia Oy/Fondia Legal Services AB
Box 5216
102 45 Stockholm

MOTPART

Stockholm Vatten VA AB, 556175-1867
106 36 Stockholm

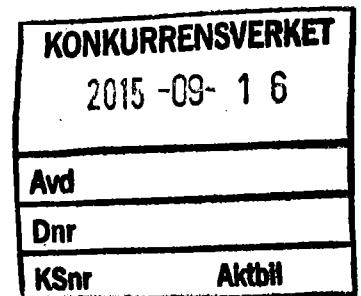
Ombud: Advokaterna Natalie Bretz, Sven Vaxenbäck och jur.kand. Lisa
Rylander
Mannheimer Swartling
Box 1711
111 87 Stockholm

SAKEN

Upphandling enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi,
transporter och posttjänster

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 644282

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 08:00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholm Vatten VA AB (Stockholm Vatten) genomför en upphandling benämnd "Bygg- och anläggningsentreprenad Henriksdals reningsverk, diariernr 14SV976". Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Den 22 maj 2015 tilldelades Lemminkäinen Sverige AB det aktuella uppdraget. Efter att en annan anbudsgivare ansökt om överprövning förordnade Förvaltningsrätten i Stockholm i dom den 12 juni 2015 i mål nr 11649-15 om rättelse. Stockholm Vatten har därefter genom nytt tilldelningsbeslut den 7 juli 2015 beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Lemminkäinen Sverige AB.

Lemminkäinen Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen. Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse av upphandlingen har gjorts med resultatet att bolaget tilldelas uppdraget. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Stockholm Vatten bestrider yrkandet om att upphandlingen ska rättas men medger yrkandet om att upphandlingen ska göras om.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Stockholm Vatten har agerat i strid med 1 kap 24 §, 4 kap 1 § och 12 kap 1 § LUF när Stockholm Vatten inte har tagit hänsyn till de förhandlade entreprenörsarvodena. Stockholm Vatten har därmed tilldelat kontraktet i strid med de grunder för tilldelning av kontrakt som har angetts i upphandlingsföreskrifterna. Stockholm Vatten har i utvärderingen ändrat det entreprenörsarvode som

bolaget angett i det förhandlade förfarandet. Stockholm Vatten har samtidigt omförhandlat eller ändrat de faktorer som har varit av betydelse för mervärdet och som därmed har varit av betydelse för jämförelsepriset. Stockholm Vatten har inte behandlat anbudsgivare enligt likabehandlingsprincipen utan har gynnat de andra anbudsgivarna på bolagets bekostnad. Stockholm Vatten har grundat sitt beslut på förvaltningsrättens dom den 12 juni 2015 i mål nr 11649-15. Stockholm Vatten har oavsett domen en skyldighet att agera i enlighet med LUF. Förvaltningsrättens dom grundar sig på felaktiga premisser.

I förfrågningsunderlaget punkt AFB.31 har Stockholm Vatten ställt ett villkor som kan anses vara ett skall-krav. Entreprenörsarvodet måste anges inom ett spann på 8–12 %. Innan förhandlingarna inleddes hade alla anbudsgivare, inklusive bolaget, angett och haft priserna inom det ursprungliga spannet. Det är helt i enlighet med LUF och gällande rätt att förhandla om priset. Att det i detta fall förhandlats om entreprenörsarvodet är inte någonting som ändrat de så kallade skall-kraven på ett oförutsebart sätt. Det framgår inte av upphandlingsföreskrifterna att priset inte skulle förhandlas. Alla anbudsgivare som har deltagit i förhandlingen har fått en fråga och en möjlighet att ange ett förhandlat pris som ligger inom ett nytt spann, alltså från 7,5 %. Bolaget har angett nytt förhandlat pris. Att andra anbudsgivare inte har ändrat entreprenörsarvodet är inte någon grund för att ändringen skulle vara väsentlig eller otillåten eller att anbudsgivare skulle ha behandlats orättvist. Att spannet ändras nedåt är inte en sådan ändring som kan anses som väsentlig. Huruvida en ändring anses väsentlig ska avgöras med hänsyn till om någon entreprenör som inte deltagit skulle ha deltagit på grund av en lägre gräns i spannet. Om ändringen skulle ha varit uppåt skulle det möjligen ha kunnat påverka någon anbudsgivares möjlighet att vilja delta. Om ändringen påverkat på ett sådant sätt skulle det ha varit omöjligt för förvaltningsrätten att förordna om rättelse, vilket förvaltningsrätten gjorde i den tidigare domen. Det har inte varit en

förutsättning att ange ett lägre pris under förhandlingen.

Entreprenörsarvodet har inte varit den enda faktorn som påverkat jämförelsepriset. Förhandlingarna har skett även med hänsyn till andra faktorer som har påverkat anbudsgivarens mervärde samt anbudsgivarens val att ändra entreprenörsarvodet. Entreprenörsarvodet som angetts i förhandlingarna kan inte ändras utan att även andra faktorer och därmed jämförelsepriset påverkas. Genom att endast ändra arvodet bryter Stockholm Vatten mot likabehandlingsprincipen. En rättelse ska göras på så sätt att inte andra fel skapas eller så ska upphandlingen göras om.

Utvärdering och beräkning av priset ska göras enligt den modell som har beskrivits i förfrågningsunderlaget. Om entreprenörsarvodet skulle ändras på sådant sätt som Stockholm Vatten har gjort borde Stockholm Vatten även ha ändrat alla de andra faktorer som påverkar jämförelsepriset och bortsett från allt som under förhandlingarna uppkommit och ändrats av alla anbudsgivare och även av Stockholm Vatten själv. Stockholm Vattens agerande har medfört att bolaget har eller kommer att lida skada, vilket framgår av det ursprungliga tilldelningsbeslutet. Bolaget har lämnat det mest fördelaktiga anbudet enligt de grunder som angetts i upphandlingsföreskrifterna. Bolaget skulle rätteligen ha tilldelats kontraktet.

För att kunna välja påföljd måste det undersökas om ett fel överhuvudtaget har skett då entreprenörsarvodet har förhandlats. Förvaltningsrättens val av påföljd får inte begränsas av att Stockholm Vatten medger andrahandsyrkandet. Bolaget anser att det skulle strida mot den grundläggande principen att få saken – dvs. huruvida förhandlande om priset utgjort ett fel – prövad av domstol. Bolaget har rätt att få även förstahandsyrkandet prövat.

Stockholm Vatten anför bl.a. följande till stöd för sin talan. En förvaltningsdomstol bör i princip kunna utgå ifrån att en ansökan om överprövning ska bifallas om den upphandlande myndigheten i egenskap av motpart anser att domstolen ska bifalla ansökan. Den enda lämpliga åtgärden är att upphandlingen ska göras om.

Genom det första tilldelningsbeslutet tilldelades bolaget kontraktet i upphandlingen. Beslutet föregicks av en förhandling på Stockholm Vattens initiativ som omfattade såväl priset som andra delar av anbudet. Under förhandlingen erbjöd Stockholm Vatten samtliga leverantörer som förhandling fördes med att sänka sina entreprenörsarvoden från 8 % ner till 7,5 %. Endast bolaget gick med på detta. Skanska begärde överprövning av det första tilldelningsbeslutet. I korthet var grunden för ansökan om överprövning att upphandlingen stod i strid med 1 kap 24 § LUF då det entreprenörsarvode som bolaget slutligen offererat låg under 8 %, vilket var det lägsta arvode som fick offereras enligt förfrågningsunderlaget. Stockholm Vatten medgav Skanskas andrahandsyrkande, vilket innebar att upphandlingen skulle göras om. Anledningen till detta var att Stockholm Vatten ansåg att en rättelse av endast priset bedömdes strida mot LUF och likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten biföll emellertid Skanskas förstahandsyrkande och förordnade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att utvärderingen skulle utgå ifrån de entreprenörsarvoden som respektive anbudsgivare lämnat ursprungligen i sina anbud. Detta innebär att bolagets entreprenörsarvode höjdes till 8 % men samtliga övriga parametrar förblev ojusterade. Mot bakgrund av förvaltningsrättens dom gjordes en ny utvärdering och Skanska Sverige AB (Skanska) tilldelades uppdraget.

I likhet med överprövningen i anledning av det första tilldelningsbeslutet anser Stockholm Vatten att upphandlingen är felaktigt genomförd och att denna därför nu måste göras om. Fel som är hänförliga till det

konkurrensuppsökande skedet, dvs. fel som legat till grund för leverantörers beslut om de vill eller kan delta i en upphandling eller hur dessa ska utforma sina anbud, ska leda till att upphandlingen ska göras om. Stockholm Vatten vill särskilt framhålla att sänkningen av bolagets entreprenörsarvode skedde på Stockholm Vattens initiativ och i ett skede då anbuden inte slutligen tagit form. De fel som har begåtts i upphandlingen är därför hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. Upphandlingen har i förfrågningsunderlaget föreskrivit ett obligatoriskt krav av innebörd att entreprenörsarvodet ska ligga i spannet 8–12 %. Stockholm Vattens avsikt var att anbuden (inklusive nivån på entreprenörsarvodet) skulle komma att förhandlas. Stockholm Vatten inser emellertid att detta inte framgått tillräckligt tydligt av förfrågningsunderlaget. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det är fråga om fel i både det konkurrensuppsökande skedet och i senare stadier av upphandlingen, torde det endast bli aktuellt med ett beslut att upphandlingen ska göras om. För det fall förvaltningsrätten skulle förordna om rättelse i enlighet med förstahandsyrkandet kan det förutsättas att även ett rättat tilldelningsbeslut kommer att resultera i en ny ansökan om överprövning. Förvaltningsrätten har redan i sin dom den 12 juni 2015 i mål nr 11649-15 fastställt att det stred mot LUF att tilldela bolaget kontraktet baserat på ett entreprenörsarvode om 7,5 % (vilket är det enda fall som kan leda till att bolaget tilldelas kontraktet). En rättelse i enlighet med bolagets yrkande skulle alltså gå tvärt emot nämnda dom. Som denna ansökan om överprövning visar bör det förhållande att anbuden förhandlats i upphandlingen utesluta rättelse som lämplig åtgärd. De slutliga anbuden har påverkats av förhandlingarna. Stockholm Vatten delar bolagets uppfattning att det inte är förenligt med likabehandlingsprincipen att bortse från bolagets anbud p.g.a. dess utformning efter förhandling och samtidigt anta Skanska Sverige AB:s anbud som också har varit föremål för förhandling. Stockholm Vatten delar bolagets uppfattning att den rättelse som nu har skett genom det andra tilldelningsbeslutet i upphandlingen

orsakar fel på andra delar av upphandlingen. Ett förordnande om att upphandlingen ska göras om vore också den utgången som skulle ha minst negativ inverkan på leverantörerna som deltog i upphandlingen.

Stockholm Vatten har i yttrande den 11 september 2015 anfört bl.a. följande. I upphandlingsföreskrifterna avsnitt AFB.33 anges att anbudsgivare är bunden av sitt anbud i 150 dagar efter anbudstidens utgång. Anbudstiden i upphandlingen gick i enlighet med AFB.32 ut den 18 mars 2015 kl. 24.00. Detta innebär att anbudstiden löpte ut den 15 augusti 2015 kl. 24.00. Någon förlängning av anbudstiden har inte skett. Av rättspraxis följer att det inte är möjligt att fatta ett nytt tilldelningsbeslut när det inte längre finns några giltiga anbud, varför rättelse av upphandlingen inte längre är en faktiskt genomförbar åtgärd. Förvaltningsrätten bör därför förordna att upphandlingen görs om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap 24 § LUF 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. 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 § LUF. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LUF (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LUF. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan

rättelse gjorts.

I punkten AFB.31 i förfrågningsunderlaget, under rubriken "Anbuds form och innehåll", anges bl.a. följande.

"Entreprenörsarvodet skall ligga i spannet 8 – 12 % och anges med 1 decimal. Anbud utanför giltigt spann kommer att förkastas."

Det är ostridigt mellan parterna att det förekommit brister i upphandlingen. I målet har framkommit att bolaget, på initiativ av Stockholm Vatten, under förhandlingarna har lämnat ett anbud där entreprenörsarvodet ligger under det föreskrivna spannet. Det har också framkommit att bolagets anbud vad gäller övriga parametrar har påverkats av sänkningen av entreprenörsarvodet. Övriga anbudsgivare har inte gått med på att sänka sina entreprenörsarvoden under förhandlingarna. Vad gäller frågan om Stockholm Vatten har brutit mot LUF och dess grundläggande principer gör förvaltningsrätten följande bedömning. Stockholm Vatten har vid utvärderingen justerat bolagets entreprenörsarvode från 7,5 % till 8 %, utan att beakta hur anbudet i övrigt påverkats av förhandlingarna av entreprenörsarvodet. Stockholm Vatten har samtidigt beaktat anbud som varit föremål för förhandlingar från övriga anbudsgivare. Dessa anbudsgivare, som har valt att inte sänka sina entreprenörsarvoden, har utifrån detta ställningstagande kunnat anpassa övriga parametrar i sina anbud. Bolaget har därmed inte getts samma förutsättningar som övriga anbudsgivare. Förvaltningsrätten konstaterar att Stockholm Vatten genom detta agerande har brutit mot LUF och dess grundläggande principer.

Frågan är då om bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av bristerna. Det är bolaget som har bevisbördan för att så är fallet. Det är dock inte tillräckligt bolaget själv anser att skaderekvisitet är uppfyllt. Bolaget måste kunna konkretisera eller klargöra skadan eller risken för skada (se HFD 2013 ref. 53). Förvaltningsrätten konstaterar att innan

Stockholm Vatten justerade bolagets entreprenörsarvode uppåt och meddelade nytt tilldelningsbeslut hade bolaget tilldelats avtalet. Det är därmed utrett att bolaget har lidit skada till följd av bristerna. Detta medför att det finns grund för ett ingripande med stöd av LUF.

Vad gäller valet av åtgärd gör förvaltningsrätten följande bedömning. Av upphandlingsföreskrifterna i avsnitt AFB.33 framgår att anbudsgivare är bunden av sitt anbud i 150 dagar efter anbudstidens utgång. Anbudstiden gick enligt AFB.32 ut den 18 mars 2015 kl. 24.00. Detta innebär att anbudstiden löpte ut den 15 augusti 2015 kl. 24.00. Enligt uppgift från Stockholm Vatten har någon förlängning av anbudstiden inte skett. Någon annan åtgärd än att förordna att upphandlingen ska göras om kan därför inte komma i fråga (se Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 3356-09 och 6708-09).

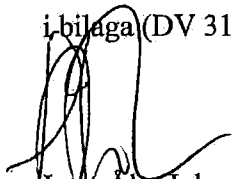
Övrigt

Skanska Sverige AB (Skanska) har på eget initiativ yttrat sig i målet och begärt att som part beredas tillfälle yttra sig för det fall förvaltningsrätten avser att bifalla ansökan om överprövning.

I detta mål har förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen ska göras om. Ett sådant förordnande innebär varken att upphandlingen avbryts eller att någon annan leverantör utpekas som vinnare eller att någon exkluderas från det vidare förfarandet. Ett nytt tilldelningsbeslut är vidare överprövningsbart av var och en som anser sig berörd i den mening som anges i 16 kap. 4 § LUF. Utgången i målet kan därmed inte anses ha sådan betydelse för Skanskas ställning som anbudsgivare att Skanska ska beredas ställning som part (jfr HDF 2011 ref. 29 och Kammarrätten i Stockholms beslut den 14 juni 2011 i mål nr 3270-11 och den 11 januari 2013 i mål nr 8880-12). Skanskas begäran ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Lars-Åke Johansson

Chefsrådman

Frida Hellström 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.

