



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**

**DOM**  
2015-12-17  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
2950-15

**SÖKANDE**

Skanska Sverige AB, 556033-9086  
112 74 Solna

Ombud: Advokaterna Linda Dahlström och Roger Wier  
Advokatfirman Morris AB  
Norra Hamngatan 18  
411 06 Göteborg

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-12-17	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**MOTPART**

Borås Energi och Miljö AB, 556527-5590  
Box 1713  
501 17 Borås

Ombud: Advokaterna Johanna Jonsson och Niklas Sjöblom  
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
Box 2235  
403 14 Göteborg

**SAKEN**

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

**BAKGRUND**

Borås Energi och Miljö AB (BEM) har inlett ett förhandlat upphandlingsförfarande för tilldelning av kontrakt som avser entreprenad och benämns "307 Överföringsledningar". Upphandlingen avser i huvudsak uppförande av överföringsledningar från Ryaverket och Gässlösa avloppsreningsverk i Borås till Sobacken och en utloppsledning från avloppsreningsverket till Viskan. Total ledningssträcka är ca 10 km. Dimensioner, materialval och materialinköp bestäms slutligen under detaljprojekteringen. Därutöver ingår

Dok.Id 181498

Postadress  
Box 2201  
550 02 Jönköping

Besöksadress  
Hamngatan 15

Telefon  
036-15 66 00  
E-post:  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se  
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax  
036-15 66 55

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-16:00

arbeten inkopplingar och arbeten inom Sobackenområdet. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Skanska Sverige AB (bolaget) antagits. Bolaget har ansökt om överprövning.

### **Förfrågningsunderlaget**

Projektet Energi- och miljöcenter (EMC) omfattar ett nytt kraftvärmeverk, avloppsreningsverk, samt tillbyggnad och anpassning av befintlig biogasanläggning. Anläggningarna ska byggas i anslutning till existerande avfallsanläggning som ligger på området Sobacken ca 7 km söder om Borås stad. I projektet EMC ingår även alla markarbeten, överföringsledningar för avloppsvatten, dricksvatten och fjärrvärme samt all byggnation i projektet. Totalt består EMC av ca 25 olika entreprenader/leveranser. Den nu aktuella entreprenaden är en av de större kvarvarande. Resterande mindre delar kommer att upphandlas i ett senare skede. Entreprenadformen är totalentreprenad i samverkansprojekt, s.k. partnering. För entreprenaden gäller Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (ABT 06).

### *Anbudsprövning – kvalificering m.m.*

För att anbudsgivare och anbud ska tas upp till prövning ska anbudet ha inkommit i tid enligt AFB.32. I AFB.32 anges att anbud ska vara BEM tillhanda senast den 17 mars 2015. För sent inkomna anbud kommer inte att beaktas.

Anbud ska vara komplett enligt AFB. 31 för att beaktas. I AFB.31 anges bl.a. följande:

A. Obligatoriska krav (ska-krav): Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal obligatoriska krav, s.k. ska-krav, som anbudsgivaren måste uppfylla. Dessa ska-krav framgår av bila-

gan ”06-B01 Sammanställning över Ska-krav i upphandlingen”. En förutsättning för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa ska-krav är uppfyllda. Anbud som inte uppfyller samtliga dessa ska-krav kommer att förkastas. Det är således inte tillåtet med reservationer eller andra former av avvikelser från dessa ska-krav. Den ovan nämnda bilagan innehåller såväl de administrativa ska-kraven som ställs upp i upphandlingen, d.v.s. krav på uppgifter och dokument m.m. som måste bifogas anbudet, som de materiella ska-kraven, d.v.s. krav på det materiella innehållet i anbudet bl.a. i form av teknisk utformning på det som ska levereras och de finansiella och juridiska villkoren för leveransen. I förfrågningsunderlagets olika delar används ordet ska på många ställen. Detta innebär inte att det är fråga om ska-krav i upphandlingsrättslig mening. Endast de krav som anges i den ovan nämnda bilagan utgör ska-krav i upphandlingsrättslig mening.

I bilagan ”06-B01 Sammanställning över Ska-krav i upphandlingen” anges under punkt ”2.7 Index” att anbudet ska innehålla uppgifter om eventuell reglering av index och valuta under anbudets giltighetstid enligt AFB.14 i handling 05 Administrativa föreskrifter. Tullar importavgifter och varuskatter ska i förekommande fall vara inräknade i anbudet. Vidare anges under punkt ”2.11 Pris” följande. Kalkyl upprättad i enlighet med AFB.31, avsnitt C1 i handlingen ”Administrativa föreskrifter, PL-INFF-I-307-05. Uppgift om entreprenörsarvodet enligt ABT 06 kap. 6 § 9 punkt 8 a respektive ABT 06 kap. 6 § 9 punkt 8 b ska framgå av anbudet.

B. Alternativa utföranden och andra avvikelser från förfrågningsunderlaget: När det gäller de delar i förfrågningsunderla-

get som inte utgör ska-krav enligt vad som sägs under A. har anbudsgivare möjlighet att i sitt anbud göra avvikelser från det som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. En avvikelse kan avse ett alternativt tekniskt utförande eller avvikelse från annan föreskrift i förfrågningsunderlaget. Om en anbudsgivare vill göra en sådan avvikelse ska det tydligt anges i anbudet vilken föreskrift i förfrågningsunderlaget som anbudsgivaren avviker ifrån och i vilket avseende avvikelse görs. BEM kommer att bedöma och värdera sådana avvikelser i enlighet med bestämmelserna om anbudsutvärdering i AFB.53. Förutom i den mån tillåtna avvikelser från förfrågningsunderlaget görs enligt ovan innebär ett lämnat anbud att anbudsgivaren accepterar och förbinder sig att uppfylla samtliga åtaganden som följer av förfrågningsunderlaget, oavsett om de berörs i anbudsgivarens anbud eller inte.

C. Uppgifter i anbudet: I dokumentet "PL-INFF-I-307-10 Anbudsformulär" listas vad som ska ingå i anbudet. Här ges en bakgrund och beskrivning om begärda uppgifter som infordras för utvärdering av anbudet. Beskrivningarna ska vara av sådan omfattning att de kan utvärderas enligt AFB.53. Under C.1.B Samverkansfas B anges därvid bl.a. att vid eventuell förhandling ska leverantören kunna redovisa detaljerad kalkyl och denna kommer sedan att i sin helhet bli en del av avtalet om sådant tecknas. Denna detaljerade kalkyl ska redovisa delsträckor A1-9 och B1-9 prissatta var för sig enligt "07-B02-B03 Ledningssträckorna". Vidare gäller för denna kalkyl att:

- Fjärrvärmeledningar, material, svetsarbete, "muffning" förvärmning och täthetskontroll, ska prissättas med 14 000 kr/löpmeter dubbelrör. I priset ingår inte avlastning, lyft, pallning, schakt, fyllning, ytskikt m.m.
- [...] (övriga punkter här uteslutna, förvaltningsrättens anm.)

I bilagan "07-B02-B03 Ledningssträckorna" anges inledningsvis följande. Denna bilaga söker beskriva ledningssträckorna så att de kan kalkyleras. De uppgifter som lämnas är preliminära och ska inte ses som en arbetsbeskrivning. Det är troligt att vissa ledningssträckor kommer att ändras och också att förutsättningar till vissa delar ändras. Syftet är att redan i detta skede, när projektering bara påbörjas och geotekniska undersökningar inte genomförts i någon större omfattning, kunna inhämta relevanta priser för upphandlingen.

I AFB. 311 anges att i enlighet med vad som anges i AFB.31 får anbud innehålla alternativa utföranden, förutsatt att samtliga ska-krav enligt bilagan "06-B01 Sammanställning över Ska-krav i upphandlingen" är uppfyllda. Det är också tillåtet för en anbudsgivare att lämna mer än ett anbud. Fler än fem anbud får dock inte lämnas. En anbudsgivare kan exempelvis vilja lämna anbud med olika förslag på arbetsmetoder eller prisregleringar och med olika anbudspris till följd därav. Som förutsättning för varje anbud gäller dock att samtliga ska-krav enligt bilagan "06-B01 Sammanställning över Ska-krav i upphandlingen" måste vara uppfyllda.

*Anbudsprövning – utvärdering*

BEM kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till nedanstående kriterier:

1. Beräknad entreprenadkostnad
2. Tider
3. Värdering av Personal – CV
4. Värdering av övrig teknisk kapacitet, kompetens, organisation och arbetssätt.
5. Värdering av avtalsvillkor.

Framräknade värden under punkt 1 till 5 adderas till en totalsumma. Denna beräknas enligt följande: Beräknad entreprenadkostnad enligt 1 + Tidskost-

nad enligt 2 + Personalvärde enligt 3 + Kompetensvärde enligt 4 + Avtalsvillkorsvärde enligt 5. Anbudsgivaren med den lägsta totalsumman vinner upphandlingen.

Avseende punkten ”1. Beräknad kostnad” anges följande. Summan kommer i tillämpliga fall att valutajusteras och/eller indexregleras enligt AFB.14. Till kostnaden adderas därefter påverkan från punkt I + II enligt nedan. Angivna summor för tilläggarbete i punkt I och II nedan är enbart åsatta för anbudsutvärdering.

Beräknad entreprenadkostnad =  
Budgetkostnad för Samverkansfas A  
+ Beräknad entreprenadkostnad Samverkansfas B  
+ Garantikostnad  
+ I  
+ II

I. Föreslagna entreprenörsarvoden från kalkylen av Beräknad entreprenadkostnad enligt ABT 06 kap. 6 § 9 pkt 8a p. 1-4 och 6-7, applicerade på 50 Mkr i tilläggsarbeten (exkl. entreprenörsarvode).

II. Föreslagna entreprenörsarvoden från kalkylen av Beräknad entreprenadkostnad enligt ABT 06 kap. 6 § 9 pkt 8a p. 5, applicerade på 50 Mkr i tilläggsarbeten (exkl. entreprenörsarvode).

Avseende punkten ”3. Värdering av Personal – CV” anges bl.a. följande. De angivna funktionerna kommer att utvärderas. Varje funktion poängbedöms i nedanstående delar baserat på redovisat CV för föreslagen person samt underlag från redovisade referensprojekt. Vid utvärderingen kommer den poängsättning som framgår av nedanstående tabell att tillämpas för följande fyra delområden.

- a) Erfarenhet av arbete inom föreslagen funktion/fackområdet
- b) Erfarenhet av arbete med entreprenad med omfattning över 250 MSEK
- c) Erfarenhet av arbete med entreprenad med minst två olika teknikdiscipliner som inte är markarbeten eller byggrelaterade installationer

- d) Erfarenhet av arbete i formaliserade samverkansentreprenader – partneringsprojekt
- Om personen inte uppfyller kraven för 2 poäng ges 1 poäng
  - Om personen arbetat i minst två liknande projektfunktioner tidigare och under minst 5 år inom sitt fackområde respektive med minst en entreprenad ges 2 poäng
  - Om personen arbetat i minst tre liknande projektfunktioner tidigare och under minst 10 år inom sitt fackområde respektive med minst två entreprenader ges 3 poäng

**FörhandlingsPM – begäran om uppdatering av lämnat anbud för entreprenad 307**

I rubricerade FörhandlingsPM anges följande.

Målsättningen är att föra in alla förtydliganden och ändringar i respektive handlingar, men p.g.a. tidsbrist har detta inte skett fullt ut. Därför gäller i de fall då motstridigheter förekommer denna PM före tidigare utsända förfrågningshandlingar och bifogade handlingar. En del av punkterna i denna PM berör många bilagor. Leverantörerna ombeds därför att gå igenom alla bilagor och notera vad som reviderats i respektive bilaga. Mindre ändringar kan, utöver vad som framgår av denna PM och dess bilagor, behöva göras vid en kontraktsgenomgång och då även i andra delar än de som nu bifogas.

*1. Uppdaterat anbud*

Samtliga rubriker/delar i denna handling ska besvaras i ert uppdaterade anbud. BEM är tacksamma om sammanfattande svar, med referenser till handlingar, lämnas i ett översiktsdokument.

Uppdaterade bilagor ska bifogas med leverantörens svar som en del av det uppdaterade anbudet. Bilagor som inte uppdaterats behöver inte bifogas.

Uppdaterad detaljerad kalkyl ska lämnas. Kalkylen ska redovisa kompletta arbeten och vara minst lika detaljerad som den BEM tidigare erhållit. Kalkylen kan bifogas med leverantörens svar som en del av det uppdaterade anbudet alternativt lämnas samordnat på annat sätt.

## *2. Ändring huvuddelar*

Tidigare huvuddel 6, Pumpstation Kranshult utgår. Bilaga PL-INFF-I-307-07-B05-B02, Principschema Pumpstation Kranshult i förfrågan utgår därmed.

Ny huvuddel 6, Självfallsledning tillkommer. Denna beskrivs i huvudsak i bilaga PL-INFF-I-307-07-B02-B03, Ledningssträckorna samt i däri hänvisade bilagor och ritningar.

## *6. Förtydligande gällande kalkyl i enlighet med AFB.31 i 05 Administrativa Föreskrifter*

En uppdaterad kalkyl ska redovisas. Kalkylen ska vara uppdelad endast på de delar som specificerats i AFB.31 avsnitt C1A och C1B, det vill säga rörliga kostnader jämte entreprenadarvoden, de senare uppdelade på vinst, risk och CAK.

Allt arbete med projektering, samordning, arbetsledning, kalkyl, planering, utförande, driftsättning dokumentation m.m. ska ingå i kalkylen, inklusive allt arbete med de delar som är åsatta en av BEM given kostnad.

I övrigt ska följande förutsättningar gälla för den uppdaterade kalkylen:

- Priset ska vara fast och utan indexreglering i 60 dagar efter datum för uppdaterat anbud.  
[...]
- Alla arbeten för de beskrivna sträckorna ska ingå i reviderad kalkyl förutom för de delar av överföringsledningarna som förläggs



inom Sobackens område och inte ingår i de mängder som redovisas i 07-B02-B03

[...]

*8. Förtydligande gällande projektorganisation i enlighet med 05 Administrativa föreskrifter*

CV ska lämnas för de personer som i huvudsak ska utföra arbetsuppgifterna, inte ansvarig på t.ex. regionkontor [...] En uppdaterad projektorganisation ska redovisas. CV ska bifogas det uppdaterade anbudet, om CV:et inte var inkluderat i sedan tidigare lämnat anbud. I projektorganisationen ska tydligt framgå organisationen under projektets faser samt var personalens huvudsakliga arbetsplats planeras vara.

*21. Reviderad ledningssträckning*

Bilaga PL-INFF-I-307-07-B02-B03, Ledningssträckorna med tillhörande bilagor och ritningar, har omarbetats för att spegla den ledningssträckning som i stort är fastställd.

Stora förändringar har gjorts av flera skäl, till exempel:

- Delvis nya förutsättningar, t.ex. Götalandsbanan
- Betydligt mer projektering är gjord
- Fastighetsägardiskussioner
- Mer kunskap om förhållandena på Bråt

En ny ledningsdel, S1-S2 har tillkommit som självfallsledning från befintliga inloppsledningar till avloppsreningsverket på Gässlösa till ny pumpstation.

En ny bilaga 07-B02-B03-B01, avseende schaktnängder har tillkommit.

Då det fortfarande råder viss osäkerhet kring ledningsdragningen inom Sobackenområdet har dessa delar utelämnats och det förväntas inte heller någon prissättning av dessa. Det poängteras dock att dessa sträckor ingår i entreprenaden och att leverantörens organisation ska vara anpassad för att

även hantera dessa. BEM har som målsättning att förlägga överföringsledningarna inom Sobackenområdet tidigt i projektet, preliminärt sen höst 2015.

**E-postmeddelande från BEM den 13 maj 2015**

I rubricerade E-postmeddelande anges följande.

Vi vill tacka er för de inledande konstruktiva förhandlingsmötena som vi haft gällande ert anbud för entreprenad 307 Överföringsledningar som ingår i vårt projekt för att bygga Energi- och Miljöcenter (EMC). Vi begär härmed att ni återkommer skriftligt gällande "FörhandlingsPM – begäran om uppdatering av lämnat anbud för entreprenad 307" senast 2015-06-01, kl. 12.00. Svaret blir ert uppdaterade anbud med hänsyn till genomförda förhandlingar (Minnesanteckningar och Frågelistor) samt denna FörhandlingsPM med bilagor.

Då det i FörhandlingsPM används ordet ska innebär detta inte att det är obligatoriska krav i upphandlingsrättslig mening. Men om ni avser att avvika från dessa "ska" bör det tydligt framgå i det uppdaterade anbudet

Vi ber er reservera 4 och 5 juni för fortsatta och förhoppningsvis avslutande förhandlingar.

FörhandlingsPM med bilagor finns att hämta på projektportalen. Ni kommer inom kort att få ett separat mejl från Torun om detta. Ert svar laddas upp på EMC-projektets leveransyta. Inloggningsuppgifter till denna samt instruktioner för uppladdning kommer att mailas till er inom kort.

**Tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar**

Anbud har lämnats av Skanska Sverige AB (bolaget) och Veidekke Entreprenad AB (Veidekke). Samtliga anbud har uppfyllt de formella ska-kraven enligt AFB.31 i förfrågningsunderlagets handling 05 Administrativa föreskrifter daterad 2015-01-09 och har prövats enligt AFB.53 Prövning av anbud. Vid anbudsutvärderingen erhöll Veidekke en totalsumma på 408 399 494 kr och bolaget erhöll en totalsumma på 413 400 000 kr. Anbudet från Veidekke ansågs därför vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

**YRKANDEN**

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid Veidekkes anbud ska förkastas. Alternativt ska Veidekkes anbud åsättas lägre poäng vid anbudsutvärderingen medan bolagets anbud ska åsättas högre poäng vid anbudsutvärderingen. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

BEM anser att ansökan ska avslås.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

**Bolaget**

*Inställning*

BEM har agerat i strid med 1 kap. 24 § LUF genom att kvalificera Veidekkes anbud, trots att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav (ska-krav). Vidare har BEM i strid med 1 kap. 24 § LUF gynnat Veidekke genom att uppmana till, och acceptera, kompletteringar, vilket dessutom skett efter anbudstidens utgång. Kompletteringarna har inneburit att

Veidekkes anbud har kvalificerats och dessutom erhållit högre poäng i utvärderingen. Veidekkes anbud hade inte kvalificerats eller erhållit lika höga poäng vid utvärderingen om inte BEM hade agerat i strid med LUF. BEM har även agerat i strid med 1 kap. 24 § LUF genom att göra en felaktig utvärdering av bolagets anbud till nackdel för bolaget, som rätteligen skulle ha tilldelats ytterligare poäng vid utvärderingen. Dessutom har BEM agerat i strid med 1 kap. 24 § LUF genom att inte ta upp det sidoanbud som bolaget lämnat in till prövning. Bolagets sidoanbud skulle rätteligen ha utvärderats och BEM har agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att använda sig av bolagets förslag till lösningar i upphandlingen utan att utvärdera bolagets sidoanbud.

Bolaget kom på andra plats vid utvärderingen och skulle ha tilldelats kontraktet i upphandlingen om det inte vore för BEM:s överträdelse av LUF. Bolaget har således lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

För det fall förvaltningsrätten inte finner skäl för att besluta om rättelse gör bolaget gällande att upphandlingen ska göras om. Detta på grund av att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt att det inte varit möjligt för leverantörerna att förutse vad BEM skulle komma att tillmäta särskild betydelse vid anbudsprövningen. Detta särskilt genom de kompletteringar av förfrågningsunderlaget som BEM gjort och de kompletteringar av inkomna anbud som BEM tillåtit. Allt detta har gjort att bolaget, p.g.a. BEM:s agerande, inte har givits möjlighet att lämna det mest konkurrenskraftiga anbud som det hade kunnat offerera för det fall samtliga omständigheter hade varit kända för bolaget. Därmed har bolaget även på denna grund lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

*Veidekkes anbud*

I förfrågningsunderlagets bilaga "07-B02-B03 Ledningssträckorna" angavs vilka mängder som skulle räknas med, i fråga om både schacktvolymer och

antal meter avseende fjärrvärmeledningarna. Summan av i meter angivna tal uppgick till 9 281 m. Veidekke har i sitt anbud offererat en felaktig längd på fjärrvärmeledningarna. Veidekke har i sitt anbud räknat med 9 280 m, fördelat på 4 751 m för sträcka C och 4 529 för sträcka A. Veidekkes anbud utgår, och offererar, alltså inte från de förutsättningar som BEM angett och uppfyller inte uppställda obligatoriska krav. Veidekkes anbud skulle således rätteligen ha förkastats. Oaktat detta så innebär det förhållandet att ett anbud inte uppfyller ett i upphandlingen uppställt ska-krav, oavsett om detta anges vara ska-krav i upphandlingsrättslig mening eller inte, att anbudet är orent i förhållande till förfrågningsunderlaget. Utifrån BEM:s inställning bör Veidekke anses ha lämnat in ett alternativt utförande med ett lägre angivet antal meter fjärrvärmeledning än det som föreskrivits i förfrågningsunderlaget, d.v.s. med följden att Veidekke inte har lämnat in något huvudanbud som följer förfrågningsunderlagets anvisningar och krav i sin helhet. Det är ett uppställt ska-krav i upphandlingen, även i upphandlingsrättslig mening på sätt som angivits i förfrågningsunderlaget, att anbudsgivarna ska i anbudsformuläret eller på annan plats tydligt beskriva alternativa lösningar eller avvikelser från förfrågningsunderlaget. Det framgår av anbudsformulärets inledning att anbud som inte uppfyller uppställda ska-krav, varav redovisning av avvikelser är ett, ska förkastas. Veidekkes anbud uppfyller inte ovan nämnda ska-krav och skulle rätteligen ha förkastats.

Det måste ha stått klar för samtliga anbudsgivare att skrivningen i förfrågningsunderlaget om att längdangivelserna är preliminära och att dessa troligen kan komma att ändras gäller först när sträckan har blivit färdigprojekterad. Det innebär alltså inte att uppgifterna om ledningssträckornas längd är preliminära som underlag för utarbetande av anbud och pris, samt för kvalificering och utvärdering i upphandlingen. Även om det i förfrågningsunderlaget angivits att uppgifterna om ledningssträckornas längd är preliminära och kan komma att ändras är det ändå de i förfrågningsunderlaget angivna uppgifterna som ligger till grund för angivande av anbud och genom-

förande av upphandlingen. De i förfrågningsunderlaget angivna uppgifterna om ledningssträckornas längd är följaktligen av stor betydelse i själva upphandlingen och är grundläggande för att leverantörerna ska konkurrera på lika villkor. De angivna längdangivelserna utgör obligatoriska krav i upphandlingen som inte kan/får bortses från.

BEM har tillåtit Veidekke att komplettera sitt anbud med uppgifter om CV och referenser efter anbudstidens utgång. Veidekkes anbud uppfyller därför inte heller denna del uppställt obligatoriskt krav. Även av denna anledning skulle Veidekkes anbud rätteligen ha förkastats.

BEM har på eget initiativ uppmanat Veidekke att generellt se över ingivna CV:n för offererade personer för att erhålla fler poäng.

#### *Gynnande av Veidekke*

Veidekke har i sitt anbud begärt indexreglering enligt följande: "Övriga anbudsförutsättningar enligt förfrågan, Index enligt AFB.14: Alla priser ovan ska indexregleras enligt E84 littera 311. Jordarbeten med basmånad mars 2015". Enligt AFB.14 i förfrågningsunderlaget ska jämförelseindexet vara det av SCB senast publicerade indextalet, den dag då BEM fattar tilldelningsbeslut. Enligt AFB.14 i förfrågningsunderlaget avgör alltså dagen för tilldelning index. Vidare har, i strid med förfrågningsunderlaget, Veidekkes anbudspris inte justerats med anledning av begärd indexreglering.

BEM har genom publiceringen av FörhandlingsPM ändrat förutsättningarna för indexering av priset genom nytt ska-skav. Det förändrade ska-kravet är ett ska-krav även i upphandlingsrättslig mening i enlighet med förfrågningsunderlagets föreskrifter om sådana föreskrifter. Veidekkes anbud innehöll en begäran även efter den sista dagen för kompletteringar och uppdateringar i anledning av Förhandlings-PM, d.v.s. även efter den 1 juni 2015. BEM skulle därför rätteligen ha förkastat Veidekkes anbud eftersom det inte upp-

fyllde ska-kraven avseende pris och indexering, alternativt att Veidekkes anbud på samma grund var att anse som orent. Det är inte tillåtet enligt LUF att i förhandlingen läka bristande ska-krav eller orena anbud.

Veidekke har inkommit med kompletteringar avseende den egna projektor-organisationen den 2 juni 2015, d.v.s. en dag för sent. Trots detta har BEM beaktat Veidekkes kompletteringar. För det fall BEM hade hanterat Veidekkes för sent inkomna kompletteringar i enlighet med LUF, d.v.s. bortsett från dem vid utvärderingen, hade bolagets anbud ansetts ekonomiskt mest fördelaktigt vid utvärderingen.

Bolaget lämnade i enlighet med FörhandlingsPM och instruktion från BEM in kompletteringar redan den 29 maj 2015 och således inom utsatt tid. Efter inlämning fick bolaget meddelande om att bolaget skulle revidera anbudsformuläret och lägga upp reviderade handlingar på BEM:s portal. I det reviderade anbudsformuläret som bolaget laddade upp på BEM:s portal föreligger inga ändringar i förhållande till den anbudskomplettering som bolaget lämnade till BEMAB den 29 maj 2015 enligt instruktion från BEMAB och inom utsatt tid. Bolaget har alltså lämnat in anbudskomplettering inom utsatt tid.

#### *Missgynnande av bolaget*

Vid tidpunkten för inlämnande av det ursprungliga anbudet lämnade bolaget utöver ett huvudanbud även ett sidoanbud. I sidoanbudet hade stora besparingar gjorts avseende omdimensionering av tryckavlopp, byte av rörmaterial samt borttagande/förenkling av pumpstation. Den totala besparing som gjordes i sidoanbudet jämfört med huvudanbudet uppgick till 50 500 000 kr. I det genom FörhandlingsPM reviderade och uppdaterade förfrågningsunderlaget hade de förslag till besparingar som bolaget föreslagit i sidoanbudet inarbetats. Den möjlighet till konkurrensfördel som bolaget haft genom sin föreslagna lösning försvagades därigenom avsevärt. Bolagets sidoanbud

skulle rätteligen ha utvärderats och BEM har agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att använda sig av bolagets förslag till lösningar i upphandlingen utan att utvärdera bolagets sidoanbud.

Det är inte fråga om att anbuden ändrats för att anpassas efter förfrågningsunderlaget på sätt som påstås, utan förfrågningsunderlaget har anpassats efter bolagets anbud. Det är riktigt att bolaget har frånfallit sitt sidoanbud vid slutförhandlingarna i och med att sidoanbudet, med anledning av BEM:s agerande, blev huvudanbud. Bolaget har genom BEM:s agerande förlorat en betydande konkurrensfördel och BEM har således missgynnat bolaget.

Enligt bolagets mening avvek inte dess sidoanbud så kraftigt från de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget att BEM saknat möjlighet att utvärdera anbudet. Det är riktigt att BEM inte införde samtliga de förslag till lösningar som bolaget föreslog i sidoanbudet. De förslag till lösningar som BEMAB hämtat från bolagets sidoanbud och inarbetat i förfrågningsunderlaget har dock medfört att bolaget förlorat en betydande konkurrensfördel eftersom det inte längre fanns möjlighet att dra nytta av dessa i upphandlingen. BEM har därigenom missgynnat bolaget.

BEM anför att förfrågningsunderlaget ändrats genom ett stort antal justeringar och bolaget gör i andra hand gällande att de ändringar BEM gjort genom att omarbeta förfrågningsunderlaget varit så omfattande att själva upphandlingsföremålet för upphandlingen ändrats väsentligt. BEM har vidare ändrat förutsättningarna för anbudsgivning i upphandlingen genom att ta bort den möjlighet till lämnande av sidoanbud som fanns enligt förfrågningsunderlaget.

*Felaktig utvärdering av bolagets anbud*

Bristerna i utvärderingen av bolagets anbud gäller tilldelningskriteriet Värdering av Personal – CV. Därvid har BEM gjort en felaktig bedömning av



bolagets personal avseende flera funktioner. Bolaget skulle rätteligen ha tilldelats ytterligare fem poäng i anbudsutvärderingen. Fem poäng motsvarar ett värde på 3 000 000 kr som ska dras av från bolagets anbudspris vid utvärderingen.

Bolaget har för funktionen produktionschef inom delområde a) erfarenhet av arbete inom föreslagen funktion/fackområde erhållit två poäng, vilket rätteligen skulle ha varit tre poäng. Den offererade produktionschefen har arbetat i minst tre liknande projektfunktioner och har i sitt CV redovisat sex projekt. Han uppfyller kravet på att ha arbetat minst tio år inom sitt fackområde. I sitt CV har han angett att han är produktionschef och att han har varit anställd inom bolaget sedan år 1997. Om han hade haft andra funktioner inom bolaget hade detta givetvis redovisats i hans CV, d.v.s. motsatsvis framgår det av hans CV att han har haft aktuell funktion sedan år 1997. Detta presenterade även bolaget tydligt vid anbudspresentationen den 22 maj 2015, d.v.s. att offererad person har haft samma roll under hela anställningstiden. Vidare uppfyller han kriteriet avseende minst två entreprenader och har i sitt CV redovisat sex projekt, varav två är med som referensprojekt och ett projekt finns angivet i bolagets korsreferenslista.

Avseende funktionen Bas-U inom delområde a) erfarenhet av arbete inom föreslagen funktion/fackområde erhållit två poäng, vilket rätteligen skulle ha varit tre poäng. Den av bolaget offererade Bas-U har i sitt CV redovisat åtta projekt där han varit Bas-U och har således arbetat i minst tre liknande projektfunktioner. I sitt CV har han redovisat arbetslivserfarenhet inom bolaget sedan år 2004, vilket motsvarar elva år. Därigenom uppfylls kravet på minst tio års erfarenhet inom fackområdet. Den av bolaget offererade Bas-U har i sitt CV redovisat åtta entreprenadprojekt, varav tre finns angivna i bolagets anbud. Funktionen Bas-U har endast funnits sedan år 2009 och dessförinnan kallades denna roll samordningsansvarig, se 3 kap. arbetsmiljölagen. Detta gör förfrågningsunderlaget till viss del missvisande, men samtliga initierade

aktörer vet vad som avses och den av bolaget offererade Bas-U har efterfrågad erfarenhet av Bas-U och det tidigare samordningsansvaret i egenskap av produktionschef sedan år 2004, d.v.s. mer än tio års erfarenhet.

Avseende funktionen kalkylator inom delområde c) Erfarenhet av arbete med entreprenad med minst två olika teknikdiscipliner som inte är markarbeten eller byggrelaterade installationer har bolaget erhållit ett poäng, vilket rätteligen skulle ha varit tre poäng. Den av bolaget offererade kalkylatorn har i sitt CV redovisat sex liknande projekt där han varit kalkylator och uppfyller därigenom kravet på minst tre liknande projektfunktioner. Han har vidare i sitt CV redovisat arbetslivserfarenhet som kalkylator/kalkylchef inom bolaget i sammanlagt 19 år och uppfyller därigenom kravet på minst tio års erfarenhet inom sitt fackområde. Han har i sitt CV redovisat sex entreprenadprojekt, varav ett projekt finns med i bolagets anbud som referensprojekt. Vidare har han deltagit som kalkylator i två andra referensprojekt som finns upptagna i bolagets korsreferenslista i anbudet. Han uppfyller således även kravet på två entreprenader. Det framgår av hans CV att han har erfarenhet utanför mark och byggrelaterade installationer. Av de projekt som redovisas är det tydligt att offererad kalkylator har erfarenhet av:

- a) Ett projekt – spårvägs- och ledningsarbeten
- b) Två projekt – lednings- och beläggningsarbeten
- c) Ett projekt – bentonit (slitsmur) – och täckningsarbeten

Dessutom framgår det att offererad kalkylator har varit VD för Schakt & Transportcentralen i Borås, vilket innebär erfarenhet av logistik, transporter och chefskap m.m.

## **BEM**

### *Inställning*

De grundläggande unionsrättsliga principerna har inte åsidosatts. Veidekkes anbud har rätteligen antagits. Förfrågningsunderlaget har utformats, och

bolagets anbud har utvärderats, i enlighet med LUF och de grundläggande unionsrättsliga principerna och någon olikbehandling av anbudsgivare har inte skett. Bolaget har inte lidit och kan inte heller komma att lida skada i LUF:s mening genom det sätt som BEM genomfört upphandlingen. Det saknas därför skäl att förordna om att upphandlingen ska rättas eller göras om.

*Veidekkes anbud*

I förfrågningsunderlagets bilaga 06-B01 Sammanställning över Ska-krav i upphandlingen görs inte någon hänvisning till bilagan 07-B02-B03 Ledningssträckorna. Vad som angetts i förfrågningsunderlaget angående ledningssträckor för fjärrvärmeledningar har alltså inte utgjort ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Istället har dessa sträckor varit förhandlingsbara och kommit att justeras under upphandlingens gång. Vid sådana förhållanden har det inte funnits skäl att förkasta Veidekkes anbud endast av den anledningen att det i Veidekkes anbud angetts en totalsträcka på 9 280 m istället för som angetts i förfrågningsunderlaget 9 281 m.

Under alla omständigheter saknar den påstådda avvikelserna helt betydelse för utgången i upphandlingen. Detta då en avvikelse på en meter endast skulle ha påverkat Veidekkes anbudspris med 14 000 kr, vilket inte skulle ha medfört någon annan bedömning av vilket anbud som är det för BEM mest fördelaktiga. Vid sådana förhållanden har bolaget inte heller lidit någon skada av påstådda avvikelserna.

Den påstådda skillnaden på en meter i Veidekkes anbud från den uppskattning som gjorts av fjärrvärmeledningarnas längd i det ursprungliga förfrågningsunderlaget utgör en felskrivning i bilaga 1 i Veidekkes anbud som innehåller den beräknade entreprenadkostnaden för det slutliga anbudet. Samma påstådda avvikelse förekommer inte i bilaga 18a Nettokalkyl i Veidekkes anbud. Felskrivningen på en meter har inte beaktats av BEM i

någon del av upphandlingen. I protokollet från slutförhandlingen med Veidekke framgår att Veidekkes slutliga anbud helt överensstämde med samtliga delar av förfrågningsunderlaget, även icke-obligatoriska krav. Slutligen kan den aktuella längddifferensen på en meter (0,1 promille) inte anses vara en "avvikelse" från förfrågningsunderlaget eftersom längduppgifterna i förfrågningsunderlaget endast var preliminära. Veidekke har således inte haft att fylla i anbudsformuläret på annat sätt än vad som skett och samtliga obligatoriska krav är därmed uppfyllda i denna del.

Vad beträffar de krav som ställs i upphandlingen beträffande ingivande av CV och referenser är dessa endast obligatoriska på sätt att sådana handlingar ska bifogas anbudet och anges i anbudsformuläret. Det har dock inte uppställts som obligatoriskt krav att anbudsgivarna redan före förhandling ska kunna lämna slutliga uppgifter om den projektorganisation de ämnar offera. Såväl Veidekke som bolaget har till sina anbud bifogat CV:n och referenser avseende de personer som respektive bolag avser att använda för de aktuella funktionerna. BEM har dock funnit att såväl Veidekke som bolaget i viss utsträckning lämnat bristfälliga uppgifter i dessa delar, varför BEM bett båda anbudsgivarna att uppdatera och komplettera sina anbud med ytterligare uppgift om CV och referenser. Vidare har bolaget på samma sätt som Veidekke, genom meddelande den 29 maj 2015, getts möjlighet att se över bifogade CV:n. Då både Veidekke och bolaget getts tillfälle att komplettera sina anbud i motsvarande mån och båda anbudsgivarna har kommit in med sådana justeringar och kompletteringar, kan någon olikbehandling inte anses ha skett från BEM:s sida i denna del.

Inför de avslutande förhandlingar som ägde rum med de båda anbudsgivarna Veidekke och bolaget har BEM därutöver funnit anledning att göra vissa förtydliganden och ändringar i tidigare utgivna handlingar. Dessa förtydliganden har åskådliggjorts i FörhandlingsPM. Även i detta skede har BEM möjliggjort för såväl Veidekke som bolaget att komma in med CV och upp-

daterad referenslista. Någon olikbehandling kan inte heller anses ha skett i denna del. Det kan också konstateras att bolaget den 29 maj 2015 bekräftat att bolaget gjort sådana kompletteringar som BEM efterfrågat genom FörhandlingsPM och BEM:s meddelande den 29 maj 2015. Både bolaget och Veidekke har haft lika möjligheter vad gäller ingivande och komplettering av CV samt referenser.

#### *Gynnande av Veidekke*

Enligt förfrågningsunderlaget har det funnits möjlighet för anbudsgivarna att förbehålla sig rätten att indexreglera sitt anbudspris. Veidekke har inledningsvis begärt sådan indexreglering. Därefter har BEM i FörhandlingsPM angivit: "Priset ska vara fast och utan indexreglering i 60 dagar efter datum för uppdaterat anbud". Både bolaget och Veidekke har haft möjlighet att inkomma med uppdaterad prisuppgift. Därvid kan konstateras att den slutliga prisuppgift som Veidekke lämnat vid slutförhandlingarna, vilken protokollfördes i slutförhandlingsprotokollet och har kommit att ligga till grund för utvärdering, inte innehöll någon begäran om indexreglering.

Varken i FörhandlingsPM eller i några andra handlingar framgår att avsaknad av indexering skulle utgöra ett obligatoriskt krav i upphandlingen (skakrav). Vidare innehöll varken Veidekkes slutliga anbudsformulär eller anbudsbrief av den 1 juni 2015 någon indexering. Till följd av en försummelse och ett förbiseende av uppdateringarna av Veidekkes slutliga anbud, hade de till anbudet bifogade anbudsberäkningarna inte uppdaterats för att anpassas till det slutliga anbudet, varför beräkningsunderlaget felaktigt innehöll en anmärkning om index. Under slutförhandlingen noterades denna felskrivning, varvid BEM och Veidekke kom överens om en anbudssumma som inte var indexreglerad. I slutförhandlingsprotokollet är angiven en entreprenadkostnad utan index, och det är denna kostnad som sedan legat till grund för den slutliga anbudsutvärderingen.

Veidekke levererade samtliga relevanta dokument avseende det uppdaterade anbudet den 1 juni 2015. Även om Veidekkes skull ha inkommit med kompletteringar för sent (vilket bestrids) kan bolaget inte under några omständigheter anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada i LUF:s mening. Detta då bolaget själv inkom med hela sitt anbudsformulär och en större komplettering till sitt anbud den 2 juni 2015. Detta kan utläsas från den portal på vilken anbudsgivarna själva laddade upp sina anbud. Där framgår att bolagets undertecknade anbudsformulär och tekniska beskrivning (varav den förra är föremål för obligatoriskt krav) inkom en dag efter anbudsfristens utgång.

#### *Missgynnande av bolaget*

Inledningsvis kan konstateras att bolaget inför slutförhandlingarna drog tillbaka sitt sidoanbud. BEM har därför saknat möjlighet att utvärdera sidoanbudet eller på något annat sätt beakta detta i samband med slutförhandlingarna.

De förhandlingar som ägt rum mellan BEM och anbudsgivarna har syftat till att anpassa inkomna anbud till förfrågningsunderlaget. Detta för att i största möjliga utsträckning möjliggöra att kontrakt kan tecknas vid ett senare skede. Det är ofta nödvändigt att vidta vissa mindre justeringar i såväl anbudet som förfrågningsunderlaget i samband med förhandlingarna. Under de förhandlingar som skett har framförts önskemål om vissa justeringar och förtydliganden avseende vissa ledningssträckor och schakt samt ledningsdimensioner. Därutöver har den parallellt pågående projekteringen som skett på platsen i viss utsträckning gett upphov till förändrade behov och förutsättningar, vilka BEM sökt finna lösningar på tillsammans med deltagande anbudsgivare. De behov som uppkommit under de inledande förhandlingarna har kommit att anges i FörhandlingsPM.

Med hänsyn till syftet med förhandlingarna, samt att såväl den upphandlande enheten som deltagande anbudsgivare i viss utsträckning har att anpassa utifrån vad som framkommer vid förhandlingar, är det på inget sätt visat att ovan nämnda behov föranletts av hur bolaget utformat sitt sidoanbud eller på något sätt vidtagits i syfte att olikbehandla bolaget i något avseende. Förändringarna har snarare vidtagits på ett öppet sätt och anbudsgivarna har givits samma information och möjligheter att anpassa sina anbud utifrån de nya omständigheterna.

Det är riktigt att den FörhandlingsPM som låg till grund för de uppdaterade anbuden omfattade vissa av de lösningar som bolaget hade föreslagit i sitt sidoanbud (även om det var svårt att förstå vad som verkligen utgjorde sidoanbud och i vilken mån detta skulle påverka funktionen som beskrevs i förfrågningsunderlaget) som bolaget hade givit in den 17 mars 2015 och som kraftigt avvek från de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget. Publicerad FörhandlingsPM innehåller dock ett större antal justeringar av det ursprungliga förfrågningsunderlaget. De justeringar som bolaget har pekat ut utgör endast en mindre del av det totala antalet justeringar av förfrågningsunderlaget som vidtagits och som dokumenterats genom FörhandlingsPM. Vidare bör särskilt beaktas att bolagets sidoanbud avvek så kraftigt från samtliga delar (och skeden) av förfrågningsunderlaget att det inte under några omständigheter kunde antas. I det uppdaterade anbudet som bolaget lämnade in den 1 juni 2015, fanns ett vagt beskrivet sidoanbud som saknade pris-/kostnadsangivelse och som även hänvisade till en inte namngiven underentreprenör som skulle garantera funktionen. BEM har därför saknat möjlighet att utvärdera sidoanbudet eller på något annat sätt beakta detta i samband med slutförhandlingarna.

Det har inte angetts, än mindre visats, på vilket sätt föremålet för upphandlingen väsentligen har förändrats eller att bolaget lidit eller kunnat komma att skada i LUF:s mening till följd av de påtalade bristerna. BEM saknar

därmed möjlighet att närmare bemöta vad bolaget först hos förvaltningsrätten påstått i dessa delar, men bestrider att några förändringar som inte varit tillåtna att vidta inom ramen för ett förhandlat förfarande enligt LUF har skett. Bolaget har under inga förhållanden lidit eller kunnat komma att skada i LUF:s mening till följd av de justeringar som vidtagits och dokumenterats i publicerad FörhandlingsPM.

*Felaktig utvärdering av bolagets anbud*

Vad gäller funktionen produktionschef framgår av relevant CV inte annat än att offererad produktionschef har varit anställd hos bolaget sedan år 1997 och att de projekt som denne medverkat i har pågått sedan år 2006. Av de handlingar som bifogats bolagets anbud framgår således inte att den offererade produktionschefen har arbetat i minst tre liknande projektfunktioner tidigare under minst tio år inom sitt fackområde, delområde a). Bolaget har genom bifogade handlingar endast visat att offererad produktionschef har erfarenhet av liknande projektfunktioner under nio år, alltså sedan år 2006. Tvärtemot vad bolaget anför kan det inte anses framgå motsatsvis av för offererad produktionschef ingiven CV att denne arbetat som produktionschef ända sedan ha påbörjade sin anställning hos bolaget år 1997. Enligt en sådan tolkning av ingiven CV skulle produktionschefen även ha innehaft rollen som produktionschef under sina tidigare anställningar, på JM AB respektive VEAB, vilket får anses föga troligt då den första av dessa anställningar påbörjades året efter det att produktionschefen avslutade sina gymnasiestudier. Eftersom BEM inte utifrån de ingivna handlingarna kunnat sluta sig till att de offererade produktionschefen haft samma funktion inom bolaget sedan år 1997, har BEM endast kunnat basera sin bedömning på uppräknningen av de projekt som produktionschefen deltagit i.

Enligt BEM är bolagets påstående om att det vid anbudspresentationen den 22 maj 2015 uppgavs att produktionschefen hade haft samma roll inom bolaget sedan han anställdes vid bolaget felaktigt. Något stöd för bolagets på-



stående har inte redovisats och ingen av de företrädare för BEM som deltog i det aktuella mötet har något minne av att ett sådant uttalande gjorts och det saknas helt uppgifter om någon sådant uttalande från bolagets sida i de minnesanteckningar som gjordes under mötet.

Vad gäller funktionen Bas-U framgår av relevant CV inte annat än att offererad Bas-U har varit anställd hos bolaget sedan år 2002 och att de projekt som denne medverkat i har pågått sedan år 2007. Av de handlingar som bifogats bolagets anbud framgår således inte att den offererade produktionschefen har arbetat i minst tre liknande projektfunktioner tidigare under minst tio år inom sitt fackområde, delområde a). Bolaget har genom bifogade handlingar endast visat att offererad produktionschef har erfarenhet av liknande projektfunktioner under åtta år, alltså sedan år 2007. Det faktum att personen varit anställd hos bolaget sedan år 2002 ändrar inte detta.

Det går inte att utläsa av ingiven CV att offererad Bas-U haft liknande projektfunktioner sedan år 2004, när denne påbörjade sin nuvarande anställning som produktionschef hos bolaget. Att rollen Bas-U endast funnits sedan år 2009 har tagits i beaktande vid utvärderingena av samtliga anbud, men förändrar inte på något sätt BEM:s bedömning i det aktuella fallet.

Vad gäller funktionen kalkylator framgår inte av relevant CV att offererad kalkylator har erfarenhet av arbete med entreprenad med minst två olika teknikdiscipliner som inte är markarbeten eller byggrelaterade installationer. Istället är all redovisad erfarenhet relaterad till entreprenader med just markarbeten eller byggrelaterade installationer. Av de handlingar som bifogats bolagets anbud framgår således inte att den offererade kalkylatorn har erfarenhet av markarbeten och byggrelaterade installationer, delområde c).

*Begäran om korrekt anbudskomplettering den 29 maj 2015 och bolagets  
anbudsformulär*

I enlighet med bifogat e-postmeddelande har bolaget den 29 maj 2015 felaktigt givit in sina anbudskompletteringar per e-post. Av bifogat svarsmeddelande, daterat samma dag, framgår att BEM uppmanat bolaget att istället ladda upp dessa på projektportalen på föreskrivet sätt.

Bolagets uppdaterade anbudsformulär som givits in i upphandlingen och som BEM lämnat in till förvaltningsrätten är daterat och undertecknat den 2 juni 2015. Genom undertecknande av det reviderade anbudsformuläret har bolaget bl.a. intygat att datumangivelsen och övriga uppgifter däri är riktiga. Vid sådana förhållanden står det klart att bolaget har kommit in med kompletterande uppgifter till sitt anbud efter den 1 juni 2015.

**SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

**Gällande regler**

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter 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.

Enligt 2 kap. 9 § LUF avses med förhandlat förfarande ett förfarande där den upphandlande enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansöknings. Överprövningen tar inte

sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att den upphandlande myndigheten kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

#### **Förvaltningsrättens bedömning**

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Vad som ovan anges om LOU gäller på motsvarande sätt vid tillämpning av LUF.

Högsta förvaltningsdomstolen har i dom den 9 november 2015 i mål nr 6309-14 funnit att vid en prövning mot de allmänna principerna för upphandling har en förhandling under ett förhandlat förfarande kommit att genomföras på ett sätt som direkt eller indirekt kunnat ge information om det konkurrerande anbudet. Detta förfarande har ansetts strida mot likabehandlingsprincipen. I målet förordnade HFD att Konkurrensverket skulle yttra sig i målet. Av Konkurrensverkets yttrande (2015-05-22, dnr 302/2015) framgår bl.a. följande:

Det kan konstateras att begränsningarna av rätten att förhandla i LOU saknar motsvarighet i LUF. I stället framstår förhandlingsmöjligheterna enligt LUF som oinskränkta, så länge det är kontraktsvillkoren i upphandlingen som är föremål för förhandling. Motsvarande gäller för övrigt för de icke direktivstyrda upphandlingarna enligt 15 kap. LOU, där förhandlingar också är tillåtna utan att några särskilda förutsättningar behöver vara uppfyllda. Det bör dock understrykas att de grundläggande principerna för upphandling, vilka framgår av 1 kap. 24 § LUF, måste anses gälla i samma utsträckning vid förhandlingar enligt LUF som vid förhandlingar enligt LOU. I försörjningsdirektivet (2004/17/EG) återfinns visserligen inte någon motsvarande artikel, men vad som anges i artikel 30.3 i direktiv 2004/18/EG torde enligt Konkurrensverkets uppfattning vara vägledande även för förhandlingar som sker inom ramen för LUF. Det är således inte tillåtet att särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare. Upphandlande enheter som tillämpar LUF har alltså samma skyldighet att iaktta bland annat principerna om likabehandling och öppenhet som de myndigheter som tillämpar LOU vid sina kontraktstilldelningar. En uppenbar konsekvens av att de grundläggande principerna gäller vid förhandlingar enligt LUF är vidare att det på samma sätt som enligt LOU inte är tillåtet att ändra villkoren i upphandlingen. Förhandlingen ska således syfta till att anpassa anbudet till den upphandlande enhetens krav, och inte tvärtom. Rena prisförhandlingar torde enligt Konkurrensverkets bedömning inte i sig innebära en påtagligt större risk för överträdelser av de grundläggande principerna, jämfört med förhandlingar som också

gäller andra kontraktsvillkor än priset. Vid bedömningen av om de grundläggande principerna iakttagits under ett förhandlat förfarande är det relevant att pröva på *vilket sätt* förhandlingen har genomförts, snarare än *vilken typ* av kontraktsvillkor som varit föremål för förhandling. Under förutsättning att förhandlingen genomförs på ett öppet sätt och samtliga anbudsgivare behandlats lika anser Konkurrensverket att det bör vara tillåtet att förhandla om enbart anbudspriserna. Det finns därför, i brist på särskilt införda begränsningar av vilka villkor som får förhandlas, inte skäl att dra slutsatsen att ett förhandlat förfarande som enbart avser anbudens prisnivåer skulle vara förbjudet enligt LUF.

Konkurrensverkets slutsats är att eftersom det inte finns några uttryckliga begränsningar i lagen, och det heller inte kan anses stå i strid med de grundläggande principerna *per se*, ska det anses vara tillåtet att enbart förhandla om priset vid upphandlingar som genomförs enligt LUF. Bedömningen huruvida en viss förhandling har genomförts i enlighet med principerna om likabehandling och transparens får göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

*Förvaltningsrättens bedömning – inledande anmärkningar.*

Sista dag att lämna anbud var enligt förfrågningsunderlaget den 17 mars 2015. Därefter har förhandlingsmöten hållits med både bolaget och Veidekke. Senare har en FörhandlingsPM publicerats (såvitt framkommit den 13 maj 2015), varvid anbudsgivarna uppmanats att senast den 1 juni 2015 lämna uppdaterade anbud. Detta har följts av anbudspresentation, som i vart fall för bolagets del har hållits den 22 maj 2015. Slutförhandlingar med bolaget och Veidekke har hållits den 4 och/eller 5 juni 2015. Detta har avslutningsvis följts av anbudsutvärdering.

I enlighet med vad som sagts under föregående rubrik är regleringen av förhandlingar enligt LUF knapphändig. Vid bedömningen utgår förvaltningsrätten därvid från vad HFD uttalat och vad som framgår av Konkurrensverkets yttrande. I enlighet härmed bör BEM:s handläggning av upphandlingen fr.o.m. sista anbudsdagen den 17 mars 2015 t.o.m. dagen för slutförandet av slutförhandlingar den 5 juni 2015 betraktas som ett sammanhängande för-

handlingsförfarande som omfattar både muntliga och skriftliga moment. Vid bedömningen av om de grundläggande principerna iakttagits under detta förfarande är det relevant att pröva på *vilket sätt* förhandlingen har genomförts, snarare än *vilken typ* av kontraktsvillkor som varit föremål för förhandling. Särskild vikt ska fästas vid frågan om förhandlingen har genomförts på ett öppet sätt och om samtliga anbudsgivare behandlats lika.

*Förvaltningsrättens bedömning – Veidekkes anbud*

Bolaget gör i denna del i huvudsak gällande att Veidekke i sitt anbud offererat en felaktig längd på fjärrvärmeledningarna. Veidekke har i sitt anbud räknat med en total sträcka på 9 280 m, medan motsvarande sträcka i förfrågningsunderlaget uppgår till 9 281 m. Vidare har BEM tillåtit Veidekke att komplettera sitt anbud med uppgifter om CV och referenser efter anbudstidens utgång. Veidekkes anbud uppfyller därför inte heller i denna del uppställt obligatoriskt krav. Slutligen har BEM på eget initiativ uppmanat Veidekke att generellt se över ingivna CV:n för offererade personer för att erhålla fler poäng.

BEM anför i denna del i huvudsak följande. I förfrågningsunderlagets bilaga 06-B01 Sammanställning över Ska-krav i upphandlingen görs inte någon hänvisning till bilagan 07-B02-B03 Ledningssträckorna. Under alla omständigheter saknar den påstådda avvikelserna helt betydelse för utgången i upphandlingen. Detta då en avvikelse på en meter endast skulle ha påverkat Veidekkes anbudspris med 14 000 kr, vilket inte skulle ha medfört någon annan bedömning av vilket anbud som är det för BEM mest fördelaktiga. Såväl Veidekke som bolaget har till sina anbud bifogat CV:n och referenser avseende de personer som respektive bolag avser att använda för de aktuella funktionerna. BEM har dock funnit att såväl Veidekke som bolaget i viss utsträckning lämnat bristfälliga uppgifter i dessa delar, varför BEM bett båda anbudsgivarna att uppdatera och komplettera sina anbud med ytterligare uppgift om CV och referenser.

Förvaltningsrätten finner i denna del följande. Vilka krav som leverantörerna ska uppfylla och vilket underlag för BEM:s bedömning de ska lämna regleras under AFB.5, som sin tur hänvisar till AFB.31 och AFB.32, i förfrågningsunderlaget (se vidare ovan under rubriken BAKGRUND). Uppgifter om längd på fjärrvärmeledningarna omfattas inte av dessa föreskrifter. Det förhållandet att total längd på fjärrvärmeledningarna i Veidekkes anbud uppgår till 9 280 m, medan motsvarande sträcka uppgår till 9 281 m i förfrågningsunderlaget, kan inte tolkas som att Veidekke har reserverat sig mot av BEM angivna förutsättningar. BEM har därmed haft fog för att inte förkasta Veidekkes anbud p.g.a. av de omständigheter bolaget anger i denna del. Såvitt framkommit har både bolaget och Veidekke uppfyllt förfrågningsunderlagets krav avseende CV och referenser. Därefter har de fått likvärdiga möjligheter att lämna kompletterande uppgifter. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att BEM brutit mot LUF i denna del.

*Förvaltningsrättens bedömning – Gynnande av Veidekke*

Bolaget gör i denna del i huvudsak gällande att Veidekke i sitt anbud lämnat en felaktigt utformad begäran om indexreglering samt att Veidekkes anbudspris, i strid med förfrågningsunderlaget inte justerats med anledning av begärd indexreglering. Vidare innehöll Veidekkes anbud en begäran om indexreglering även efter den sista dagen för kompletteringar och uppdateringar i anledning av Förhandlings-PM, d.v.s. även efter den 1 juni 2015. BEM skulle därför rätteligen ha förkastat Veidekkes anbud eftersom det inte uppfyllde ska-kraven avseende pris och indexering, alternativt att Veidekkes anbud på samma grund var att anse som orent. Veidekke har inkommit med kompletteringar avseende den egna projektorganisationen den 2 juni 2015, d.v.s. en dag för sent. Trots detta har BEM beaktat Veidekkes kompletteringar. Bolaget har lämnat in anbudskomplettering inom utsatt tid.

BEM anför i denna del i huvudsak följande. I slutförhandlingsprotokollet är angiven en entreprenadkostnad utan index, och det är denna kostnad som sedan legat till grund för den slutliga anbudsutvärderingen. Även om Veidekkes skull ha inkommit med kompletteringar för sent (vilket bestrids) kan bolaget inte under några omständigheter anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada i LUF:s mening. Detta då bolaget självt inom med hela sitt anbudsformulär och en större komplettering till sitt anbud den 2 juni 2015.

Förvaltningsrätten finner i denna del följande. BEM har inte varit förhindrad, till följd av utformningen av publicerad FörhandlingsPM eller av annan orsak, att på sätt som skett ta upp frågan om indexreglering vid slutförhandling med Veidekke och därvid överenskomma att Veidekkes anbudspris inte ska indexregleras. BEM har således haft grund för att lägga Veidekkes vid slutförhandlingen angivna pris till grund för anbudsutvärderingen. Det finns därmed inte grund för ingripande enligt LUF. Vad gäller frågan om kompletteringar finner förvaltningsrätten att bolaget inte mot BEM:s bestridande förmått göra sannolikt att det lämnat föreskrivna kompletteringar före den 1 juni 2015. Istället framstår det som klart att bolaget lämnat väsentliga kompletteringar efter detta datum. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att BEM i vart fall behandlat bolaget och Veidekke lika, med följd att bolaget inte lidit och inte heller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Det finns därför inte heller i denna del grund för ingripande med stöd av LUF.

*Förvaltningsrättens bedömning – Missgynnande av bolaget*

Bolaget gör i denna del i huvudsak gällande att dess sidoanbud rätteligen skulle ha utvärderats och BEM har agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att använda sig av bolagets förslag till lösningar i upphandlingen utan att utvärdera bolagets sidoanbud. Bolaget gör i andra hand gällande att de ändringar BEM gjort genom att omarbete förfrågningsunderlaget varit så



omfattande att själva upphandlingsföremålet för upphandlingen ändrats väsentligt. BEM har vidare ändrat förutsättningarna för anbudsgivning i upphandlingen genom att ta bort den möjlighet till lämnande av sidoanbud som fanns enligt förfrågningsunderlaget.

BEM anför i denna del i huvudsak följande. De justeringar som bolaget har pekat ut utgör endast en mindre del av det totala antalet justeringar av förfrågningsunderlaget som vidtagits och som dokumenterats genom FörhandlingsPM. Vidare bör särskilt beaktas att bolagets sidoanbud avvek så kraftigt från samtliga delar (och skeden) av förfrågningsunderlaget att det inte under några omständigheter kunde antas. I det uppdaterade anbudet som bolaget lämnade in den 1 juni 2015, fanns ett vagt beskrivet sidoanbud som saknade pris-/kostnadsangivelse och som även hänvisade till en inte namngiven underentreprenör som skulle garantera funktionen. Det har inte angetts, än mindre visats, på vilket sätt föremålet för upphandlingen väsentligen har förändrats eller att bolaget lidit eller kunnat komma att skada i LUF:s mening till följd av de påtalade bristerna.

Förvaltningsrätten finner i denna del följande. Bolaget har inte mot BEM:s bestridande förmått göra sannolikt att dess sidoanbud uppfyllt samtliga skräv och därmed hade kunnat antas. Det kan vidare konstateras att bolaget har återkallat sitt sidoanbud och att det således även av denna anledning inte kunnat utvärderas.

Såvitt framkommit omfattar den FörhandlingsPM som låg till grund för de uppdaterade anbuden vissa av de lösningar som bolaget hade föreslagit i sitt sidoanbud. Bolaget har dock inte mot BEM:s bestridande förmått göra sannolikt att publicerad FörhandlingsPM har föranletts av dess sidoanbud eller att FörhandlingsPM väsentligen eller i betydande omfattning bygger på bolagets sidoanbud. Således kan FörhandlingsPM ha gjort det möjligt att använda vissa lösningar som ytterst emanerar från bolaget. Å andra sidan har

bolaget fått möjlighet att konkurrera med lösningar som det annars inte skulle kunnat konkurrera med. Vad som framkommit tyder inte på att de justeringar som gjorts genom publicerad FörhandlingsPM varit ägnade att missgynna bolaget eller gynna dess konkurrenter. Justeringarna har varit sakligt grundade. Sammantaget har bolaget inte förmått göra sannolikt att BEM:s åtgärder i anledning av bolagets sidoanbud skett i strid med LUF.

Vad gäller frågan om det av BEM genomförda förhandlingsförfarandet medfört att upphandlingens föremål och villkor ändrats på ett otillåtet sätt finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att så är fallet, i vart fall inte att en ändring har skett på ett sätt som medför att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

*Förvaltningsrättens bedömning – Felaktig utvärdering av bolagets anbud*  
Bolaget gör i denna del i huvudsak gällande att utvärderingen av bolagets anbud genomförts på ett felaktigt sätt såvitt avser tilldelningskriteriet Värdering av Personal – CV. Därvid har BEM gjort en felaktig bedömning av bolagets personal avseende flera funktioner. Bolaget skulle rätteligen ha tilldelats ytterligare fem poäng i anbudsutvärderingen. Fem poäng motsvarar ett värde på 3 000 000 kr som ska dras av från bolagets anbudspris vid utvärderingen.

BEM anför i denna del i huvudsak följande. Bolagets anbud har utvärderats i enlighet med såväl förfrågningsunderlaget som LUF och de grundläggande unionsrättsliga principerna

Förvaltningsrätten finner i denna del att BEM haft fog för sin tolkning och tillämpning av förfrågningsunderlaget, samt att förfrågningsunderlaget i relevanta delar varit tillräckligt tydligt. Bolaget har därmed inte förmått göra sannolikt att BEM brutit mot LUF i denna del.


*Förvaltningsrättens bedömning – förfrågningsunderlagets utformning*

Bolaget gör även gällande att förfrågningsunderlaget, mot bakgrund av vad bolaget anför i ovan berörda delar, har varit så otydligt att det inte varit möjligt för leverantörerna att förutse vad BEM skulle komma att tillmäta särskild betydelse vid anbudsprövningen. BEM har bestritt att förfrågningsunderlagets utformning har varit bristfällig utformat. Förvaltningsrätten finner lika med BEM att bolaget inte förmått göra sannolikt att förfrågningsunderlagets utformning skulle vara bristfällig i förhållande till de tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 LUF.

*Förvaltningsrättens bedömning – sammanfattande bedömning*

Bolaget har inte förmått göra sannolikt att BEM brutit mot LUF på sätt som medfört att det lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Eftersom det därmed saknas skäl för ingripande med stöd av LUF ska ansökan avslås.

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



Thorbjörn Lindvall

Föredragande har varit Ulf Nordberg



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 nå 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 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.