



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2014-11-18
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8990-14
8958-14

Sida 1 (11)

KONKURRENSVERKET	
2014-11-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

1. VA-ingenjörerna Renare Vatten AB, 556394-0187
Vretenvägen 13
171 54 Solna

2. Anjobygg AB, 556317-8515
Box 123
301 04 Halmstad

MOTPART

Syvab, 556050-5728
Himmelfjärdsverket
147 92 Grödinge

Ombud: Bengt Melin
Ramböll Uppsala
Dragarbrunnsgatan 78 B
753 20 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Förvaltningsrätten bifaller Anjobygg AB:s ansökan och beslutar att upphandlingen ska rättas.
2. Förvaltningsrätten avslår VA-ingenjörerna Renare Vatten AB:s ansökan.

Dok.Id 549360

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Sydvästra stockholmsregionens va-verksaktiebolag – SYVAB (Syvab) har genomfört en upphandling (beteckning NKS01: Rejektvattenanläggning) gällande totalentreprenad avseende en nybyggnad av en rejektvattenanläggning för rening av rejektvatten från slamavvattning vid Himmerfjärdsverket. Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande med antagandegrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt beräknad livscykelkostnad (LCC). Enligt tilldelningsbeslutet daterat den 10 april 2014 har Goodtech Environment AB:s (Goodtech) anbud antagits.

Anjobygg Aktiebolag respektive VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolag har ansökt om överprövning av tilldelningsbeslutet. För att inte förvaltningsrätten två gånger ska pröva om den aktuella upphandlingen ska göras om eller rättas meddelas en gemensam dom för de båda ansökningarna.

Anjobygg Aktiebolags yrkanden m.m.

Anjobygg Aktiebolag yrkar *i första hand* att upphandlingen ska rättas på så vis att utvärderingen ska göras om och Goodtechs anbud förkastas och *i andra hand* att upphandlingen ska göras om.

Anjobygg Aktiebolag anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Goodtech uppfyller inte alla i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav, vad gäller placeringen av rejektvattenanläggningen, golvnivån i maskinbyggnaden och genom att ha avvikit från det ovillkorliga kravet att bassänger ska ha minst fyra nedstigningsluckor genom att offerera bassänger med endast tre nedstigningsluckor. På grund av Goodtechs brister och reservationer i anbudet borde Syvab ha förkastat det. Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för bolaget.

I förfrågningsunderlaget (AFB.22) förtecknas de handlingar som ingår. Där anges bl.a. att handlingarna "Övergripande funktionskrav", "Rambeskriv-

ning mark", "Rambeskrivning bygg och Ritningar" utgör en del av förfrågningsunderlaget. I AFB.31 anges bl.a. att reservationer inte godtas. Förfrågningsunderlaget medger inte heller alternativa utföranden eller anbud. I dokumentet "Rambeskrivning Bygg" till förfrågningsunderlaget anges bl.a. under rubriken "Bassänger" på s. 5 att det ska vara minst fyra nedstigningsluckor per linje, vilket betyder bassäng.

VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolags yrkanden m.m.

VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolag yrkar i första hand rättelse genom att tilldelningsbeslutet daterat den 10 april 2014 upphävs och en ny anbudsutvärdering ska företas där bolagets anbud inkluderas samt anför att Syvab felaktigt förkastat bolagets anbud. Sett till förfrågningsunderlagets utformning har bolaget gett in ett anbud som motsvarar samtliga ska-krav. Hade bolagets anbud utvärderats skulle bolaget vunnit upphandlingen och därmed har bolaget lidit skada. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att bolagets anbud rätteligen förkastats ska upphandlingen göras om eftersom även de anbud som utvärderats skulle ha förkastats, då dessa anbud var orena. Att även övriga utvärderade anbud innehåller brister innebär att bolaget lidit skada till följd av Syvabs agerande. *I andra hand yrkas* därför att upphandlingen ska göras om.

Beträffande VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolags förstahandsyrkande anför bolaget följande. I tilldelningsbeslutets tillhörande utvärderings-pm framgår:

"Anbudsgivare 3 angav i sin bilaga 1.1; 'I denna anläggning har vi valt att offerera Anox K5 bäraren'. Enligt anbudsgivaren har Anox K5 en area på 800 m²/m³ enligt handling 6.2.2 punkt 12 Bärarmaterial. Anbudsgivare 3 klarar ej kraven i förfrågningsunderlaget och förkastas därmed".

Motiveringen avslöjar att Syvab missförstått bolagets anbud. Kravet på det s.k. bärarmaterialet, som är relevant för grunden på vilken Syvab förkastat

bolagets anbud, anges i förfrågningsunderlaget vid p. 12 s. 37 i handlingen 6.2.2. "Rambeskrivning Maskin". Av den framgår att bärarmaterialets specifika yta skulle vara max 500 m²/m³. Det innebär att plastfyllkropparna skulle ha en aktiv yta på 500 m² per m³ vatten. Det faktum att Syvab hänvisar till vad bolaget angett i bilaga 1.1 "Teknisk beskrivning – process" visar att man missförstått bolagets anbud. Handling 1.1 är bara en översiktlig teknisk beskrivning av vilken bärare bolaget kan offerera i denna typ av reningsanläggning. Av handlingens s. 2 framgår att bolaget valt att offerera Anox K5 som har en skyddad (och sålunda inte aktiv yta) area på 800 m²/m³. Det går med andra ord inte att utesluta att bolaget inte offererat en specifik yta (tolkat som aktiv yta) som inte varit i enlighet med kravet på max 500 m²/m³. Det har därför inte funnits grund för att förkasta bolagets anbud. Den handling i vilken det framgår vilken kapacitet bolaget faktiskt har offererat är bilaga 2.2 "Teknisk beskrivning maskinutrustning". På s. 2 framgår att bolaget de facto offererat ett bärarmaterial med en kapacitet på 500 m²/m³ (aktiv yta). Förklaringen till förhållandena mellan uppgifterna finns i bolagets handling 1.1 där bärarmaterialet anges ha en skyddad area på 800 m²/m³ och uppgiften i handling 2.2 där kapacitet anges till 500 m²/m³ är bl.a. att även om det finns en skyddad area på 800 m²/m³ på bärarmaterialet så har bolaget beräkningsmässigt endast tillgodoräknat sig en kapacitet (eller aktiv area) på 500 m²/m³ vid dimensioneringsberäkningen av anläggningen.

Det är inte helt tydligt vad bärarmaterial med en specifik yta på 500 m²/m³ avser, utan begreppet är i detta sammanhang ett otydligt begrepp som kan användas med olika betydelse. Förfrågan innehåller ingen definition på vad man avser med den redovisade specifika ytan.

Det är oproportionerligt att förkasta bolagets anbud på grund av att bärarmaterialet de facto dimensionerats enligt kraven under p. 12 i handling 6.2.2. och för att bolaget inte ska drabbas av Syvabs oklarhet och odefinier-

rade begrepp specifik yta. Eftersom begreppet är odefinierat måste Syvabs tolka anbudet utifrån funktion. Bolaget uppfyller tveklöst efterfrågad funktion på bärmaterialet.

När det gäller VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolags andrahandsyrkande anför bolaget att Anjo Bygg AB anbud är orent då anbudet inte innehåller högnivånippor för pumpstatiner och bassänger trots att de framgår av rambeskrivningen process punkten 5.10 (bilaga 7 sid 13). Vidare anför bolaget att anbudet är orent genom att Anjo Bygg AB offererat flödesmätare med klassning IP 66 istället för IP 67 som ska finnas enligt rambeskrivningen maskin punkten 9.2 (bilaga 4 s. 30) samt då Anjo Bygg AB inte levt upp till kraven på inkommande vatten på s. 5 i handlingen 6.2.1 Rambeskrivning process anbudet. Beträffande Goodtech Environment AB:s anbud anför bolaget att det är orent då rejektvattenanläggningen placerats utanför den leveransgräns som avgränsar den ”yta för rejektvattenanläggning” som anges på situationsplanen. Goodtech Environment AB har inte heller följt kravet på maximal höjdnivå för golv i den nya maskinbyggnaden.

Syvabs inställning till ansökan om överprövning

Anjobygg Aktiebolags ansökan

Syvab bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Syvab har genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och då Anjobygg inte haft det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet har heller inte Anjobygg lidit skada till följd av att Goodtech tilldelats entreprenaden. Allmänna villkor för entreprenörens åtagande är ABT 06. Entreprenören ska projektera och utföra anläggningen enligt specificerade funktionskrav varvid Syvab uppställt vissa specifika förutsättningar. Detta framgår av de administrativa föreskrifterna (AF-delen). I för-

frågningsunderlaget, AFB 22, redovisas åtagandets omfattning och av AFD 11 framgår att förfrågningsunderlaget gäller före anbudshandlingarna vid eventuell motstridighet. Av 1 kap. 3 § ABT 06 framgår vidare att de av beställaren uppställda funktionskraven har företräde vid fall av motstridighet mot en av anbudsgivaren i anbudet redovisad teknisk lösning.

Det stämmer att Goodtech offererat färre antal nedstigningsluckor än som anges i förfrågningsunderlaget. Innebörden av de ovannämnda villkoren blir dock att en redovisad lösning av anbudsgivare inte kan eliminera beställarens krav samt att beställaren inte ska behöva analysera i vad mån ett anbudsförslag står i strid med förfrågningsunderlagets angivna förutsättningar. Goodtech är inom ramen för offererat pris skyldig att leverera det antal nedstigningsluckor som förfrågan anger.

VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolags ansökan

Syvab bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Syvab har genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och eftersom bolaget inte uppfyllt förfrågningsunderlagets krav har bolaget inte lidit skada genom att Goodtech tilldelats kontrakt. Bolaget har ostridigt offererat en area om 800 m²/m³. Avvikelsen är en uttrycklig och definitiv avvikelse från ett i förfrågningsunderlaget uppställt explicit funktionskrav innebärande en reservation eller ett alternativt anbud som enligt förfrågningsunderlaget inte var tillåtet. Syvab har till följd av detta korrekt förkastat bolagets anbud och utslutet det från anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrätten har kommunicerat Anjobygg Aktiebolags ansökan med Goodtech och berett bolaget tillfälle till yttrande.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

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

En upphandling ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav vad gäller det som upphandlas. Uppställda krav får inte frångås och utvärderingen av inkomna anbud ska ske i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det med anledning av vad sökanden har anfört i målet finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i fallet RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att sökanden har lidit skada eller kunnat komma att lida skada på grund av de brister som påtalats (se HFD 2013 ref. 53). Oaktat vad sökanden yrkat beslutar domstolen då, med utgångspunkt i vad som är det mest ändamålsenliga i varje enskilt fall, om upphandlingen ska göras om eller rättas (jfr. RÅ 2005 ref. 47).

Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat följande (HFD 2011 ref. 29). Det följer av ordalydelsen i 16 kap. 5 § LOU att det inte ankommer på domstolen att förordna om utfallet av en rättelse, utan endast om att en rättelse ska ha gjorts innan upphandlingen får avslutas. Ett beslut om

omgörning eller rättelse medför inte någon skyldighet för myndigheten att göra om eller rätta men innefattar ett förbud mot att upphandlingen fortsätter i befintligt skick (se RÅ 2005 ref. 17). Myndigheten har vidare alltid möjlighet att avbryta upphandlingen, såväl under en process i domstol som före och efter en sådan. Ett sådant beslut är i sig överprövbart av varje leverantör enligt 16 kap. 1 § LOU. Alla leverantörer som påverkas av en rättelse är bibehållna sin rätt enligt rättsmedelsdirektiven och LOU till domstolsprövning, när det står klart vilken rättslig verkan domstolens beslut får genom ett nytt materiellt beslut från den upphandlande myndigheten. Praxis innebär att möjligheten till rättslig prövning står till förfogande för den enskilde leverantören omedelbart när det går att konstatera vilken effekt domstolens dom de facto har haft i det enskilda fallet och är förenlig med rättsmedelsdirektivens krav på överprövning.

Särskilt om skaderekvisitet

Var och en av de leverantörer i en upphandling som anser sig skadas eller riskera att skadas av en påstådd brist under ett upphandlingsförfarande kan ansöka om överprövning. Praxis när det gäller frågan om en leverantör lidit skada är emellertid inte helt entydlig. I vissa rättsfall har en leverantör ansetts lida, eller riskerat att lida, skada även om denne har uteslutits ur upphandlingen. Ibland har den slutsatsen gjorts beroende av att det endast har varit fråga om två leverantörer (se Kammarrätten i Göteborg mål 665-11). I andra rättsfall har en leverantör som uteslutits ur upphandlingen inte ansetts lida eller riskerat att lida skada. Huvudregeln synes dock vara att en leverantör som inte själv uppfyller alla ska-krav, och därför inte kvalificerat sig för utvärdering, inte heller kan anses vara skadelidande.

Förvaltningsrättens bedömning av Anjobygg Aktiebolags talan

Anjobygg Aktiebolag har anfört att den vinnande anbudsgivaren Goodtech inte uppfyller ett antal av förfrågningsunderlaget ska-krav, bl.a. gällande antal nedstigningsluckor till bassänger i rejektvattenanläggningen. Syvab

vidgår att Goodtech i den delen inte uppfyller det krav som anges i förfrågningsunderlaget. Som förfrågningsunderlaget är formulerat får detta anses uppställa ett ska-krav gällande minsta antalet nedstigningsluckor. Det är alltså ostridigt att Goodtechs anbud inte uppfyller samtliga ska-krav.

Fråga är då om de administrativa föreskrifterna och de allmänna villkoren för entreprenörens åtagande, ABT 06, ska tillämpas på det sätt som Syvab anfört, dvs. att Goodtech anbud inte kan eliminera Syvabs krav och att Syvab därför inte behöver analysera i vad mån anbudet står i strid med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. När det gäller anbuds form och innehåll framgår det av de administrativa föreskrifterna att reservationer inte godtas (AFB 31). Förfrågningsunderlaget ger inte heller utrymme för anbud med alternativa utföranden. Enligt förvaltningsrättens bedömning gör redan förfrågningsunderlagets utformning att en sådan tillämpning som Syvab angett inte är möjlig. En sådan tillämpning skulle också strida mot grunderna för den offentliga upphandlingen genom att, bortsett från priset, anbudsgivarens viljeyttring i anbudet i stor utsträckning skulle sakna betydelse vid utvärderingen av anbud där utförandet av entreprenaden regleras av ABT 06.

Om den upphandlande myndigheten frångår de ska-krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget innebär det ett handlande som står i strid med de grundläggande principerna om förutsägbarhet, transparens och likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU. Detta genom att, som bolaget anfört, en anbudsgivare t.ex. kan lämna ett billigare anbud genom att lämna ett alternativt sådant. Syvab har genom att anta Goodtechs anbud handlat i strid med LOU. Bolagets anbud kom på andra plats vid utvärderingen och bolaget har därför lidit, eller riskera att lida skada till följd av Syvabs agerande. Mot bakgrund av det anförda finns skäl för att vidta rättelse i upphandlingen. En sådan rättelse medför ett förbud för den upphandlande myndigheten att fortsätta upphandlingen i befintligt skick och det ankommer på den

upphandlande myndigheten att sedan själv åtgärda bristerna inom LOU:s förfaranderegler.

Förvaltningsrättens bedömning av VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolags ansökan

Förvaltningsrätten tar först ställning till om VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolag uppfyller de uppställda ska-kraven och genom att inte ha gått vidare till utvärdering har lidit eller riskerar att lida skada. Bolaget har i den delen i huvudsak anfört att Syvab missförstått bolagets anbud genom att ha tolkat en översiktlig teknisk beskrivning som en offererad teknisk lösning gällande bärmaterial.

I Syvabs förfrågningsunderlag anges i bilagan 6.2.2 "Rambeskrivning maskin" under punkten 12 "Bärmaterial" att det offererade bärmaterialet ska ha en specifik yta om max 500 m²/m³. I bolagets anbud anges att en viss bärare med beteckningen Anox K5 offereras och att den har en skyddad area på 800 m²/m³. Det framstår härigenom som att bolaget offererat ett bärmaterial med en annan kapacitet än den som krävs enligt förfrågningsunderlaget. Vad bolaget anfört kring hur begreppen "skyddad area" respektive "faktisk kapacitet" ska tolkas och att bolaget vid dimensioneringsberäkningen av anläggningen beräkningsmässigt använt en kapacitet på 500 m²/m³ innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att bolaget har visat att bolagets anbud uppfyller det aktuella ska-kravet. En upphandlande myndighet eller enhet har en skyldighet enligt gemenskapsrätten att förkasta sådana anbud som inte uppfyller de ställda ska-kraven med hänsyn till lagstiftningens grundläggande krav på förutsägbarhet, transparens och likabehandling. Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att Syvab rätteligen förkastat bolagets anbud.

Vad gäller VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolags andrahandsyrkande konstaterar förvaltningsrätten att Syvab rätteligen förkastat bolagets anbud men att Syvab ska rätta upphandlingen och åtgärda bristerna inom

LOU:s förfaranderegler. Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolag inte visat att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits. VA-ingenjörerna Renare Vatten Aktiebolags ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Lars Åke Johansson

Rådman

Johanna Segerheim 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 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.