

**LÄNSRÄTTEN I
UPPSALA LÄN**

DOM
2009-08-26
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1477-09 E

SÖKANDE

Bravida Sverige AB, 556197-4188
126 81 Stockholm

Ombud:

Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Helena Skagerberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommuns Fastighetsaktiebolag, 556099-5077
Box 25044
750 25 Uppsala

Ombud:

Jur.kand. Jessica Karlsson och jur.kand. Jan Andersson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala kommuns Fastighetsaktiebolag upphandling avseende sprinkler-
entreprenad för Gottsunda centrum, TED-publication 84315-2009

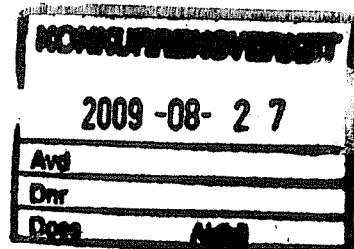
SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar om att upp-
handlingen ska rättas på så vis att Uppsala kommuns Fastighetsaktiebolag
företar en ny utvärdering. Upphandlingen får inte avslutas innan detta har
skett.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut meddelat den 5 juli 2009.



Dok.Id 47603

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: lansratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-16:25

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Bravida Sverige AB, 556197-4188, (Bravida) ansökte den 3 juli 2009 om överprövning av Uppsala kommuns Fastighetsaktiebolags, 556099-5077, (kommunen) upphandling avseende sprinklerentreprenad för Gottsunda centrum i Uppsala, TED-publications 84315-2009, tilldelningsbeslut den 26 juni 2009. Länsrätten beslutade den 5 juli 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten beslutar något annat.

I ansökan om överprövning yrkar Bravida i första hand att länsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från FCC Sprinkler & Service AB (FCC) förkastas och att Bravida tilldelas uppdraget. I andra hand yrkar Bravida att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Som grund för ansökan om överprövning anförs i huvudsak följande. Omfattningen av sprinklerentreprenaden har angivits i en rambeskrivning som har daterats den 1 december 2008. Den entreprenör som tilldelas uppdraget ska därvid utgå från dessa ramhandlingar vid utförande av sprinklerentreprenaden. Ramhandlingen har upprättats av Mats Ryström på Ryström & Ohlsson AB (ROAB). Genom sitt arbete med att ta fram ramhandlingen måste denne ha haft en omfattande kunskap om beställaren och den aktuella entreprenaden. Av tilldelningsbeslutet framgår att fyra anbud har inkommit i upphandlingen, däribland Bravidas. Vidare framgår att FCC har antagits för uppdraget. FCC:s anbud är undertecknat av Mats Ryström, alltså samma person som har upprättat ramhandlingen. Bolagen ROAB och FCC drivs och företräds av i huvudsak samma personer och har båda Mats Ryström som verkställande direktör. Att samma person upprättar ramhandlingarna som ligger till grund för upphandlingen och även tillåts att lämna anbud i densamma strider mot principerna om affärsmässighet och likabehandling och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Denna särbehandling innebär att konkurrensen snedvrids.

Genom sitt arbete med framtagande av ramhandlingarna har Mats Ryström fått kunskaper om entreprenaden som han har kunnat använda vid framtagandet av det anbud som FCC har lämnat. För att kunna ta fram ramhandlingar krävs en stor kunskap om beställaren och objektet och det är givet att Mats Ryström har haft en större kunskap om entreprenaden och beställaren genom sitt arbete med ramhandlingarna än vad övriga anbudsgivare har kunnat få genom att ta del av förfrågningsunderlaget. Sådana kunskaper blir särskilt viktiga för entreprenören som ska lämna anbud när det som här är fråga om en totalentreprenad. Det finns då inte exakt angivet vilket arbete som ska utföras och därmed även prissättas. I stället får entreprenörerna på egen hand, utifrån givna ramar, försöka förutse mer detaljerat vilka arbeten som kommer att krävas samt vilka särskilda svårigheter, problem, möjligheter osv. som kan uppkomma. Först efter en sådan bedömning kan prisuppgift lämnas. Mats Ryström har kunnat utnyttja de kunskaper som han har erhållit vid samarbetet med den upphandlande enheten och FCC har därmed fått konkurrensfördelar. Han kan även ha styrt innehållet i rambeskrivningen så att denna har anpassats efter hans produktion och tänkta utförande av entreprenadarbeten. En person som så aktivt har tagit del i det förberedande arbetet hos den upphandlande enheten måste generellt sett anses ha skaffat sig konkurrensfördelar för den händelse han senare deltar i anbudsgivningen.

Vid en korrekt genomförd upphandling skulle Mats Ryström och FCC inte ha tillåtits att lämna anbud, anbudet skulle i vart fall inte ha gått vidare till utvärdering eftersom man haft otillbörlig fördel jämfört med övriga anbudsgivare. I sådant fall skulle Bravida ha vunnit upphandlingen eftersom dess anbud var det mest fördelaktiga anbudet bland övriga anbudsgivare, vilket framgår av tilldelningsbeslutet. Bravida har som en direkt följd av kommunens åsidosättande av reglerna i LOU förlorat kontraktet och har därmed kommit att lida skada.

I det nu aktuella fallet har kommunen vid anbudsgenomgången eller annars under upphandlingen, såvitt känt, överhuvudtaget inte undersökt om Mats Ryströms erfarenheter kunnat leda till snedvridning av konkurrensen. Mats Ryström kan exempelvis ha haft fördel av den information som han har erhållit om upphandlingen när han har utfört det förberedande arbetet. Han kan också ha påverkat villkoren för upphandlingen på ett för honom gynnsamt sätt, även om han inte har haft en sådan uttalad avsikt.

Det saknas stöd för kommunens tolkning att den som har varit delaktig i det förberedande arbetet utan vidare ska ha rätt att lämna anbud och antas att utföra uppdraget. Andra leverantörer kan aldrig visa exakt vilken information eller andra fördelar som den medverkande konsulten kan ha erhållit eftersom de inte har varit delaktiga. Det måste därför åligga den upphandlande enheten, och i slutändan den enskilda konsulten, att visa att det i det enskilda fallet inte kan anses ha uppkommit någon konkurrensfördel genom samarbetet. Bravida saknar av naturliga skäl närmare kännedom om under vilka förhållanden kommunen har samarbetat med Mats Ryström inför upphandlingen. Det föreligger dock generellt en överhängande risk för att konkurrensen snedvrids i dylika situationer. I det nu aktuella fallet har varken kommunen eller Mats Ryström visat att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte har lett till en sådan snedvridning varför presumptionen för att snedvridning föreligger alltjämt gäller. Såsom tidigare har anförts blir denna presumption än starkare när det gäller totalentreprenad och upphandlingen därvid omfattar såväl projektering som utförande av entreprenaden.

Kommunen bestrider Bravidas ansökan om överprövning och yrkar att länsrätten ska avslå densamma. Kommunen har agerat helt i enlighet med LOU och dess bakomliggande gemenskapsrättsliga principer. En upphandlande myndighet får begära eller ta emot råd som kan användas för att upp-

rätta specifikationer för ett bestämt upphandlingsförfarande under förutsättning att dessa råd inte hindrar konkurrensen. I den nu aktuella situationen föreligger inga omständigheter som medför att den normala konkurrensen snedvrids. Det är fråga om en tämligen konventionell entreprenad inom sitt område och problem som brukar vara förknippade med dylika entreprenader rör allt som oftast omständigheter som inte låter sig förutses vid projekteringen osv.

Att Mats Ryström på ROAB har upprättat ramhandlingen för upphandlingen och FCC sedan har lämnat anbud i upphandlingen medför inte under någon omständighet att FCC:s anbud skulle ha förkastats. Samtliga handlingar som har funnits tillgängliga för samtliga anbudsgivare har varit utformade på ett sådant sätt att de har möjliggjort för anbudsgivarna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förfrågningsunderlaget samt de administrativa föreskrifterna har varit utformade och anpassade efter kommunens behov. Underlaget har varit utformat på ett neutralt och icke-diskriminerande sätt. Samtliga krav och specifikationer avseende uppdraget har noggrant redovisats. Även med beaktande av att Mats Ryström har upprättat en ramhandling kan underlaget inte anses vara utformat på ett sätt som har medfört ett otillbörligt gynnande av FCC. Grund för att diskvalificera FCC:s anbud har således inte förelegat. För det fall att FCC:s anbud hade förkastats, är det ett brott mot LOU då likabehandlingsprincipen samt proportionalitetsprincipen skulle ha trätts för när. Enligt LOU är det godtagbart att anta samma leverantör som exempelvis har hjälpt till vid utformningen av en uppdragsbeskrivning eller liknande, så länge det inte medför otillbörliga fördelar för leverantören. I förevarande situation har samtliga anbudssökanden tagit del av förfrågningsunderlaget samt administrativa föreskrifter som också innehöll all information som var av intresse i nu aktuell upphandling. Vad Bravida har anfört om att FCC har erhållit en otillbörlig fördel är felaktigt och saknar grund och det har inte heller visats

att så har varit fallet. Det är inte i strid med LOU att anta en leverantör som har haft del i projekteringen.

I övrigt gör kommunen gällande följande. Bravida synes ha anfört att kommunen överhuvudtaget inte har beaktat om omständigheter förelåg som skulle kunna medföra att upphandlingen skulle kunna komma i strid med LOU. Kommunen bestrider Bravidas påstående att nu aktuell omständighet inte har beaktats i upphandlingen. Kommunen bestrider vidare det Bravida synes ha anfört om att det föreligger en omvänd bevisbörda. Bravidas påstående att en sådan presumtion skulle vara än starkare när det är fråga om totalentreprenad är svårförståelig. I den mån det skulle vara fråga om någon presumtion överhuvudtaget är denna presumtion precis det motsatta, dvs. den torde föreligga vid en utförandeentreprenad och inte vid en totalentreprenad. Den centrala handlingen i en totalentreprenad är själva ramhandlingen som många gånger översiktligt beskriver objektet med angivandet av funktionskrav. Hur de angivna funktionskraven ska uppfyllas är helt upp till entreprenören i en totalentreprenad och objektets utformning, syfte med entreprenaden osv. torde vara sådant som helt bestäms av beställaren. Det torde således vara vid en utförandeentreprenad i vilken beställaren, tillsammans med sina konsulter, i detalj föreskriver hur entreprenaden ska utföras som eventuella fördelar kan erhållas. Bravida har mot denna bakgrund inte riskerat att lida skada och har inte heller lidit skada.

SKÄL

Aktuella bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. I andra stycket stadgas följande. Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. I tredje stycket stadgas följande. Vid tillämpningen av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar har gått från det att

1. den upphandlande enheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I kommunens ramhandling/förfrågningsunderlag den 1 december 2008 avseende Gottsunda centrum, Valthornet 34:2, Sprinkleranläggning anges bland annat följande. Ramhandlingen är upprättad av ROAB och undertecknad av Mats Ryström. I *54 Sprinklersystem, 54.1 Omfattning*, anges att omfattningen av den upphandlade entreprenaden är demontering av befintlig installation samt en komplett projekterad, levererad, installerad, drifttagen, provad samt injusterad sprinkleranläggning med tillhörande dokumentation enligt SBF 120:6.

I kommunens tilldelningsbeslut den 26 juni 2009 anges bland annat att det vid anbudstidens utgång hade inkommit fyra anbud samt att FCC såsom vinnande anbudsgivare, efter bedömning utifrån de tillämpliga kvalificeringskraven pris/anbudssumma (70 %), kompetens på organisation (20 %) och arvoden enligt ABT (10 %) samt övriga formella krav, tilldelas avtalet för upphandlingen.

Länsrättens bedömning

Inledningsvis konstaterar länsrätten att det inte ligger inom den prövning som ankommer på allmän förvaltningsdomstol att förordna vilket anbud som ska antas i en upphandling. Länsrättens prövning i målet inskränks således till de invändningar som Bravida riktar mot kommunens förfarande vid antagandet av FCC:s anbud.

Av utredningen i målet framgår att kommunen har anlitat bolaget ROAB för att upprätta ramhandlingen avseende den totalentreprenad som är föremålet för upphandlingen. Vidare framgår att FCC har tilldelats avtalet för totalentreprenaden, att Mats Ryström är verkställande direktör för såväl ROAB som FCC samt att densamme har undertecknat både den av ROAB upprättade ramhandlingen och FCC:s anbud.

En förutsättning för att länsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande enheten har brutit mot någon av bestämmelserna i LOU eller någon av de grundläggande principer som bär upp lagstiftningen. Bravida anför att kommunen har åsidosatt principerna om affärsmässighet samt likabehandling och därmed 1 kap. 9 § LOU genom att FCC, för vilket Mats Ryström är verkställande direktör, har tillåtits att lämna anbud i upphandlingen fastän Mats Ryström i egenskap av verkställande direktör för ROAB har upprättat den ramhandling som ligger till grund för upphandlingen, och att konkurrensen därigenom har snedvridits. Kommunen anför i huvudsak att sådana omständigheter som medför att den normala konkur-

rensen snedvrids inte föreligger. Fråga i målet är således om Mats Ryströms dubbla medverkan i upphandlingen står i strid med de grundläggande kraven på affärsmässighet och likabehandling i gemenskapsrätten och 1 kap. 9 § LOU.

LOU innehåller inga uttryckliga bestämmelser om jävssituationer. Kravet på affärsmässighet och förbudet att ta ovidkommande hänsyn inom ramen för ett upphandlingsförfarande i 1 kap. 9 § LOU anses dock täcka in sådana. Vidare är upphandlande myndigheter skyldiga att säkerställa att likabehandling sker beträffande samtliga anbudsgivare. Bestämmelserna i LOU är utformade i syfte att utveckla en effektiv konkurrens samt försvåra möjligheterna att i en upphandling gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Vidare anges i punkt 10 i förordet till EG-direktiv 97/52/EG att en upphandlande enhet får begära eller ta emot råd som kan användas för att upprätta specifikationer för ett bestämt upphandlingsförfarande under förutsättning att sådana råd inte hindrar konkurrensen.

EG-domstolen har i de förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom SA mot Belgiska staten* prövat bland annat frågan om förbud för en leverantör som har medverkat vid förberedelserna inför en upphandling att delta i upphandlingen såsom anbudsgivare. EG-domstolen konstaterade bland annat att en person som har deltagit i visst förberedande arbete inför en upphandling inte nödvändigtvis befinner sig i samma situation som en person som inte har utfört ett sådant arbete. Vidare konstaterades att en sådan person kan ha en fördel vid bland annat formuleringen av sitt anbud på grund av den information som personen kan ha erhållit om upphandlingen vid utförandet av det förberedande arbetet. Personen kan även befinna sig i en situation som kan leda till en intressekonflikt genom att påverka villkoren för upphandlingen på ett för denne gynnsamt sätt vid eget deltagande i upphandlingen, även om en avsikt att snedvrیدا konkurrensen inte finns.

EG-domstolen fann därmed att likabehandlingsprincipen inte kan innebära att det kan uppställas ett krav på att en sådan person ska behandlas på samma sätt som övriga anbudsgivare. Däremot ska den upphandlande enheten säkerställa att det finns ett förfarande inom ramen för vilket det i varje konkret fall kan prövas om en sådan person har givits en konkurrensfördel i förhållande till övriga anbudsgivare. Ett sådant förfarande har även till syfte att säkerställa att personen inte utesluts från ett upphandlingsförfarande trots att det inte i det enskilda fallet föreligger någon som helst risk för den fria konkurrensen mellan anbudsgivarna, något som i sig skulle utgöra ett hinder för den fria konkurrensen. Förfarandet ska vidare säkerställa att nämnda person ska ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte leder till en snedvridning av konkurrensen.

Länsrätten finner att avgörandet ger stöd för att en upphandlande enhet, så snart det med någon större grad av sannolikhet kan antas att en leverantör som har haft dubbel medverkan i upphandlingen har haft fördelar eller befinner sig i en intressekonflikt, har en skyldighet att tillse att det finns ett förfarande inom ramen för vilket det i varje konkret fall prövas om den personen har givits en konkurrensfördel i förhållande till övriga anbudsgivare. Ett sådant förfarande ska tillämpas oavsett om leverantören kan anses ha haft en avsikt att nyttja fördelen eller inte. Föreligger en misstanke om att en fördel har förelegat, och kan leverantören inte visa att hans tidigare medverkan inte har inneburit att han har fått en otillbörlig konkurrensfördel eller att det inte har uppstått en intressekonflikt som snedvrider konkurrensen i upphandlingen, står en uteslutning av den aktuella leverantören från deltagande i upphandlingen inte i strid med gemenskapsrätten.

Vidare har Kammarrätten i Jönköping, dom den 12 november 1995 i mål nr 3184-3186-1995, prövat frågan om en leverantörs dubbla engagemang kan stå i strid med de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

I målet hade leverantören deltagit vid framtagandet av anbudsunderlaget hos den upphandlande enheten samt varit uppdragstagare hos den vinnande anbudsgivaren. Kammarrätten konstaterade att presumtionen är stark för att konkurrensen blir snedvriden om en konsult som först arbetar med en kravspecifikation för den upphandlande enheten därefter får möjlighet att delge en av anbudsgivarna sina kunskaper om upphandlingen. Vidare konstaterades att detta får anses gälla oberoende av om konsulten vinnlägger sig om att uppträda objektivt i den nya funktionen eller inte.

Mot bakgrund av det anförda är det avgörande för den fråga som länsrätten har att pröva således om det med någon större grad av sannolikhet kan antas att FCC har haft fördelar i upphandlingen till följd av att Mats Ryström har haft en dubbel medverkan i upphandlingen.

Bravida har bland annat anført att Mats Ryström kan ha haft fördel av den information som han har erhållit om upphandlingen när han har utfört det förberedande arbetet samt att han kan ha påverkat villkoren för upphandlingen på ett för honom gynnsamt sätt, även om han inte haft en sådan uttalad avsikt. Vidare har Bravida anført att det inte har framkommit uppgift om att kommunen vid anbudsgenomgången eller annars under upphandlingen, har undersökt om Mats Ryströms erfarenheter har kunnat leda till en snedvridning av konkurrensen samt att varken kommunen eller Mats Ryström har visat att erfarenheterna från de förberedande aktiviteterna inte har lett till en snedvridning av konkurrensen. Kommunen har bland annat anført att förfrågningsunderlaget samt de administrativa föreskrifterna har varit utformade på ett neutralt och icke-diskriminerande sätt och varit anpassade efter kommunens behov samt att samtliga handlingar har funnits tillgängliga för samtliga anbudsgivare och har varit utformade på ett sådant sätt att de har möjliggjort för anbudsgivarna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Mot bakgrund av vad som har framkommit i målet om Mats Ryströms dubbla medverkan i upphandlingen gör länsrätten bedömningen att det föreligger en risk för att Mats Ryström har fått en fördel när det gäller att formulera FCC:s anbud gentemot andra anbudsgivare, på grund av den information som han kan ha erhållit när han upprättade ramhandlingen. Vidare konstaterar länsrätten att ROAB ska verka för att kommunen kan inköpa entreprenadtjänsterna till lägsta möjliga pris samtidigt som FCC är intresserad av ett så högt pris som möjligt för sina entreprenadtjänster. Länsrätten gör således bedömningen att det även föreligger en risk att Mats Ryström har befunnit sig i en situation som har kunnat leda till en intressekonflikt, genom att han kan ha påverkat villkoren för upphandlingen på ett för FCC gynnsamt sätt, även om han inte har haft en sådan avsikt.

Enbart det faktum att en fördel eller en intressekonflikt kan misstänkas föreligga utgör skäl för kommunen att söka undvika en sådan situation. Kommunen har en skyldighet att tillse att det finns ett förfarande inom ramen för vilket det prövas om det förhållandet att Mats Ryström har upprättat ramhandlingen innebär att han har givits en konkurrensfördel gentemot andra anbudsgivare, i syfte att vinnlägga sig om att erhålla en oberoende leverantör i upphandlingen. Det framgår inte av anbudsunderlag eller tilldelningsbeslut att så har skett. I målet har inte framkommit att så har skett på annat sätt. Kommunens underlåtenhet att tillse att en sådan prövning sker kan därför ha haft som följd att FCC har kunnat delta i upphandlingen, fastän ett sådant deltagande har inneburit att den fria konkurrensen mellan anbudsgivarna har begränsats och att principerna om affärsmässighet och likabehandling har åsidosatts.

Länsrätten har konstaterat att det föreligger risk att FCC har haft fördelar i upphandlingen till följd av Mats Ryströms dubbla medverkan i upphandlingen. Kommunen har varken under upphandlingsprocessen eller under processens gång i länsrätten visat att denna dubbla medverkan inte har in-

neburit att FCC har fått en otillbörlig konkurrensfördel eller att det inte har uppstått en intressekonflikt som snedvrider konkurrensen i upphandlingen. Bravida har yrkat i första hand att rättelse ska ske på så vis att FCC:s anbud ska förkastas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Vid valet av påföljd ska länsrätten inte förordna om mer ingripande åtgärder än vad som är nödvändigt. Mot denna bakgrund finner länsrätten lämpligt att förordna att utvärderingen ska göras om varvid kommunen ska säkerställa att snedvridning av konkurrensen inte sker. Därmed ska länsrätten bifalla ansökan om överprövning och förordna om att upphandlingen ska rättas på så vis att kommunen företar en ny utvärdering.

Länsrätten ska därmed upphäva sitt interimistiska beslut meddelat den 5 juli 2009.

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



Elisabet Andersson

rådman

JWO

