



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2014-04-01
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
28062-13

Sida 1 (10)

KLAGANDE

Abutilon AB, 556713-6444
Östanvägen 34
603 75 Norrköping

Ombud: Advokat Bo Linander
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

Armada Bostäder AB, 556120-8249
Box 505
184 25 Åkersberga

Ombud: Advokat Fredrik Mejhert och advokat Nicklas Björklund
Kilpatrick Townsend & Stockton
Advokat KB
114 84 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Abutilon AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2014-04-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 458529

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Armada Bostäder AB (Armada) ska utföra nybyggnation av vårdboenden och genomför en upphandling gällande totalentreprenad. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande i enlighet med lagen om offentlig upphandling, LOU.

Abutilon AB (Abutilon) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse görs på så sätt att anbud som lämnats av Flexator AB (Flexator) ska lämnas utan avseende.

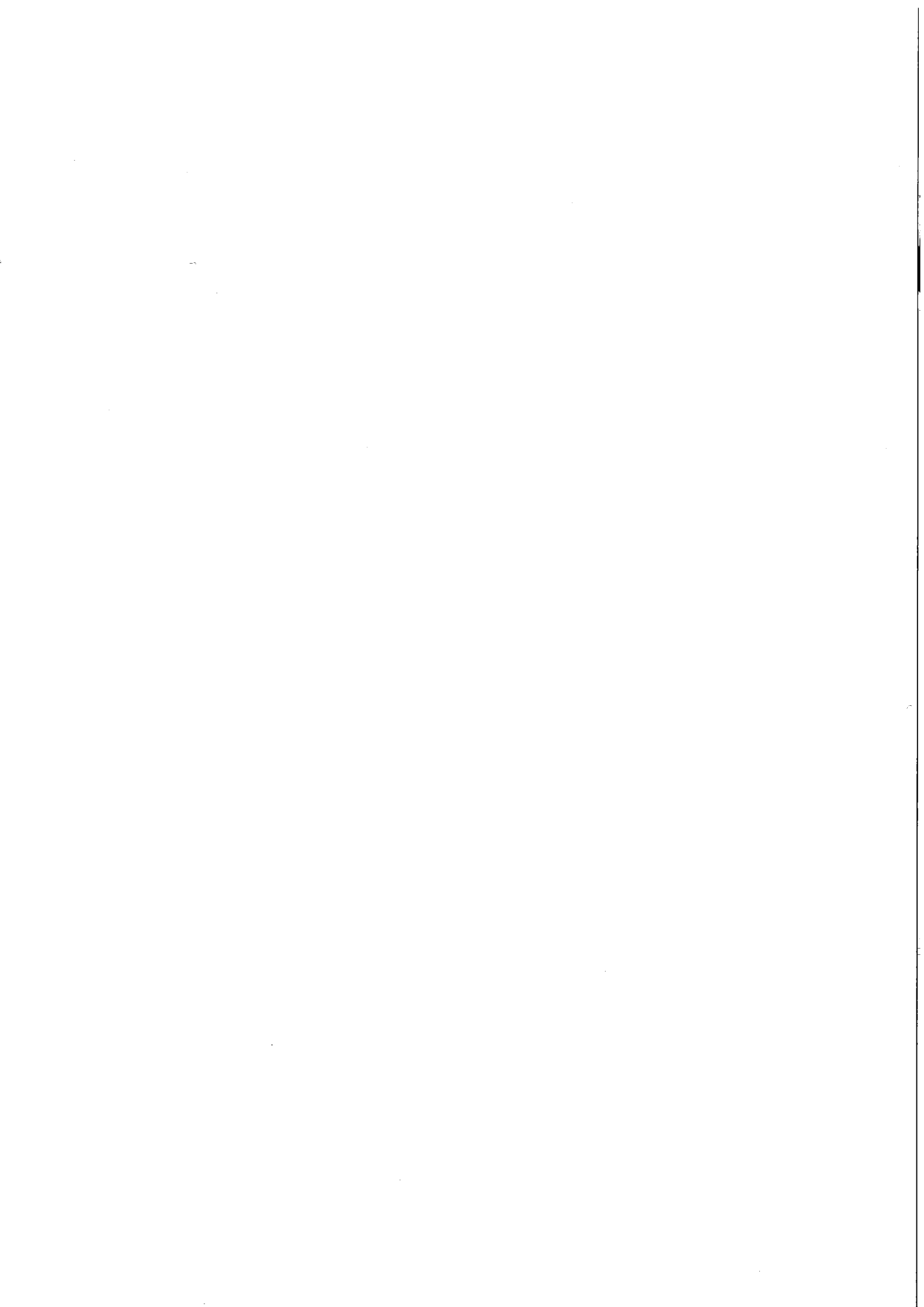
Armada bestrider Abutilons yrkande och anser att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan om överprövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Allmänna utgångspunkter

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

I LOU finns inga lagregler som reglerar jävssituationer. Konsulters medverkan i en senare upphandling får i stället bedömas utifrån de grundläggande EU-rättsliga principerna, främst likabehandlingsprincipen. Kammarrätten i Sundsvall har i mål 2458-11 uttalat att det inte finns något som hindrar att en kommun tar råd och hjälp av andra upphandlande myndigheter eller till och med presumtiva leverantörer vid upphandling av,



som i detta fall, specialiserade tjänster, såvida konkurrensen inte snedvrids och anbudsgivarna kan lämna anbud på lika villkor (jfr bl.a. EU-domstolens dom den 3 mars 2005 i målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom SA mot État belge punkt 29 och Henrik Leffler, Om bevisbörda och ”jäv” i upphandlingsmål, FT 2010 s. 124).

Av EU-domstolens praxis framgår också att ett företag inte kan förbjudas att delta i upphandlingen även om företaget utfört visst förberedande arbete (jfr Fabricom punkt 36). I stället kan andra leverantörer föra en process där det kan prövas om det förberedande arbetet har medfört konkurrensfördelar i förhållande till andra anbudsgivare (jfr Fabricom punkt 33-34). Ett konsultbolag som deltagit i upphandlingen måste enligt EU-domstolen ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att deltagandet i förberedelsen inte leder till en snedvridning av konkurrensen.

Bevisbördan

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 11 februari 2010 (mål nr 6986-09) ansett att bevisbördan går över till den upphandlande myndigheten att visa att principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU inte åsidosatts i en situation där omständigheterna är sådana att det finns en presumtion för att en anbudsgivare har fått en konkurrensfördel.

I detta mål har Flexator upprättat de tekniska beskrivningarna och den ritning som ingår i förfrågningsunderlaget. Underlagen får anses vara relativt omfattande och Flexator uppges inte ha fått någon ersättning för arbetet, vilket inger vissa betänkligheter. Det får således anses finnas en presumtion för att Flexator fått en konkurrensfördel. Förvaltningsrätten anser att bevisbördan därmed går över till Armada att visa att likabehandlingsprincipen inte har åsidosatts.

med Flexators färdiga standardprodukter. Flexator blandar vanligtvis inte olika storlekar på modulerna på så sätt som gäller i Armadas upphandling.

Det föreligger en otillbörlig fördel, endast om de underlag som ligger till grund för anbudsgivningen inte är utformade på ett neutralt och icke-diskriminerande sätt, t.ex. för att anbudsgivaren styrt innehållet i underlaget för att anpassa detta till dennes produktion. Flexator har inte formulerat några krav på det som skulle upphandlas utifrån egna preferenser eller upphandlingsföremålet till Flexators produkter och övriga förutsättningar på något sätt. Tvärtom är utformningen av byggnaderna, de tekniska kraven och materialvalen allmängiltiga och ger likvärdiga förutsättningar för samtliga anbudsgivare att lämna anbud.

Flexator deltog inte på något sätt i utformningen av anbudsföreskrifterna eller de generella krav som ställts på anbudsgivarna i det avseendet. Anbudstiden är av sedvanlig längd för denna typ av relativt okomplicerade upphandlingar. Denna omständighet samt det faktum att det under anbudstiden inte inkommit några frågor eller synpunkter på anbudstidens längd talar för att anbudstiden även i just detta fall har varit fullt tillräcklig för att samtliga anbudsgivare, som tog del av underlaget för första gången i samband med publicering, skulle kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud på lika villkor. Anbudspriserna är i stort sätt likvärdiga.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Förvaltningsrätten noterar att Flexator har utformat ritning VB-2463-010 och tekniska beskrivningar över bygg, typrum, el- och telesystem, VVS och ventilation. Handlingarna är en del av förfrågningsunderlaget.

Av handlingen "Nybyggnation av vårdboende Smedby 19:114, Beskrivning klagöranden" daterad den 25 september 2013 framgår bl.a. följande. Bifogad ritning är endast vägledande. Funktioner som finns med

på denna ska dock vara med/ingå i anbud. Bifogade beskrivningar är endast vägledning och får ses som minimikrav som ställs på anbud.

På det hela taget anser förvaltningsrätten att de tekniska beskrivningarna är allmänt hållna och främst hänvisar till olika myndighetskrav. Men det finns också mer detaljerade specifikationer. Eftersom det är Flexator som upprättat beskrivningarna kan det inte uteslutas att uppgifter i de tekniska beskrivningarna till viss del kan ha anpassats till Flexators produktion, t.ex. avseende golvsvikt. Armada har emellertid angett i förfrågningsunderlaget att de tekniska beskrivningarna och ritningen ska vara vägledande och utgöra ett minimikrav. Det får därmed anses stå en leverantör fritt att anpassa byggnaden efter sina egna produktionsmetoder och att lämna anbud därefter. Det har inte framkommit att de angivna minimivåerna i sig skulle ha inneburit en konkurrensfördel för Flexator. Förvaltningsrätten noterar även att Flexator inte lämnade det lägsta anbudet på själva totalentreprenaden. Förvaltningsrätten anser inte att kraven i de tekniska beskrivningarna skulle ha givit Flexator en otillbörlig konkurrensfördel jämfört med övriga anbudsgivare.

Materialval

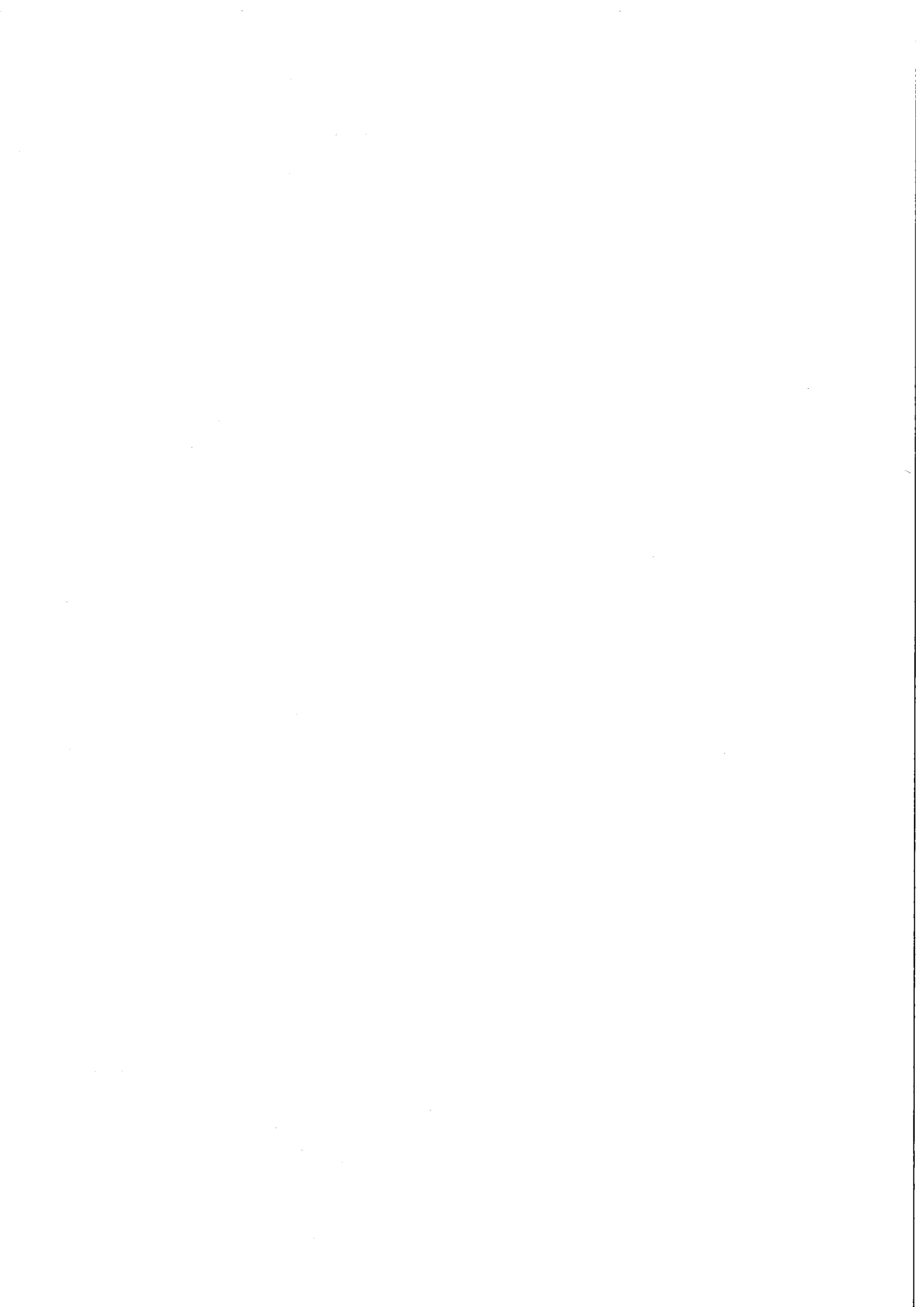
Abutilon har anfört bl.a. följande. Det kan antas att Flexator får en fördel genom att bolaget kan använda sådana leverantörer som bolaget sannolikt har ett upparbetat samarbete med. Det faktum att det är möjligt för andra leverantörer att erbjuda "likvärdiga" material och varor undanröjer inte denna fördel. Detta dels eftersom det kan vara svårt att hitta exakt "likvärdiga" material och varor och dels för att det inte är säkert att andra leverantörer har samma fördelaktiga villkor för eventuella likvärdiga material och varor som det kan antas att Flexator har för sådant som bolaget egenhändigt har kunnat välja.

Armada har anfört bl.a. följande. Det finns en möjlighet för anbudsgivarna att utforma egna ritningar och offerera andra lösningar än den som presenteras i förfrågningsunderlaget. Ritningarna och beskrivningarna är endast en vägledning för anbudslämnandet. Även andra ritningar kan därför accepteras om de uppfyller funktionskraven i övrigt. Materialen i byggnaden är standardmässiga och på inget sätt exklusiva för Flexator. Alla leverantörer har kunnat utnyttja sina förmånligaste inköpskanaler för att beställa material till lägsta kostnad.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Armada har angett att beskrivningarna är vägledande och utgör ett minimikrav. Det har inte framkommit att det skulle ha uppställts krav på att några speciella material måste användas som endast Flexator skulle ha tillgång till. Samtliga leverantörer får anses ha möjlighet att välja likvärdiga material. Förvaltningsrätten anser att Flexator inte har fått en fördel jämfört med övriga anbudsgivare vad gäller valet av material i förfrågningsunderlaget.

Prissättning av ÅTA-arbeten

Abutilon har anfört bl.a. följande. I anbudsformuläret skulle anbudsgivarna ange en anbudssumma avseende uppförande av den aktuella byggnaden. Vidare skulle anbudsgivarna ange timpriser för yrkesarbetare och projektörer som skulle tillämpas vid utförande av s.k. ÅTA-arbeten, dvs. ändrings- och tilläggsarbeten *utöver* kontraktsåtagandet. Flexator har angivit timpriser om noll (0) kr för alla projekteringsarbeten förutom landskapsarkitekt. Övriga anbudsgivares timpris för dessa tjänster ligger mellan 600 – 900 kr/timme. Eftersom Flexators projektering har utförts i samråd med beställaren Armada kan Flexator utgå ifrån att Armada med sannolikhet inte kommer att vilja göra några förändringar i detta utförande under entreprenadtiden. Eftersom det därmed inte kommer att behöva göras några omprojekteringar under entreprenadtiden är det riskfritt för Flexator att ange timpriser om noll (0) kr för projektering. Andra

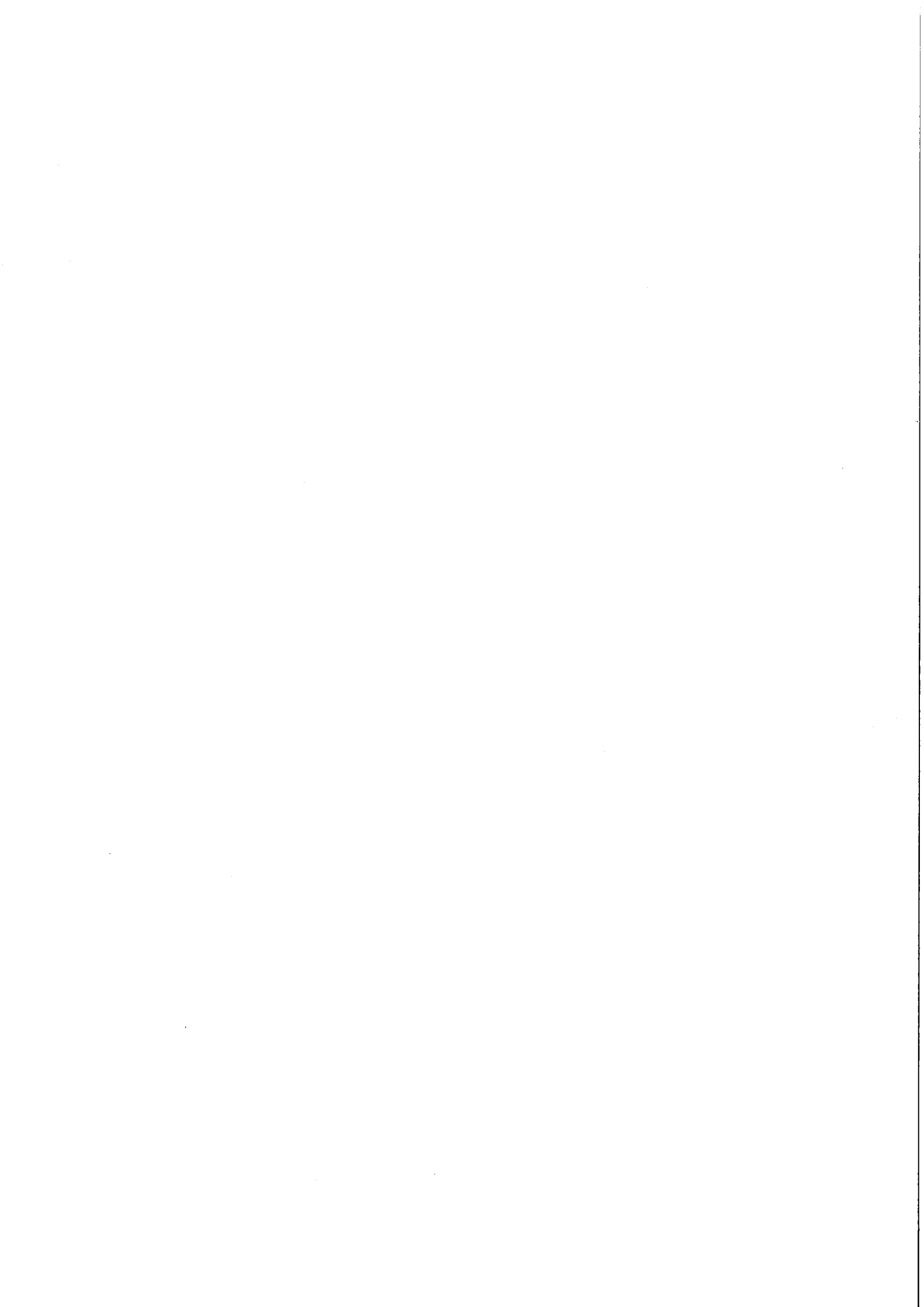


entreprenörer, som väljer att utforma byggnaden efter sina egna produktionsmetoder och standardlösningar, kan förstås inte vara lika säkra på att Armada inte kommer att ha synpunkter på det projekterade utförandet. Övriga anbudslämnare har inte fått ta del av kravspecifikationen eller de av Armadas övriga krav, önskemål och synpunkter som har framförts vid de muntliga kontakterna mellan Armada och Flexator. För flera av yrkeskategorierna anger Flexator timpriser som får anses onormalt låga.

Armada anför bl.a. följande. Att Abutilon har offererat ett lägre pris än Flexator för själva byggnaden är en omständighet som tydligt talar för att Flexator inte har haft sådana fördelar som Abutilon gör gällande. En omprojektering kan alltid ske på beställarens initiativ. Detta kan Flexator omöjliggen förutse. Det är endast i projekteringsdelen som Flexator tagit en risk genom att lämna priset 0 kr och inte i själva utförandedelen, vilket är den klart mest kostnadsdrivande delen vid ÄTA-arbeten. Någon omfattande risk är det alltså inte fråga om. Det stämmer inte att Flexators priser för arbetare skulle vara onormalt låga. Flexators priser är i linje med branschen i övrigt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I punkt AFB.52 i de administrativa föreskrifterna anges att priset beräknas som summan av anbudssumman inklusive offererade timkostnader för eventuella tilläggsarbeten applicerade på en timbudget och att angivna projektörer i anbudsformulär utvärderas med 50 timmar vardera.

Förvaltningsrätten anser att om Flexator hade fått ett konsultarvode för att framställa handlingar till förfrågningsunderlaget och därefter offererat priser om noll (0) kr för projektering, skulle detta kunnat ha inneburit en snedvridning av konkurrensen och ett överträdande av likabehandlingsprincipen. I detta fall har emellertid Flexator bistått Armada med



framtagandet av handlingarna utan att ta betalt för detta. Att Flexator därefter valt att lämna priser på noll (0) kr för vissa arbeten får därmed anses vara en affärsmässig risk som Flexator valt att ta. Flexators tidigare kontakter med Armada kan inte anses medföra att Flexator på förhand kan veta i vilken utsträckning det kan bli aktuellt med tilläggsarbeten vid projekteringen.

I 12 kap. 3 § första stycket LOU anges att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Någon skyldighet att förkasta ett sådant anbud föreligger emellertid inte. Vad Abutilon anfört om att Flexator lämnat onormalt låga priser för vissa yrkeskategorier kan således inte föranleda något ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

Anbudsöppningen

Abutilon anför bl.a. följande. Det saknas text på sidan 2 i Flexators anbudsformulär jämfört med övriga leverantörers anbudsformulär. Den aktuella sidan har endast signerats av en person vid anbudsöppningen. Övriga sidor har signerats av två personer. Att alla omständigheter ska sammanträffa framstår som så osannolikt att bolaget måste ifrågasätta om Flexator har fått möjlighet att ändra sitt anbud i efterhand.

Armada anför bl.a. följande. Av misstag har Barbro Änges inte kommit att signera en av sidorna. Det bestrids att detta skulle vara ett tecken på att det förekommit någon form av komplettering eller liknande efter anbudstidens utgång. Anbudsformuläret var i Word-format och möjligtvis kan det vara så att det stycke som saknas fallit bort i och med att Flexator fyllde i formuläret digitalt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Det saknas anledning att ifrågasätta vad Armada har uppgett om att det inte skett någon komplettering av Flexators anbud i efterhand. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Slutsats

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att Armada har således visat att Flexators medverkan i det förberedande arbetet inte har snedvridit konkurrensen eller på annat sätt inneburit en överträdelse av lika-behandlingsprincipen eller någon annan av de andra principerna i LOU. Det som bolaget har anfört utgör inte skäl för ingripande enligt LOU.

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

Kajja Hultquist

Kajja Hultquist

Rådman

Stéphanie Forsmark 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.

