



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2019-11-19

Meddelad i Stockholm

Mål nr

16319-19

SÖKANDE

Implenia Sverige AB, 556382-5750

Otterhällegatan 1

411 18 Göteborg

Ombud: Fredrik Björckebaum

MOTPART

Stockholms Stad, Exploateringsnämnden

Box 8311

104 20 Stockholm

Ombud: Stadsadvokat Klas Stålnacke
c/o Stockholms stad Juridiska avdelningen

Allmänjuridiska enheten

105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
20191119	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1147234

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd32.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Stockholms stad (Staden) genomför upphandlingen Landanslutning Lilla Lidingöbron Norra Djurgårdsstaden (NDS E379). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Implenia Sverige AB (Implenia) har lämnat ett anbud i upphandlingen. I tilldelningsbeslut den 2 juli 2019 beslutade Staden att anta anbud från ett annat bolag, Peab Anläggning AB (Peab).

YRKANDEN M.M.

Implenia ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Peabs anbud förkastas.

Implenia anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Peabs anbud uppfyller inte de obligatoriska kraven. Peab har skickat in sitt anbud på anbudsformuläret som är daterat den 15 maj 2019, alltså anbudsformuläret som fanns publicerat innan ett nytt anbudsformulär med nytt innehåll publicerades den 10 juni 2019. Av Peabs anbudsformulär framgår endast fast pris för entreprenaden. I upphandlingsföreskrifterna framgår att ett anbud ska vara avfattat på anbudsformuläret och att det ska innehålla samtliga i anbudsformuläret begärda uppgifter. Peab har underlåtit att fylla i kolumnerna B och C samt anbudssumma i sitt anbud. Det är därför klart att Peab inte har följt de obligatoriska krav som har ställts på anbudets form. Att Peab angett priserna för optionerna i en annan handling saknar betydelse. Staden har vidare gjort en summering av kostnader som enligt upphandlingsdokumenten ska göras av anbudsgivaren. Stadens agerande lämnar stort utrymme för missförstånd eftersom Staden inte kan vara säker på att den utvärderar rätt belopp. Staden har mot denna bakgrund i strid med likabehandlingsprincipen godtagit Peabs anbud för slutlig anbudsvärdering trots att det inte var komplett.

Peabs anbud uppfyller inte heller kravet på likvärdiga referensobjekt. Av upphandlingsföreskrifterna UFB 523 framgår att anbudsgivaren eller person i ledande ställning hos anbudsgivaren ska ha genomfört minst tre likvärdiga referensprojekt under de senaste fem åren. Inget av de tre referensprojekt som Peab angett är likvärdiga. Inget av dem avser landanslutningar till broar och det framgår inte heller att de omfattar utförande av påldäck eller omfattande samordning med andra aktörer. Att utföra broarbeten på land kan inte anses som tekniskt likartat som att utföra en bro med tillhörande konstruktioner i en vattenmiljö. Mot denna bakgrund har Staden i strid med likabehandlingsprincipen låtit Peabs anbud gå vidare till slutlig utvärdering. Eftersom anbudet inte uppfyller de obligatoriska krav som har ställts på referensprojekten borde anbudet även på denna grund ha förkastats av Staden.

Peabs anbudspris är vidare onormalt lågt. Peabs anbud innehåller ett fast pris för den upphandlade entreprenaden om 33,5 miljoner kr, vilket understiger kostnaden för att faktiskt genomföra entreprenaden oavsett vilka kostnadseffektiva metoder, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden som står Peab tillhanda. Staden borde därför ha begärt att Peab skulle lämna en förklaring på sitt onormalt låga anbud och förkastat anbudet vid det fall ett sådant svar inte inkom. Genom att underlåta detta har Staden förfarit i strid med likabehandlingsprincipen.

Implenia har lidit skada. Om Staden hade följt upphandlingslagstiftningen skulle Peabs anbud ha förkastats. Eftersom Implenia lämnade det enda andra anbudet hade Implenia då tilldelats kontrakt. Mot denna bakgrund har Stadens agerande medfört skada för Implenia.

Staden bestrider bifall till Implenias ansökan om och anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Staden har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen.

Sökanden kan inte heller komma att lida någon skada med anledning av hur Staden genomfört upphandlingen. Att inte anta sökanden som leverantör har varit korrekt. Staden bestrider att Peabs anbud varit behäftat med påstådda brister.

Avseende priset för optionerna anför staden bl.a. följande. Staden publicerade den 18 juni 2019 ett kompletterande upphandlingsdokument daterat den 10 juni 2019, KFU 1. I detta angavs att anbudsgivarna förutom ett fast pris för entreprenaden avseende brofästen även skulle ange priser för två optioner rörande dels gång- och cykelväg och dels spårdragningar. Utvärderingsmodellen ändrades också på så vis att utvärderingen skulle beakta halva summan av de tillkommande optionerna i stället för bara det fasta priset för entreprenaden. Med KFU 1 följde därför ett uppdaterat anbudsformulär där det gick att skriva in priserna för optionerna. Vidare följde det med en Excel-fil, handling 10.02, där anbudsgivarna skulle ange priser för olika delar av optionerna och där totalsumman för respektive option automatiskt sammanställdes under raderna "Delsumma". Peab har fyllt i och gett in denna handling tillsammans med sitt anbud. Av handlingen framgår tydligt vad Peabs pris är för de båda optionerna. Staden har inte behövt göra någon egen uträkning eller tolkat någon information i Peabs anbud, utan priserna har funnits angivna klart och tydligt. Att Peab därutöver inte fyllt i priserna även i anbudsformuläret, handling 00.03, vitsordas. Eftersom priserna för optionerna otvetydigt funnits angivna på annat ställe i Peabs anbud har denna brist emellertid inte medfört att anbudet skulle ha förkastats av Staden. Tvärtom hade ett sådant förkastande varit klart oproportionerligt då priserna har angetts i anbudet.

Avseende referensprojekten anför Staden bl.a. följande. Av upphandlingsföreskrifterna framgår att kraven på referensprojekten inte har varit särskilt högt ställda. Anbudsgivarna har således inte behövt redovisa referensprojekt med samma tekniska karaktär, det vill säga byggande av en landanslutning

till en bro över vatten eller ett påldäck, utan det har alltså räckt med att referensprojekten haft likartad teknisk karaktär. Peabs referensprojekt uppfyller alla detta kriterium då de består i anläggande av avancerade brokonstruktioner samt i en förstärkning/nyanläggning av kaj med arbeten även i vattenmiljö. Vidare har alla referensprojekt inneburit omfattande samordning med andra aktörer.

Avseende Peabs anbudspris anför Staden bl.a. följande. Staden beslutade den 9 november 2017 att godkänna avtal med Lidingö stad angående uppförande av Lilla Lidingöbron. I samma beslut fastslogs att Stadens investeringsutgifter fick uppgå till 40 miljoner kr. Staden har således ett genomförandebeslut som innebär att nu aktuell entreprenad plus vissa andra kostnader maximalt får kosta 40 miljoner kr. Inför detta genomförandebeslut gjordes en gedigen analys inom Staden där man bl.a. tittade på vad det kostat att anlägga den nya piren i Värtahamnen där ett liknande påldäck anlagts i närtid. Enligt Stadens kalkyler förväntades kostnaden för entreprenaden bli 27 miljoner kr. Maximalt bedömdes kostnaden kunna uppgå till 42 miljoner kr och minsta möjliga kostnad bedömdes till 17 miljoner kr. Staden har således gjort omfattande ansträngningar för att bedöma kostnaden för entreprenaden och inget i dessa bedömningar har antytt att Peabs pris om 33,5 miljoner kr skulle utgöra ett onormalt lågt bud. Snarare synes Implenias pris som synnerligen högt för upphandlad entreprenad. Det har därmed saknats anledning för Staden att begära en förklaring kring priset från Peab.

Avseende Implenias eventuella skada anför Staden bl.a. följande. Som framgått ovan har Staden ett genomförandebeslut som innebär att kostnaden för aktuell entreprenad och vissa andra kostnader maximalt får uppgå till 40 miljoner kr. Staden har även bedömt att entreprenaden inte bör kosta mer än så. Sökandens anbud uppgår till ca 86,5 miljoner kr och överstiger således Stadens budget samt fattat genomförandebeslut. Staden har därför inte möjlighet att skriva avtal som innebär en entreprenadkostnad i denna stor-

lek. Det innebär att oavsett om rätten skulle finna att Peabs anbud av någon anledning skulle ha förkastats kommer något avtal inte skrivas med Implenia utan upphandlingen kommer då behöva brytas. Skaderekvisitet enligt 20 kap. 6 § LOU är således inte uppfyllt oavsett om någon brist skulle konstateras i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. En upphandling ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten, efter ansökan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, pröva om den upphandlande myndigheten brutit mot någon av bestämmelserna i lagen och besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan en rättelse gjorts.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågorna som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Staden, mot bakgrund av vad Implenia har anfört, har handlat i strid med LOU och om

detta i sådant fall har medfört att Implenia har lidit eller kan komma att lida skada.

Kravet att anbudet ska vara avfattat på anbudsformuläret

I upphandlingsföreskrifterna anges under rubriken UFB 31 "Anbuds form och innehåll" bl.a. att anbud ska vara avfattat på anbudsformulär, handling 00.03, och att alla däri begärda uppgifter, ska redovisas.

I upphandlingsföreskrifterna under rubriken UFB 531 "Anbudspris" framgår att pris anges i anbudsformulär handling 00.03.

Av utredningen i målet framgår att Staden publicerade upphandlingsföreskrifter och ett anbudsformulär den 15 maj 2019 där sökanden skulle fylla i ett fast pris för entreprenaden, handling 00.03. Staden publicerade den 18 juni 2019 en reviderad version av handling 00.03 daterad den 10 juni 2019. Av kompletteringarna framgick att anbudsgivarna förutom ett fast pris för entreprenaden avseende brofästen även skulle ange priser för två optioner rörande dels gång- och cykelväg och dels spårdragningar.

Det är ostridigt i målet att Peab inte angett priserna för optionerna eller det totala hopräknande priset för entreprenaden i anbudsformuläret handling 00.03. Peab har i stället angett priserna för de två optionerna i den till anbudet bifogade handlingen 10.2. Den fråga förvaltningsrätten har att pröva i denna del är om omständigheten att Peab inte har uppfyllt det obligatoriska kravet att redovisa de aktuella uppgifterna i anbudsformulär 00.03, utan i stället gjort det i en bifogad handling, innebär att Peabs anbud ska uteslutas ur upphandlingen.

Av förarbetena till LOU framgår att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som

eftersträvas och att kraven inte får vara onödiga eller oproportionerliga (prop. 2009/10:180 s. 91).

Av Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) dom i mål HFD 2016 ref. 37 I framgår emellertid att utrymmet för att anta ett anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav i upphandlingsdokumenten med hänvisning till proportionalitetsprincipen är mycket snävt. HFD uttalade att när en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas med i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå från att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna anbud. Omständigheterna i målet var i korthet följande. Den upphandlande myndigheten hade förkastat ett anbud då det inte uppfyllde det obligatoriska kravet att ange andelen enkelomättat fett i näringsberäkningarna i en matsedel. Leverantören i fråga ansökte om överprövning och anförde bl.a. att andelen enkelomättat fett framgick av näringsberäkningarna eftersom det enkelomättade fett var det som återstod när fleromättat och mättat fett dragit av från den totala mängden fett. HFD kom till slutsatsen att den brist som sökandes anbud innehöll var sådan att myndigheten inte hade kunnat godta anbudet utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen.

Implenia har åberopat det aktuella HFD-avgörandet till stöd för sin talan. Förvaltningsrätten anser emellertid att omständigheterna i målet som nu ska prövas skiljer sig från HFD-avgörandet på ett par punkter och att det därför finns skäl att komma till en annan slutsats. Till skillnad från vad som var fallet i HFD 2016 ref. 37 I saknas inte den efterfrågade uppgiften helt och hållet utan den finns i anbudet, men på en annan plats. I HFD-avgörandet hade syftet med kravet uppgetts vara att göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att bedöma hur väl den offererade kosten uppfyllde vissa näringskrav. HFD kom till slutsatsen att kravet hade en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet. Kravet att ange priser på optioner i ett

anbudsformulär i stället för i en bifogad bilaga kan enligt förvaltningsrättens mening inte ha samma tydliga och adekvata koppling till det aktuella upphandlingsföremålet. Vidare skiljer sig den uträkning som behövde göras av den upphandlande myndigheten mellan HFD-avgörandet och det nu aktuella fallet. I det nu aktuella fallet handlar det om en enkel och tydligt utformad matematisk formel. I HFD-avgörandet krävdes vetskap om att man får fram andelen av en viss typ av fett genom att dra av två andra typer av fett från det totala innehållet för att kunna få fram den efterfrågade uppgiften. Detta kan enligt förvaltningsrätten mening inte anses vara allmänt vedertagen kunskap.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i målet gör förvaltningsrätten bedömningen att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta Peabs anbud enbart till följd av att handling 00.03 inte innehåller samtliga efterfrågade uppgifter då de uppgifter som ska lämnas i anbudsformuläret har lämnats av Peab i en tydligt utmärkt anbudsbilaga. Förvaltningsrätten anser vidare att det även skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet för att Peab inte räknat ihop de tre olika prisposterna. Förvaltningsrätten anser således att den brist som Peabs anbud innehöll inte var sådan att Staden handlade i strid med likabehandlingsprincipen genom att anta det.

Referensprojekten

Av upphandlingsföreskrifterna framgår att den aktuella upphandlingen Ländanslutning Lilla Lidingöbron Norra Djurgårdsstaden avser uppförande av grundläggning, pådäck inklusive murar och räcken samt erosionskydd i slänt.

I upphandlingsföreskrifterna under rubriken UFB 523 "Anbudsgivarens erfarenhet" anges bl.a. att anbudsgivaren, eller person i ledande ställning

hos anbudsgivaren, ska ha genomfört minst tre (3) likvärdiga referensprojekt under de senaste fem (5) åren. Med likvärdiga referensprojekt avses projekt av likartad teknisk karaktär och med krav på omfattande samordning med andra aktörer.

Implenia har anfört att inte något av någon av de tre referensprojekt som Peab har lämnat är av tekniskt likartad karaktär som det projekt som upphandlas, eftersom ingen av de tre lämnade referensprojekten avser landanslutningar till broar, utförande av pådäck eller omfattande samordning med andra aktörer.

Peab har angett Vägbro Arenastaden, Skeppsholmens kajer och Brobreddning i Ritorp som referensprojekt och beskrivit dessa projekt. Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsdokumentet saknas specifika krav på att referensprojekten ska avse exempelvis landanslutningar till broar eller utförande av pådäck för att vara av teknisk likartad karaktär. Förvaltningsrätten anser inte att det framkommit att referensprojekten inte skulle vara av tekniskt likartad karaktär som det som upphandlas. Implenia har därmed inte förmått göra sannolikt att de aktuella referensuppdragen inte varit likvärdiga. Något skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund finns därför inte.

Onormalt lågt anbudspris

Av 16 kap. 7 § LOU framgår bl.a. att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden och att myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Det framgår även att en upphandlande myndighet också ska förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i det bakomliggande EU-direktivet. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (jfr HFD 2016 ref. 3 samt prop. 2015/16:195 s. 1114 ff.). Ett anbud med mycket lågt pris eller avvikande lågt pris är inte detsamma som ett onormalt lågt pris i LOU:s mening. Det krävs dessutom att anbudspriset som sådant är så lågt att det inte kan betraktas som seriöst menat. Det är tillåtet för anbudsgivare att pressa sina vinstmarginaler, eller till och med gå med förlust, som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsandelar (jfr HFD 2016 ref. 3 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 6 juli 2016 i mål nr 704-15).

Implenia har anfört att Peabs anbud vida understiger kostnaden för att faktiskt genomföra entreprenaden. Implenia har emellertid inte presenterat något stöd för att så skulle vara fallet. Enbart den stora skillnaden i pris mellan anbuderna innebär inte att Peabs anbud ska betraktas som onormalt lågt. Vidare ligger Peabs anbud i linje med Stadens egna beräkningar av kostnaderna. Staden har således inte haft en skyldighet att begära en förklaring av Peabs anbud. Det saknas därmed förutsättningar för ett ingripande enligt LOU på denna grund.

Ansökan om överprövning ska avslås

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten, mot bakgrund av det som angivits ovan, att Implenias ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Rosemarie Jansson Håvik

Rådman

Maria Brodin har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.