



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Antonia Eriksson

DOM
 2017-08-24
 Meddelad i Falun

Mål nr
 2554-17

KONKURRENSVERKET	
2017-08-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Sweden Hydro Sport AB, 556314-6579
 Box 873
 801 31 Gävle

Ombud: advokaten Peter Savin och jur. kand. Malin Kulander
 Advokatfirman Glimstedt Kalmar HB
 Skeppsbrogatan 49
 392 31 Kalmar

MOTPARTER

1. Sandvikenhus AB, 556476-9866
 Box 3045
 811 03 Sandviken

2. Ö. Vattenkvalité AB, 556501-7745
 Fiskhamngatan 10
 414 58 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 200531

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 S-791 21 Falun	Kullen 4	023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se	023-383 00 80	måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sandvikenhus AB genomför en upphandling av rutschkanor till Parkbadet. Detta sker genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Anbudsinbjudan har skickats till bl.a. Sweden Hydro Sport AB och Ö. Vattenkvalité AB den 8 maj 2017 och anbudet skulle vara Sandvikenhus AB tillhanda senast den 22 maj 2017. Upphandlingsförhandlingarna mellan Sandvikenhus och respektive leverantör hölls den 29 maj 2017. Tilldelningsbeslut fattades den 30 maj 2017 varvid Ö. Vattenkvalité AB tilldelades kontraktet.

Sweden Hydro ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse innebärande att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Ö. Vattenkvalité utesluts alternativt diskvalificeras från deltagande i upphandlingen. I andra hand yrkar Hydro Sport att upphandlingen ska göras om.

Sandvikenhus och Ö. Vattenkvalité motsätter sig bifall till yrkandena.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Hydro Sport har anfört är visat att Sandvikenhus har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och att detta har lett till att Hydro Sport har eller kan komma att lida skada (20 kap 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Vad parterna anför

Hydro Sport har anförts i huvudsak följande. Efter att anbudsinvbjudan skickades till berörda hade de enbart 14 dagar på sig att förbereda och inkomma med anbud. Med hänsyn till upphandlingsföremålets komplexitet och omfattning, som innebar att leverantörerna skulle inkomma med ritningar och ett omfattande underlag som behövde anpassas för upphandlingsföremålet, är denna tid under alla omständigheter alltför snäv och i strid med proportionalitetsprincipen. Det finns också anledning att anta att Ö. Vattenkvalités anbud redan var förberett när anbudsfrågan skickades.

Vidare har konkurrensen i upphandlingen snedvridits eftersom en av företrädarna för Ö. Vattenkvalité deltagit som konsult i såväl utformningen av anbudsunderlaget som vid förhandling om innehållet i inkomna anbud. De administrativa föreskrifterna projekterades av Projekt Planet AB, representat av konsulten, samt att projekterande arkitektkontor varit PP Arkitekter AB. Konsulten är styrelseledamot i båda företagen samt i Ö. Vattenkvalité. Konsulten har således varit projektledare för upphandlingen under anbudstiden, vilket även har innefattat ett ansvar för förhandlingarna vid de sammanträden som ägde rum den 29 maj 2017. Att Sandvikenhus tillät att en företrädare för en av anbudsgivarna förhandlade om innehållet i såväl sitt eget som en konkurrents anbud är anmärkningsvärt och ger uppenbara konkurrensfördelar för Ö. Vattenkvalité. Det kan även noteras att Hydro Sport inbjöds till anbudsfröhandlingen kl. 09.00 den dagen, sannolikt före Ö. Vattenkvalité, vilket innebär att det fanns goda möjligheter att anpassa Ö. Vattenkvalités anbud utifrån det som framkommit vid förhandlingarna med Hydro Sport. Den anbudssumma som Ö. Vattenkvalité offererade i bolagets ursprungliga anbud var 11 317 700 kr, vilket motsvarar 43 664 kr per meter. Efter förhandlingen sänktes anbudssumman till 10 363 638 kr, vilket motsvarar 39 983 kr per meter. Genom konsultens medverkan i upphandlingens senare skeden och hans kännedom om det av Hydro Sport lämnade anbuds-

priset har Ö. Vattenkvalités anbudssumma kunnat anpassas till den av Hydro Sport offererade anbudssumman. Ö. Vattenkvalités offererade anbudssumma efter förhandlingen är endast 584 kr per meter lägre än den anbudssumma som Hydro Sport offererade. Konsulten har genom sin medverkan i utformningen av upphandlingsdokumentet även haft kännedom om upphandlingsunderlaget långt tidigare än andra leverantörer. På grund av detta informationsövertag har Ö. Vattenkvalité haft betydligt bättre möjligheter och längre tid till att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Att en person med uppenbara intressen i ett av de bolag som lämnar anbud i upphandlingen får agera projektledare för upphandlingen under anbudstiden och dessutom leda förhandlingar om innehållet i lämnade anbud medför en snedvridning av konkurrensen.

Som ett utflöde av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet är skyldig att kontrollera om det finns eventuella intressekonflikter och vidta lämpliga åtgärder för att förhindra och upptäcka dessa. Oaktat om Sandvikenhus omfattas av några formella jävsbestämmelser finns ett ansvar att kontrollera om det föreligger en intressekonflikt. En intressekonflikt innebär enligt upphandlingsdirektivet att det föreligger ett direkt eller indirekt finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan äventyra synen av opartiskhet eller avhängighet. Genom konsultens engagemang i Ö. Vattenkvalité föreligger ett sådant intresse, oaktat om han har ett operativt ansvar eller inte i Ö. Vattenkvalité. Förhållandet att det föreligger jäv eller intressekonflikt i sig innebär inte att det förekommit något brott mot tystnadsplikten. Den snedvridna konkurrensen kan inte avhjälpas på annat sätt än genom uteslutning av Ö. Vattenkvalité.

Sandvikenhus har i huvudsak anfört följande. Tidsfristen att inkomma med anbud var 15 dagar. Under upphandlingen var det ingen som ställde frågor om anbudstiden eller framförde synpunkter på att anbudstiden skulle vara

för kort på grund av upphandlingsföremålets komplexitet. Upphandlingen kan inte anses vara tekniskt komplicerad för leverantörerna då den enbart avser leverans av två rutschkanor från en punkt på våning två till en punkt på badhusets första våning. Sammantaget var det två olika leverantörer som kom in med anbud. Leverantörerna hade inte några synpunkter på tiden och begärde inte heller förlängd tidsfrist. De lämnade in anbud inom ramen för tiden. Anbudstidens längd kan därför inte på något sätt anses som alltför snäv eller oskälig och inte heller i strid med proportionalitetsprincipen.

Genom att ha verkat i Sandvikenhus organisation har konsulten haft lagstadgad tystnadsplikt och varit förhindrad att lämna ut uppgifter som kan omfattas av upphandlingssekretess. Sandvikenhus har på grund av påståendena från Hydro Sport varit i kontakt med konsulten som tillbakavisar att han skulle ha lämnat ut sekretesskyddade uppgifter. Hydro Sport har inte visat eller påstått att ett brott mot tystnadsplikten har skett eller att uppgifter som omfattas av sekretess har lämnats ut. Antydningarna om att leverantör fått otillbörlig fördel genom att priser och andra uppgifter skulle ha lämnats ut saknar stöd, och det finns inte heller stöd för påståendet att Ö. Vattenkvalité skulle ha något informationsövertag i och med att konsulten medverkade i utformningen av upphandlingen. Konsulten som medverkat vid utformningen av upphandlingen har inte haft någon bestämmanderätt vid utformandet av förfrågningsunderlaget eller vid utvärderingen av anbudena. Han har inte heller något operativt ansvar eller del i den dagliga verksamheten i Ö. Vattenkvalité. Förfrågningsunderlaget har inte heller utformats för att gynna viss leverantör eller viss produkt, utan är utformat på ett sådant sätt att leverantören ska ta ansvar för lösningar och leverans av rutschkanan. Det föreskrivs inte hur leverantören ska utforma kanan. I förfrågan, som är ett standarddokument, har endast verksamhetens önskemål beaktats utan hänsyn till enskilda leverantörer. Vid förhandlingarna har Hydro Sport och Ö. Vattenkvalité behandlats lika och haft samma förutsättningar. Anled-

ningen till att förhandlingen hölls med Hydro Sport innan Ö. Vattenkvalité var att Hydro Sport har sin verksamhet i Gävle och hade kortare inställelsetid i förhållande till Ö. Vattenkvalité som har sin verksamhet i Göteborg. När förhandlingen med Hydro Sport var över inleddes förhandlingarna med Ö. Vattenkvalité direkt. Personal från det kommunala badhuset Parkbadet hämtade Ö. Vattenkvalité i Sandvikenhus reception och konsulten var under tiden tillsammans med personal från Sandvikenhus. Konsulten hade således ingen kontakt med Ö. Vattenkvalité mellan förhandlingarna och har därför inte kunnat överlämna någon information om förhandlingen med Hydro Sport. Ö. Vattenkvalité har därför inte haft någon möjlighet att anpassa sitt anbud efter Hydro Sports anbud.

Ö. Vattenkvalité har i huvudsak anfört följande. Det Hydro Sport anfört i sin ansökan avseende en intressekonflikt baseras på spekulation. Det finns inget stöd i underlaget som bevisar någon snedvridning av konkurrensen. Alla påståenden om att konsulten eller någon annan med insyn i upphandlingen lämnat information till Ö. Vattenkvalité vid sidan av den offentliga är felaktiga. Ö. Vattenkvalité har heller aldrig sökt information genom informella kanaler eller kontaktat vare sig konsult, beställare eller verksamhet för att få någon fördel i upphandlingen. Konsulten har tidigare haft en roll i de strategiska frågor styrelsen behandlat för Ö. Vattenkvalité, men var och är inte inblandad i den dagliga operativa verksamheten. Påståendet om att Ö. Vattenkvalité skulle haft kännedom om Hydro Sports anbud och därmed kunnat anpassa sitt eget anbud är felaktigt. Inför den muntliga förhandlingen inskaffade Ö. Vattenkvalité mandat från producenten Klarer att kunna förhandla om priset. Klarer tog fram tre alternativ för de fall det skulle bli en prispförhandling att möta beställarens eventuella önskemål på. Innan förhandlingen fick Ö. Vattenkvalité vänta cirka tio minuter eftersom förhandlingen innan var fördröjt. Under tiden fick Ö. Vattenkvalité inte någon information om pågående förhandling, anbud, konkurrenter, priser eller något

som hade med upphandlingen att göra. Under mötet diskuterades enbart Ö. Vattenkvalités anbud och det var första gången som Ö. Vattenkvalité diskuterade något som helst avseende upphandlingen med konsult, verksamhet och beställare. På mötet frågade Ö. Vattenkvalités representant om det gick att få reda på projektets budget, vilket Ö. Vattenkvalité inte fick. Ö. Vattenkvalité valde att lämna pris utifrån de tre alternativen som Klarer tagit fram och låta beställaren avgöra vilket pris som var bäst ur deras synvinkel. Eftersom Ö. Vattenkvalité inte visste någonting om Hydro Sports anbud, hur deras förhandling hade gått till eller hur prisbilden var, har de inte haft något informationsövertag. Påståendet att Ö. Vattenkvalité kunnat anpassa sitt anbud utifrån Hydro Sports anbud stämmer inte.

Förvaltningsrättens bedömning

I målet är ostridigt att anbudsinvjudan skickades ut den 8 maj 2017 och att anbuderna skulle vara Sandvikenhus tillhanda senast den 22 maj 2017. I LOU uppställs inga särskilda regler avseende tidsfrister för förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Av 11 kap. 1 § LOU framgår generellt om tidsfrister i upphandling bl.a. att myndigheten vid bestämmandet av tidsfristen för att inkomma med anbudsansökningar ska ta särskild hänsyn till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuderna. Utredningen i målet visar att den nu aktuella upphandlingen övergick till ett förhandlat förfarande efter att inget av de inlämnade anbuderna i en tidigare upphandling uppfyllde samtliga skakrav. Det innebär att leverantörerna redan tidigare än anbudsinvjudan den 8 maj 2017 haft kännedom om upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening kan tiden för att inkomma med anbud därför inte anses vara för kort. Det är inte heller påstått i målet att förutsättningarna för upphandlingen vid den ursprungliga upphandlingen och den nu förhandlade upphandlingen har förändrats så mycket att en längre anbudstid är påkallat. Upphandlingen kan därför inte med fog angripas på denna grund.

Förvaltningsrätten har vidare att ta ställning till om det i upphandlingen föreligger en intressekonflikt på grund av konsultens engagemang i såväl Ö. Vattenkvalité som i upphandlingen och att detta har inneburit en konkurrensfördel för Ö. Vattenkvalité. Det följer av likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten måste upptäcka och åtgärda intressekonflikter (prop. 2015/16:195 s. 472 samt EU-domstolens dom eViglio, C-538, EU:C:2015:166 p. 47). Om den anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet framlägger objektiva omständigheter som medför att opartiskheten hos en av den upphandlande myndighetens experter kan ifrågasättas, ankommer det på den upphandlande myndigheten att undersöka samtliga relevanta omständigheter som legat till grund för kontraktstilldelningsbeslutet för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda detta (se eViglio p. 44). Med en intressekonflikt avses sådana situationer där personal hos den upphandlande myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för dess opartiskhet och oavhängighet under upphandlingsförfarande (artikel 24 upphandlingsdirektivet 2014/14/EU).

Av utredningen i målet framgår att den person som är projektledare för upphandlingen, har skickat ut inbjudan till upphandlingen och lett förhandlingarna med respektive bolag den 29 maj 2017, även är styrelseledamot i Ö. Vattenkvalité. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger således en sådan intressekonflikt som avses i upphandlingsdirektivet, vilket innebär att Sandvikenhus borde ha vidtagit åtgärder avseende detta förhållande för att förhindra en snedvridning av konkurrensen. Sandvikenhus har enligt förvaltningsrättens bedömning inte presenterat en sådan utredning som visar att konsultens koppling till Ö. Vattenkvalité inte innebär någon konkurrensför-

del för Ö. Vattenkvalité, i synnerhet inte avseende förhandlingarna som konsulten har lett. Eftersom några sådana åtgärder inte har vidtagits och Ö. Vattenkvalité deltagit i upphandlingen finner förvaltningsrätten att Sandvikenhus agerat i strid mot LOU. Sweden Hydro bedöms ha lidit skada av det inträffade.

Enligt förvaltningsrättens mening är bristen sådan att upphandlingen bör göras om.

Vid denna utgång saknas skäl att pröva Hydro Sports övriga invändningar.

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

Lennart Andersson
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

