



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Ann Bladh

DOM FÖR KÄNNEDOM
2012-10-22
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
3371-12 E
Domare 1:3

SÖKANDE

Modulbyggen-Normstahl AB, 556313-0961
Box 5
341 21 Ljungby

Ombud: Advokat Anders Rosholm
RosholmDell Advokatbyrå AB
Norra Järnvägsgatan 12
352 30 Växjö

Ombud: Jur kand Per Gruwberger
RosholmDell Advokatbyrå AB
Norra Järnvägsgatan 12
352 30 Växjö

KONKURRENSVERKET	
2012-10-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Fastighetsaktiebolaget Järnbäraren, 556392-8737
Box 104
335 23 Gnosjö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att Fastighetsaktiebolaget Järnbärarens upphandling "Nybyggnad av garage m.m." (projekt nr 11462) ska göras om.

BAKGRUND

Fastighetsaktiebolaget Järnbäraren (Järnbäraren) genomför en upphandling av en totalentreprenad avseende nybyggnation av garage m.m. på Järnvägsgatan 50 i Gnosjö ("Nybyggnad av garage m.m.", projekt nr 11462). Upphandlingen handläggs enligt reglerna om förenklat förfarande enligt LOU. Som grund för tilldelning av kontrakt har angetts lägsta anbudssumma. I tilldelningsbeslut den 30 maj 2012 har Järnbäraren beslutat att utse annan leverantör än Modulbyggen-Normstahl AB (Modulbyggen) till totalentreprenör.

Dok.Id 79712

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsratten@jnkoping.dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Modulbyggen begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett på så sätt att utvärderingen görs om med beaktande av Modulbyggens anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlagets tekniska beskrivning under punkten NSC.231 anges att garageportarna ska vara av den specifika typen "Novoferm K Vipport". Modulbyggen har i sitt anbud angett porttypen "Normstahl typ Prominent". Den porttyp av metall som Modulbyggen har angett i sitt anbud är fullt likvärdig med Novoferm K Vipport. Av tilldelningsbeslutet framgår att Modulbyggens anbud har diskvalificerats eftersom porttypen i Modulbyggens anbud inte har varit "enligt handling".

Genom att diskvalificera Modulbyggens anbud på det sätt som har skett har Järnbäraren brutit mot likabehandlingsprincipen i dess närmare utformning enligt bestämmelsen om tekniska specifikationer i 6 kap. 4 § LOU. Enligt denna paragraf får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till bl.a. varumärken om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. I praxis har uttalats att det är svårt att tänka sig en situation när en sådan hänvisning i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag. Järnbäraren har genom att hänvisa till ett specifikt varumärke i förfrågningsunderlaget missgynnat Modulbyggen genom att Modulbyggen, i strid med LOU, inte har tillåtits att offerera likvärdiga porttyper i upphandlingen. Enligt andra stycket i nämnda paragraf får tekniska specifikationer hänvisa till ett varumärke under förutsättning att det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt och hänvisningen följs av orden "eller likvärdigt". Andra stycket beskriver emellertid en undantagsbestämmelse och det är upp till den upphandlande myndigheten att bevisa att det är objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat

eller begripligt. Detta är inte något som ankommer på anbudsgivaren. Modulbyggen har också i sitt anbud beskrivit likvärdigheten mellan portarna genom att ha bilagt information om den porttyp som har offererats. Modulbyggen har därmed under alla omständigheter visat att den alternativa porttypen "Normstahl typ Prominent" är likvärdig.

Det har också varit fullt möjligt för Järnbäraren att beskriva material- och varuföreskrifterna för de garageportar som är föremål för upphandlingen på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt utan hänvisning till ett specifikt varumärke. På företagets Novoferms egen hemsida anges bl.a. följande avseende just "Novoferm K Vipport".

"Novoferm K är en enkel oisolerad vipport i stålplåt med handtag, lås och cylinder. Porten består av ett portblad med förzinkade karmar och tillhörande takskenor. Novoferm K är mycket stabil eftersom den är försedd med takskenor som ger portbladet fyra infästningspunkter. Garageporten är enkel att montera och manövrera och passar utmärkt till oisolerade radgarage. Vipporten är oisolerad men det finns möjlighet att få den i isolerat utförande mot tillägg. Novoferm K finns som standard i färgerna vit eller brun men kan mot tillägg levereras i valfri RAL-färg. Vipporten har ett kraftigt bygelhandtag och ett komplett lås med europacylindrar och två nycklar. Som tillval finns låshus förberett för Assa-eurocylinder. Porten är utrustad med en tvåsidig spanjolett och kan mot tillägg utrustas med ytterligare låsning i ovankant. Novoferm K kan utrustas med portöppnare med fjärrkontroll."

Den här beskrivningen visar att man kan uttrycka egenskaperna hos en port på ett enkelt och objektivt sätt. Järnbäraren hade som krav på garageport t.ex. kunnat ha angett: "En oisolerad vipport i stålplåt med bygelhandtag, lås och cylinder samt takskenor etc". En beskrivning av de egenskaper som Järnbäraren har erfordrat skulle således enkelt kunnat ha införlivats i förfrågningsunderlaget utan att varumärket "Novoferm K Vipport" hade behövt nämnas. Undantagsbestämmelsen i 6 kap. 4 § andra stycket LOU har således inte varit tillämplig i det nu aktuella fallet, vilket innebär att Järnbärarens hänvisning till porttypen "Novoferm K Vipport" står i strid med LOU.

Härtill kommer att Järnbäraren inte heller har infogat orden "eller likvärdigt" efter hänvisningen till porttypen "Novoferm K Vipport". Järnbäraren

har inte heller kunnat läka detta genom att infoga en generell bestämmelse på en annan plats i förfrågningsunderlaget, jfr punkten AFD.21. I punkten AFD.21 anges att med likvärdighet avses "objektivt likvärdig med avseende på driftskostnad, prestanda, livslängd och utseende". Den här definitionen av vad som avses med likvärdighet är alltför bred och otydlig, vilket gör den oförenlig med den upphandlingsrättsliga principen om transparens. Den här otydliga definitionen av likvärdighet medför att konkurrerande varumärken till portar av fabrikat Novoferm missgynnas då det på grund av otydligheten är enklare för en anbudsgivare att offerera portar av det i förfrågningsunderlaget angivna fabrikatet. Exempelvis har det inte definierats vad som menas med "driftskostnad" för en garageport. Modulbyggen ställer sig frågande till om en sådan driftskostnad överhuvudtaget kan fastställas. Då det inte framgår hur driftskostnaden ska beräknas är det omöjligt för en anbudsgivare att förstå hur denna bedömning ska göras. Samma argument gäller för kriteriet "utseende". Det blir omöjligt för en anbudsgivare att bedöma om en alternativ produkt är likvärdig i detta avseende. Eftersom det obligatoriska kravet på likvärdighet inte är så pass tydligt och förutsebart att anbudsgivaren har haft möjlighet att avgöra hur anbudsgivaren kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud uppfyller inte förfrågningsunderlaget principen om transparens. Detta innebär att Järnbärens agerande står i strid med LOU även för det fall undantaget för hänvisning till ett visst varumärke skulle anses tillämpligt.

Upphandlingen har således skett i strid med bestämmelserna i LOU på grund av en otillåten hänvisning till ett visst varumärke. Det faktum att Modulbyggen ändå har offererat en annan produkt än den som har angetts i förfrågningsunderlaget läker inte denna brist. Det har ingen relevans huruvida anbudsgivare faktiskt har valt att lämna ett anbud eller inte med eller utan det särskilda varumärket eftersom anbudsgivarna under alla omständigheter riskerar att missgynnas om de vill erbjuda en alternativ produkt, även om denna produkt är bättre och billigare för användarna och därmed

mer samhällsekonomisk. Det faktum att det har rört sig om en mindre upphandling och en delleverans fråntar inte heller Järnbäraren ansvaret att följa den upphandlingsrättsliga lagstiftningen.

Modulbyggen har lämnat det lägsta priset i upphandlingen. Vid en korrekt kvalificering skulle Modulbyggen ha tilldelats uppdraget. I och med att Modulbyggens anbud har diskvalificerats och i stället en annan entreprenörs anbud antagits har Modulbyggen lidit skada.

Järnbäraren motsätter sig bifall till Modulbyggens yrkanden och anför bl.a. följande. I tilldelningsbeslutet från den 30 maj 2012 framgår klart och tydligt att Modulbyggens anbud har förkastats av tre separata skäl. En anledning har varit att den offererade porttypen inte har varit enligt handling. De andra två anledningarna har varit att reservationer har lämnats dels för eventuell förekomst av tjäle, dels för mängden schakt/fyll m.m.

Aktuell upphandling avser nybyggnation av en garagebyggnad med tillhörande carport på 190 m² samt rivning av befintlig carport inklusive grundläggning och erforderliga elinstallationer. Även om kontraktssumman är begränsad har Järnbäraren varit tvungen att med viss detaljeringsgrad projektera garaget så att alla anbudsgivare kunnat ge in ett fast pris på samma omfattning. Det är vid all projektering vanligt förekommande och för det mesta nödvändigt att hänvisa till särskilda fabrikat eller varumärken. I praktiken är det närmast regel – och enligt Järnbärarens mening fullt tillåtet – att beställare av en entreprenad i sin projektering hänvisar till ett flertal varumärken för att beskriva vissa komponenter som fläktaggregat, armaturer, blandare m.m. på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt för anbudsgivarna. Det är därvid brukligt att hänvisa till den typ av fabrikat som är så pass etablerat och känt i branschen att anbudsgivarna redan av hänvisningen till ett eller flera varumärken förstår vilken typ av produkt det är fråga om och på ett ungefär också kan sluta sig till vilken kvalitet i

bemärkelsen prestanda och livslängd som beställaren efterfrågar. Järnbäraren har under punkten NSC.231 i den tekniska beskrivningen hänvisat till garageportar av fabrikat Novoferm i vissa mått. Genom den hänvisningen är det för Järnbäraren klart att garageporten har en viss förväntad livslängd, tålighet för stötar, andra egenskaper samt estetiskt utförande. Det har också stått Modulbyggen fritt att lika med den vinnande leverantören köpa in Novoferm från någon av dess ca 20 återförsäljare i Sverige.

Järnbäraren bestrider inte att det har varit tekniskt möjligt att i förfrågningsunderlaget inkludera en beskrivning i löptext om vilken typ av garageport som har efterfrågats i stället för att som nu hänvisa till Novoferms vippport. En sådan text skulle dock inte ha kunnat vara tillnärmelsevis så kortfattad som den som Modulbyggen har angett. Till exempel förbises den för Novoferms vippport speciella konstruktionen med takskenor och den stabilitet och därav följande hållfasthet som detta för med sig. Inte heller sägs någonting om kvaliteten på stålplåten eller dimensionen på bygghandtaget för att nämna ytterligare exempel. Järnbäraren vill med detta framhålla att det inte låter sig göras med någon grad av rimlighet och kostnadseffektivitet om man vid projektering av byggnader dels ska behöva redovisa i detalj de egenskaper som efterfrågas och behövs för byggnaden, dels ska behöva redovisa varje liten detalj i densamma som ska inköpas av entreprenören. Därtill kommer att detta även ska göras på ett sådant "tillräckligt preciserat och begripligt" sätt som alla anbudsgivare tolkar lika. I det här fallet är det fråga om en mycket liten entreprenad med en kontraktssumma på drygt 700 000 kr som redan i sig har föranlett ett rätt så omfattande förfrågningsunderlag med administrativa föreskrifter, teknisk beskrivning och ritningar. Beloppsmässigt har upphandlingen inte legat långt från gränsen för tillåten direktupphandling och den typen av detaljerade definitioner som Modulbyggen vill tolka in som krav för upphandlingen skulle medföra en fullkomligt orimlig arbetsbörda för en upphandlande myndighet vid en upphandling av en byggentreprenad.

Järnbäraren har vidare inte upphandlat garageportar för ett antal garage separat utan upphandlat en entreprenad som består av en mängd arbeten och varor där garageporten varit en förvisso betydande vara som ska infogas i entreprenaden i enlighet med de mått som framgår av ritningarna. Det som Modulbyggen har anfört och den praxis som bolaget har hänvisat till har rört upphandling av varor där hänvisningen till varumärket har omfattat hela leveransen och är inte jämförbart med var för sig mindre komponenter i en byggentreprenad.

Hänvisningen till varumärket Novoferm har således inte i sig varit i strid med LOU. Däremot har det varit fel att inte infoga orden "eller likvärdigt" därefter. En sådan skrivning finns i stället generellt under punkten AFD.21 i de administrativa föreskrifterna. Det är i och för sig riktigt att Järnbärarens definition av vad som har avsetts med likvärdighet med avseende på driftskostnad, prestanda, livslängd och utseende har varit allmänt hållen. De administrativa föreskrifterna har dock, som gängse är vid entreprenadupphandlingar, utformats i anslutning till AMA AF 07 och under den publikationens råd och anvisningar för den aktuella punkten AFD.21 har just prestanda, driftkostnad, livslängd och utseende tagits upp som exempel på kriterier som kan användas för att pröva om det föreligger likvärdighet eller inte. Även om kriterierna inte har preciserats nämnvärt kan dessa enligt Järnbärarens mening ändå utan vidare läggas till grund för en bedömning av om två garageportar är likvärdiga eller inte.

Att Järnbäraren har missat att infoga orden "eller likvärdigt" efter den angivna garageporten Novoferm har dock inte drabbat Modulbyggen eftersom bolaget ändå har ansett sig oförhindrad att offerera vad man får anta att bolaget anser vara en likvärdig produkt. Järnbäraren kan dock inte se att det är upp till Järnbäraren att genom egna efterforskningar försöka ta reda på om den offererade garageporten verkligen har varit likvärdig eller inte. Det har i stället varit upp till Modulbyggen att beskriva det i sitt anbud.

Modulbyggen har dock inte ens påstått att det har varit fråga om en likvärdig port utan endast hänvisat till en enkel bild och vad som får uppfattas vara en reklamfolder och därmed överlämnat åt Järnbäraren att utreda den saken.

Vad som avses med likvärdighet har som nämnts definierats av Järnbäraren under punkten AFD.21. Järnbäraren har mot den bakgrunden inte gått in i någon prövning av om det har varit fråga om en likvärdig produkt eller inte. Det må vara att Järnbäraren har haft möjlighet att med stöd av reglerna om förtydligande av anbud kunnat begära uppgifter från Modulbyggen om detta i stället för att förkasta anbudet. Järnbäraren kan dock inte se att det har förelegat någon sådan skyldighet för Järnbäraren utan bara en rättighet, om man så hade velat. Det har dock aldrig föresvävat Järnbäraren att begära in något förtydligande eftersom Järnbäraren ändå hade skyldighet att förkasta Modulbyggens anbud. Av Modulbyggens anbud framgår nämligen att bolaget har reserverat sig mot den omfattning av entreprenaden som har framgått av förfrågningsunderlaget på flera punkter. Modulbyggen har i anbudsformuläret under prisuppgiften för kontraktarbetena lagt till en egen text om vad som ingår i anbudspriset. Bolaget har preciserat att urgrävning och schakt liksom uppfyllnad och packning ingår i viss mängd, av innebörd att överskjutande mängd som må behövas inte täcks av det fasta priset som anbudssumman avser. Bolaget har därutöver även reserverat sig helt mot förekomsten av berg, block och tjäle. Modulbyggens anbud har därmed inte gått att nollställa i bemärkelsen jämföras med övriga anbud och Järnbäraren har således varit tvungen att förkasta anbudet.

Modulbyggen har vad gäller Järnbärarens uppgifter om att bolaget har lämnat reservationer i sitt anbud anfört bl.a. följande. Järnbäraren påstår att Modulbyggen skulle ha lämnat reservationer som står i strid med förfrågningsunderlaget. I detta avseende gäller, som vid alla upphandlingar, att Järnbäraren har att visa (i) att det finns ett tydligt skall-krav som har for-

mulerats i överensstämmelse med transparensprincipen och (ii) att Modulbyggen har brutit mot kravet.

Vad gäller punkten (i) har Järnbäraren inte angett vilket skall-krav i förfrågningsunderlaget som Modulbyggen ska ha brutit mot. Redan av denna anledning ska påståendet om skall-kravbrott lämnas utan hänseende. Vad gäller punkten (ii) har Modulbyggen i den inledande meningen i sitt anbud uttryckligen angett att bolaget erbjuder sig ”att utföra rubricerad entreprenad i enlighet med förfrågningsunderlaget”. Modulbyggen har således förbehållslöst åtagit sig att utföra uppdraget i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det anges dessutom inte någonstans i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna inte får lämna förtydliganden eller kommentarer till anbudet på ett sätt som faller inom ramen för förfrågningsunderlaget. Modulbyggen har enbart lämnat ett förtydligande och inte gjort någon otillåten reservation.

Modulbyggen har i anbudet angett en reservation för berg och block samt tjäle. Arbeten föranledda av berg, block och tjäle är att se som ÄTA-arbeten och sådana arbeten faller inte inom ramen för det fasta priset utan ska enligt punkten AFD.611 i förfrågningsunderlaget ersättas separat. Modulbyggen har genom den aktuella ordalydelsen i anbudet valt att förtydliga att arbeten föranledda av berg, block och tjäle inte omfattas av det fasta priset. Av 2 kap. 4 § i Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (ABT 06) framgår att med ÄTA-arbeten föreskrivna av beställaren likställs arbeten som föranleds av att arbetsområdet avviker från vad som ska förutsättas enligt 1 kap. 7 § ABT 06. Av 1 kap. 7 § ABT 06 framgår att entreprenören har en undersökningsskyldighet avseende arbetsområdet och att arbetsområdet vid övertagandet ska befinna sig i det skick som det hade när entreprenören undersökte det. Undersökningsskyldigheten innefattar dock inte markundersökningar. Arbeten föranledda av berg, block och tjäle kräver

markundersökning för att kunna förutspås och är därmed, i enlighet med Modulbyggens förtydligande i anbudet, att se som ÄTA-arbeten. Avseende tjäle förutsätter Modulbyggen att Järnbäraren är medveten om att markarbeten alltid upphör av dessa, respektive till och med blir ogenomförbara.

Modulbyggen har också angett i anbudet att urgrävning och schakt ingår med 0,30 meter samt att uppfyllnad och packning ingår med 0,45 meter. Dessa uppgifter är enbart ett förtydligande av det arbete som ska utföras enligt förfrågningsunderlaget. Uppgifterna är således inget förbehåll. Förtydligandet är helt i överensstämmelse med de relevanta uppgifterna i punkten DCC i förfrågningsunderlaget. I de ritningar som ingår i förfrågningsunderlaget anges dessutom genom texten "Erf. fyllning till angivna nivåer" att fyllning ska göras upp till en viss nivå. Denna nivå framgår av en annan ritning. Modulbyggen har utifrån denna ritning gjort beräkningen att (då befintlig markhöjd för platsen för garaget som lägst är 169,296 m över havet och då markhöjd för platsen för garaget ska vara 169,450 m över havet) mer än 0,3 m urgrävning och schakt och mer än 0,45 m uppfyllnad och packning inte är nödvändig. Dessa formuleringar i anbudet är således inte, såsom Järnbäraren har påstått, att se som reservationer utan i stället som förtydliganden om att den urgrävning, schakt, uppfyllnad och packning som behövs för uppdraget ingår i anbudet. För det fall att Järnbärarens angivna mått i förfrågningsunderlaget skulle visa sig vara felaktiga har Modulbyggen alltjämt i anbudet angett att fyll upp till totalt 100 kubikmeter ingår inom ramen för det fasta priset, vilket följer av formuleringen "100 kbm fyll". Det föreligger således ingen motstridig uppgift i anbudet i förhållande till förfrågningsunderlaget.

Järnbäraren har i detta avseende härefter anfört bl.a. följande. För den nu aktuella entreprenaden gäller ABT 06. En grundbult i dessa föreskrifter är regeln i 1 kap. 1 § om att omfattningen av kontraktarbetena framgår av kontraktshandlingarna. Detta innebär att entreprenörens åtagande till det

fasta pris som anbudet avser är begränsat till de arbeten som beställaren har beskrivit i sina kontraktshandlingar. Kontraktshandlingarna finns uppräknade under punkten AFB.22 i de administrativa föreskrifterna och inkluderar förutom dessa även bl.a. den tekniska beskrivningen och ritningarna som därmed definierar entreprenadens omfattning. Av 1 kap. 3 § ABT 06 framgår att i händelse av motstridighet mellan olika kontraktshandlingar gäller dessa inbördes i en viss rangordning där ett anbud har rang före beställarens förfrågningsunderlag. Detta medför att varje avvikelse i ett anbud, som inte överensstämmer med den omfattning som kan utläsas ur de kontraktshandlingar som har räknats upp i förfrågningsunderlaget, innebär en reservation mot att utföra det beställda arbetet. Modulbyggens fasta pris inkluderar med andra ord inte det beställda arbetet, alldeles oavsett den förtryckta texten i anbudsformuläret om att bolaget erbjuder sig att utföra entreprenaden i enlighet med förfrågningsunderlaget. I så motto föreligger nämligen en motstridig uppgift i anbudet – att utföra entreprenaden i den omfattning som framgår av förfrågningsunderlaget utan inskränkning eller med de inskränkningar som har angetts i anbudet – och då gäller som generell princip att entreprenören har rätt att gå på den omfattning som medför lägst kostnad för honom.

Det finns inte någon regel som säger att arbeten föranledda av berg, block och tjäle är att se som ÄTA-arbeten. Det är i och för sig riktigt att det inte har ankommit på Modulbyggen att göra markundersökningar i anbudsskedet och att förekomst av berg, block och tjäle vid grundläggningsarbetet därmed har kunnat ge upphov till ett merarbete som det finns förutsättningar att kostnadsreglera under entreprenaden. Detta eftersom Järnbäraren inte har inkluderat någon geoteknisk undersökning eller motsvarande för anbudsgivarna att utgå från i förfrågningsunderlaget. Fråga är icke desto mindre om en klar och tydlig reservation mot att utföra sådana arbeten från Modulbyggens sida och denna har lett till att bolagets anbud inte har kunnat nollställas och därmed jämföras fullt ut med övriga anbud. Modul-

byggen har så att säga satt sig i ett helt annat förhandlingsläge än övriga anbudsgivare om det skulle visa sig förekomma mindre partier av berg eller tjäle som försvårar grundläggningsarbetet eller motsvarande.

Förutom reservationen för förekomst av tjäle m.m. vid grundläggningsarbetena har Modulbyggen begränsat sitt åtagande till vissa i anbudet antagna mängder för utgrävning och schakt, uppfyllnad och packning samt pållning och fyllning. Anbudsgivarna har ombetts att dels lämna ett fast pris för entreprenaden, dels ett å-pris per m³ för arbete med fyllning för väg, byggnad, bro m.m. utöver i den mängd på 100 m³ som skulle ingå i det fasta priset att kalkylera med enligt den tekniska beskrivningens punkt CEB. Allt annat erforderligt arbete med grundläggningen skulle inkluderas i det fasta priset och har bl.a. inkluderats i den vinnande leverantörens anbudssumma. Det spelar därvid ingen roll i vad mån Modulbyggen har haft fog för sin beräkning av vilka mängder arbete som skulle komma att behövas. Innebörden är hur som helst att i den mån mängden arbete i praktiken blir mindre än vad Modulbyggen har kalkylerat med, ökar bolagets vinst i motsvarande grad, medan vinsten bibehålls om mängden arbete blir större än vad Modulbyggen har kalkylerat med. Risken för att mängden arbete ökar mot vad som har kalkylerats med inom ramen för det fasta priset flyttas därmed över på beställaren, vilket typiskt sett är innebörden med en reservation vid entreprenadsupphandlingar. Även i detta hänseende har Modulbyggens anbud inte kunnat jämföras med övriga anbud och därmed inte lagligen tagits upp för prövning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får tekniska specifikationer inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. I andra stycket anges dock att sådana uppgifter och hänvisningar får förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Enligt 16 kap. 4 § LOU får efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada allmän förvaltningsdomstol överpröva 1. en upphandling, och 2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

AFB.22 Förteckning över förfrågningsunderlag

Enligt ABT 06 kap. 1 § 3

6 Förfrågningsunderlag 2012-04-17:

- 6.1 Administrativa föreskrifter
- 6.2 Teknisk beskrivning
- 6.3 Ritningar enligt ritningsförteckning
- 6.9 Eventuella kompletterande föreskrifter för entreprenaden, lämnad före anbudets avgivande

7 Övriga handlingar:

- 7.1 Anbudsformulär
- 7.2 Arbetsmiljöplan

- AFB.31 Anbuds form och innehåll**
Anbud ska vara uppställt och innehålla uppgifter enligt handling 7.1 Anbudsformulär.
- AFD.21 Kvalitetsangivelser**
Där beställaren i teknisk beskrivning eller annan handling föreskrivit visst fabrikat eller vara får entreprenören i sitt anbud utgå från att utbyte får ske mot likvärdigt fabrikat eller vara. Med likvärdigt avses objektivt likvärdig med avseende på driftskostnad, prestanda, livslängd och utseende.
- AFD.611 Ersättning för ÄTA-arbeten**
Ändrings- och tilläggsarbeten ersätts enligt något av följande alternativ:
.1 Mot överenskommet pris i ett för allt
.2 Mot överenskommet a-pris
.3 Mot löpande räkning enligt ABT 06 kap. 6 § 9.
Villkor anges i anbudsformulär.
Beställaren avgör vilket alternativ som ska gälla.
Timarvoden ska vara kompletta inklusive sociala kostnader, avgifter, arbetsledning, försäkringar, verktyg, transportanordningar, resor, arvode etc.
Entreprenörsarvode tillämpas för såväl tillkommande som avgående arbeten och beräknas på summa av ändringsarbeten.

I den tekniska beskrivningen (6.2) anges bl.a. följande.

- CEB Fyllning för väg, byggnad, bro m.m.**
Fyllning för byggnad och asfaltskytor ska ingå med 100 m³, å-pris anges i anbudsformulär.
- DCC BITUMENBUNDNA ÖVERBYGGNADSLAGER FÖR VÄG, PLAN O.D.**
Parkeringsytor:
40 mm Asfalt
150 Bärlagergrus
200 Förstärkningslager

Där befintliga asfaltskytor rivs utförs ej nytt bärlagergrus/förstärkningslager, enbart nivåjustering.
- NSC KOMPLETTERINGAR TILL VÄGGÖPPNINGAR M.M.**
- NSC.231 Portar av metall**

MATERIAL- OCH VARUFÖRESKRIFTER

P1
Garageport
Novoferm K Vipport

24x21
Valfri standardkulör
Cylinderlås (Cylinder levereras av B).

Av Modulbyggens anbud framgår bl.a. följande. Under anbudssummorna "A:10 GARAGE" och "A-pris CEB Fyllning för väg, byggnad, bro m.m. (reglerbar mängd)" har bolaget angett följande:

"I åtagandet ingår urgrävning o schakt med 0,30 m
100 kbm fyll
Uppfyllnad o packning med 0,45 m ingår
Pålning å fyllning förutom 0,30 m ingår ej
Reservation f berg och block samt tjäle
Garageportar ingår portar fabrikat Normstahl typ Prominent."

I Järnbärens Anbudsutvärdering/Beslut anges bl.a. följande.

Anbudsgivare	1 Modulbyggen Normstahl AB	2 Skanska Direkt AB	3 Erik Larssons Byggnads AB
Reservationer/ Avvikelser från FFU:			
Porttyp	Ej enligt handling	-	-
Reservation tjäle	Ja	-	-
Reservation mängd schakt/fyll	Ja	-	-
Nollställt	XX SEK	725 000 SEK	845 000 SEK
Rangordning	Orent anbud	1.	2.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll – utifrån de omständigheter som sökanden har anfört – av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU. Modulbyggen gör gällande att Järnbärens har handlat i strid med LOU dels genom att i förfrågningsunderlaget efterfråga en till fabrikat och modellbeteckning specifik garageport, dels genom att felaktigt förkasta Modulbyggens anbud med hänvisning till att det varit ett s.k. orient anbud, trots att anbudet, enligt bolaget, endast innehållit uppgifter som är i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget.

En upphandlande myndighet får hänvisa till varumärken för att beskriva det som ska upphandlas så länge det inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. I förevarande fall har Järnbäraren i upphandlingens förfrågningsunderlag under punkten NSC.231 "Portar av metall" efterfrågat en till fabrikat och modellbeteckning specifik garageport, "Novoferm K Vipport", som anbudsgivarna ska offerera och prissätta. På ett annat ställe i förfrågningsunderlaget, under punkten AFD.21, anges att i de fall Järnbäraren har föreskrivit visst fabrikat eller viss vara får anbudsgivaren utgå från att utbyte får ske mot likvärdigt fabrikat eller likvärdig vara samt att det med likvärdigt avses objektivt likvärdig med avseende på driftskostnad, prestanda, livslängd och utseende. Förvaltningsrätten finner att aktuell specifikation med hänvisning till ett visst varumärke missgynnar vissa företag (jfr Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2011, s. 246). Hänvisningen får därmed endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet tillräckligt preciserat eller begripligt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det redan av ordalydelsen i 6 kap. 4 § LOU framgår att det endast i undantagssituationer kan vara tillåtet med hänvisning till visst eller vissa varumärken. Syftet med att i undantagssituationer tillåta visst varumärke är inte att den upphandlande myndigheten, t.ex. på grund av kompetens- eller resursbrist, ska slippa beskriva föremålet för upphandlingen, utan i stället att underlätta för leverantörerna att förstå vad som efterfrågas (se bl.a. Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, 2010, s. 146 f.). Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt, för att en hänvisning till visst varumärke ska vara tillåten (Falk, a.a. s. 246).

Vid denna prövning bör avgörande betydelse fästas vid om det ur en rimligt informerad anbudsgivares synvinkel är möjligt att förstå vad den upphandlande myndigheten efterfrågar så att anbudsgivaren kan utforma sitt

anbud så att det motsvarar myndighetens behov (Sundstrand, a.a. s. 146). Järnbäraren har anfört att det är brukligt att hänvisa till den typ av fabrikat som är så pass etablerat och känt i branschen att berörda entreprenörer redan av hänvisningen till ett eller flera varumärken förstår vilken typ av produkt det är fråga om och på ett ungefär också kan sluta sig till vilken kvalitet i bemärkelsen prestanda och livslängd som efterfrågas. Järnbäraren har också anfört att det inte låter sig göras med någon grad av rimlighet och kostnadseffektivitet om man vid projektering av byggnader ska behöva redovisa i detalj de egenskaper som efterfrågas och behövs för byggnaden på ett sådant tillräckligt och begripligt sätt som alla anbudsgivare tolkar lika. Modulbyggen har anfört att det går att beskriva material- och varuföreskrifter för aktuella garageportar på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt utan att hänvisa till varumärken och att detta inte heller är särskilt komplicerat. Förvaltningsrätten finner att vad Järnbäraren mera allmänt har anfört om att det är alltför kostnadskrävande att beskriva önskad kvalitet på ett annat sätt samt att det är brukligt i branschen inte visar att det är fråga om en sådan undantagssituation där det är tillåtet med hänvisning till varumärken. Förvaltningsrättens bedömning förändras inte av att det har varit fråga om en del i en större entreprenad. Mot bakgrund av det ovan sagda är det enligt förvaltningsrätten inte heller visat att kvalitetsaspekterna vad avser bl.a. prestanda och livslängd ur en rimligt informerad anbudsgivares synvinkel är tillräckligt noggrant specificerade genom den hänvisning som har gjorts till det specifika varumärket eller genom den beskrivning om vad som är att se som likvärdigt som finns under punkten AFD.21. Eftersom förfrågningsunderlaget därmed står i strid med 6 kap. 4 § LOU föreligger en presumtion för att Modulbyggen har lidit eller kunnat lida skada genom Järnbärarens förfarande.

Förvaltningsrätten har härefter att ta ställning till om Modulbyggen har avgett en sådan otillåten reservation (orent anbud) som bör medföra att anbudet ska uteslutas från upphandlingen. I Modulbyggens anbud anges dels

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING****DOM**

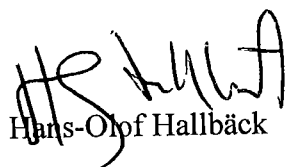
Enhet 1

att det i anbudssumman endast ingår vissa angivna mängder för utgrävning och schakt, uppfyllnad och packning samt pålning och fyllnad, dels att reservation lämnas för förekomst av berg, block och tjäle. Medan Järnbäraren anser att dessa uppgifter medför att anbudet blir orent, menar Modulbyggen att uppgifterna endast är ett förtydligande av vad som redan framgår av förfrågningsunderlaget. När det gäller de angivna mängderna för utgrävning och schakt, uppfyllnad och packning samt pålning och fyllnad har Järnbäraren inte bestritt att de angivna mängderna är i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget. När det gäller reservationen för förekomst av berg, block och tjäle har Modulbyggen angett att arbeten föranledda av berg, block och tjäle inte angår i anbudssumman utan istället ska ersättas enligt punkten AFD.611, vilken reglerar ersättning för s.k. ÄTA-arbeten. Järnbärarens inställning är att Modulbyggen därigenom lämnat en klar och tydlig reservation mot att utföra arbeten föranledda av berg, block och tjäle och att Modulbyggens anbud därmed inte kunnat nollställas och fullt ut jämföras med övriga anbud. Med hänsyn till bl.a. att det i förfrågningsunderlaget inte anges vad som är att se som ÄTA-arbeten samt vad parterna har anfört om att det inte ankommit på anbudsgivarna att i anbuds-skedet göra en markundersökning av arbetsområdet, att det inte inkluderats någon geoteknisk undersökning eller motsvarande för anbudsgivarna att utgå från i förfrågningsunderlaget och vad som i övrigt har anförts i målet, finner förvaltningsrätten att det inte går att bortse från vad Modulbyggen anfört om att arbeten föranledda av berg, block och tjäle varit att se som sådana extra arbeten som ersätts enligt punkten 6.11 i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Modulbyggens samtliga tillägg i anbudsformuläret kan accepteras och att anbudet ifråga därmed inte kan anses vara ett orent anbud.

Förvaltningsrätten har i målet kommit fram till att det finns brister i det förfrågningsunderlag som har använts i upphandlingen och att Modulbyggen därmed har lidit eller kunnat lida skada. Grund för att förordna om in-

gripande enligt LOU föreligger därmed. Förvaltningsrätten har att, oavsett hur yrkandena i målet har utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (jfr RÅ 2005 ref. 47). Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget har de påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därför göras om.

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


Hans-Olof Hallbäck

