



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

**DOM**  
2011-06-29  
Meddelad i  
Uppsala

Mål nr  
776-11 E  
Enhet 1

**SÖKANDE**

Rekab Entreprenad AB, 556520-7007

Ombud: Advokat Erik von Ahn  
Advokaterna von Ahn AB  
Södra Järnvägsgatan 49 C  
931 32 Skellefteå

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-07-01	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**MOTPART**

Kommunfastigheter i Knivsta AB, 556663-1577

Ombud: Advokat Hugo Norlén och jur.kand. Anna Lindbäck  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 1203  
751 42 Uppsala

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

### BAKGRUND

Kommunfastigheter i Knivsta AB (Kommunfastigheter) har genomfört en upphandling avseende nybyggnad av Brännkärrskolan Alsike, Knivsta kommun. I tilldelningsbeslut daterat den 4 februari 2011 har HMB Construction AB (HMB) antagits som leverantör.

### YRKANDEN

**Rekab Entreprenad AB** (bolaget) yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän Kommunfastigheter har vidtagit en förnyad tilldelningsprövning, varvid rättelse sker på så sätt att bolagets anbud enligt anbudsalternativ 2 inte ska vidkännas något relativt poängavdrag vid prövningen av tilldelningskriterierna ekonomi och referenser och att förekommande huvudanbud enligt anbudsalternativ 1 prövas. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

**Kommunfastigheter** bestrider bifall till bolagets yrkanden.

### GRUNDER M.M.

**Bolaget** anför bl.a. följande. Upphandlingen genomförs enligt förfarandereglererna för ett selektivt förfarande enligt LOU och AFB.11. Entreprenadformen är totalentreprenad, AFB.12, enligt följande två alternativ för ersättningsform. Alternativ nummer 1 är en ren totalentreprenad enligt ABT där ersättningsformen ska vara fast pris med indexreglering. Alternativ nummer 2 är partneringavtal med en fast del beträffande arbetsplatsorganisation samt arbetsplatskostnader och ett riktpreis på övriga kostnader. Ersättningsformen är löpande räkning. Förutsättningarna för anbudsprövning framgår av AFB.52. Där framgår det att det mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn till angivna tilldelningskriterier. Tilldelningskriterierna är olika beroende på om anbudsalternativ 1 eller 2 antas.

*Prövning av anbudsalternativ 1*

I upphandlingen har anbud efterfrågats i form av totalentreprenad och partneringavtal. Anbudsalternativen avser samma upphandlingsföremål och de i upphandlingen deltagande leverantörerna har lämnat anbud på båda anbudsalternativen. Av tilldelningsbeslutet framgår att utvärderingen har skett endast med avseende på de anbud som avsett partnering. Det åligger en upphandlande myndighet att pröva alla anbud som uppfyller i upphandlingen ställda krav. Eftersom bolagets anbud inte har förkastats vid kvalificeringsprövningen har det ålegat Kommunfastigheter att pröva bolagets båda anbud.

Det framgår inte av upphandlingsförutsättningarna att Kommunfastigheter har en preferens för partnering. Den upphandlande myndigheten ska, enligt vad som följer av bestämmelsen i 12 kap. 1 § LOU, anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset. I annonsen eller förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas. Det är inte tillåtet att frånga upphandlingsförutsättningarna och anta det anbud som med stöd av andra förutsättningar än dem som redovisats i annonsen och i förfrågningsunderlaget framstår som det mest tilltalande anbudet. Ett förbehåll om rätten att välja anbud utifrån andra förutsättningar än dem som redovisas i upphandlingsförutsättningarna lämnar ett betydande utrymme för den upphandlande myndigheten att välja anbud utifrån fritt skön.

Kommunfastigheter hade när beskedet om tilldelning skickades ut inte utvärderat anbudsalternativ 1. Med tilldelningsbeskedet bifogades en utvärdering av anbudsalternativ 2 och tilldelningsbeskedet byggde på denna utvärdering. I efterföljande samtal med Tomas Lindgren vid Knivsta kommun har denne bekräftat att utvärdering av anbudsalternativ 1 inte genomförts. Däremot har Kommunfastigheter den 2 februari 2011 upprättat en anbudssammanställning avseende anbudsalternativ 1. Av denna framgår att

de tilldelningskriterier som anges under AFB.52 inte har utvärderats. Prisuppgifter för varje anbud har dock angetts. Av sammanställningen framgår att de priser som bolaget lämnat är lägre än övriga leverantörers. Utvärdering har mot denna bakgrund inte skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det är anmärkningsvärt att Kommunfastigheter den 22 februari 2011 kan presentera en anbudsutvärdering som till sitt innehåll avviker från den tidigare redovisade sammanställningen. I synnerhet som just utvärderingen avseende anbudsalternativ 1 var efterfrågad. Det är också anmärkningsvärt att den nu redovisade anbudsutvärderingen inte skickats direkt till anbudslämnarna i samband med att beslutet om tilldelning lämnades. Inkomna anbud, som bedömts som kvalificerade, ska prövas mot uppställda tilldelningskriterier, jfr. 12 kap. 1 § LOU. Av förfrågningsunderlaget kan inte utläsas annat än att båda anbudsalternativen är lika aktuella, se bl.a. AFB.13 och AFB.52 i förfrågningsunderlaget. Eftersom samtliga anbud inte har prövats har Kommunfastigheter brutit mot principen om likabehandling och därmed mot bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU.

#### *Ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*

Kommunfastigheter påstår att partneringalternativet har bedömts som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bolaget har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – anbudsalternativ 1 – och detta anbud borde därför ha antagits. Kommunfastigheter har enligt anbudsutvärderingen av anbudsalternativ 1 bedömt att bolaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det kan varken av utvärderingen avseende anbudsalternativ 2 eller 1 utläsas att ett visst anbud enligt anbudsalternativ 2 är mer ekonomiskt fördelaktigt än något av anbuderna enligt anbudsalternativ 1. Av upphandlingsförutsättningarna framgår inte på något sätt hur rangordningen mellan de båda anbudsalternativen ska göras. En rimlig utgångspunkt är att poängsättningen mellan de båda anbudsalternativen sinsemellan ska vara jämförbara och ska kunna mätas mot varandra på så sätt att den som erhåller en viss poäng i det ena alternativet utan omräkningsfaktor eller skönsmässig uppskattning kan jämföras med motsvarande poängsättning i det

andra anbudsalternativet. Det förhållandet att poängsättningen i de båda anbudsalternativen ligger på samma nivå talar för att så är fallet. Bolaget har för anbudsalternativ 1 erhållit den högsta poängsumman med 9 poäng. HMB har för anbudsalternativ 2 erhållit 8,64 poäng. Bolaget har därigenom lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och ska därför antas som leverantör. Genom att anta en annan leverantör än bolaget har Kommunfastigheter brutit mot principen om likabehandling och därmed mot bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU. Bristen är inte sådan att upphandlingen måste göras om.

För det fall jämförelsen mellan de båda anbudsalternativen har skett med utgångspunkt i andra omständigheter har Kommunfastigheter brutit mot upphandlingsförutsättningarna genom att man vid valet av bästa anbud utgått från omständigheter som anbudsgivarna inte fått reda på. Detta strider mot principerna om likabehandling och transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU.

**Kommunfastigheter** anför bl.a. följande. Kommunfastigheter har efterfrågat alternativa anbud. Ett där entreprenadformen är totalentreprenad enligt ABT 06 och ett där entreprenadformen är s.k. partnering. Kommunfastigheter har tydligt angett att det mest fördelaktiga anbudet kommer att antas men att man har en preferens för partnering. Kommunfastigheter har således förbehållit sig rätten att välja mellan de alternativa anbuden. Samtliga anbud har dock prövats. Utvärderingen har skett i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Kommunfastigheter har vid såväl utformningen av förfrågningsunderlaget som vid tillämpningen av detsamma agerat i enlighet med LOU och med de bakomliggande EU-rättsliga principerna.

#### *Prövning av anbudsalternativ 1*

I förfrågningsunderlaget anges att varje anbudsgivare ska lämna två anbud samt att anbuden kommer att utvärderas, se t.ex. AFB.13 och AFB.52. Bo-

laget gör gällande att Kommunfastigheter inte prövat bolagets anbud gällande totalentreprenad. Detta är felaktigt. Kommunfastigheter har utvärderat samtliga totalentreprenadanbud. Kommunfastigheter har dock, efter utvärdering, bedömt att partneringalternativet är det ekonomiskt mest fördelaktiga. I AFB.52 anges att det mest fördelaktiga anbudet kommer att väljas och att värderingsgrunderna för varje alternativ tillämpas med rangordning. Kommunfastigheter har således uttryckligen förbehållit sig rätten att välja mellan de olika anbudsalternativen.

Kommunfastigheter har avsett att i första hand upphandla en partnering- eller samverkansentreprenad. Det är fråga om en samhällsviktig upphandling, skolbyggnad, och Kommunfastigheter måste säkerställa att skolbyggnaden kan uppföras i tid inför terminstart 2012. I och med att partnering inte är lika vanligt förekommande som traditionella entreprenader, att partnering kan uppfattas som svårare av potentiella anbudsgivare då det ställer höga krav på entreprenören och att det inte med säkerhet kunde förutses att Kommunfastigheter skulle få några anbud eller i vart fall tillräckligt många anbud från kvalificerade leverantörer för att säkerställa konkurrensen valde Kommunfastigheter att infordra ett andrahandsalternativ, totalentreprenad. Ett annat syfte med att begära in anbud för totalentreprenad har varit att säkerställa ett eventuella partneringanbud är marknadsmässiga eftersom partnering till stor del sker på löpande räkning med öppen kalkyl och det funnits ett behov att kontrollera att priset blir konkurrenskraftigt jämfört med den skuggbudget som funnits för upphandlingen. Kommunfastigheter har kunnat använda delar av anbudspriset i totalentreprenaden som måttstock för de efterfrågade påslag som anbudsgivarna gjort i partneringsanbudet och på så sätt bedöma affärsmässigheten och rimligheten i dessa. Detta är också skälet till att Kommunfastigheter först utvärderat anbuderna för totalentreprenad.

I förhandsannonsen, daterad den 17 augusti 2010, anges t.ex. under avsnitt II.A "Upphandlingens föremål", punkten II.8 bl.a. följande: "Upphandling-

en avser medverkan i färdigprojekteringen och därefter byggnadsentreprenaden inkl markarbeten inom projektområdet. ABT kommer att utgöra grunden i avtalet och utförandet kommer att präglas av partnering konceptet". I annonsen den 8 oktober 2010 anges under avsnitt II.A "Upphandlingens föremål", punkten II.1.5 bl.a. att "Upphandlingen avser medverkan i färdigprojekteringen och därefter utföra byggnadsentreprenaden inkl markarbeten inom projektområdet. ABT kommer att utgöra grunden i avtalet och utförandet kommer att präglas av partnering konceptet". Se även avsnitt III.2.3 "Teknisk, juridisk, ekonomisk, finansiell och teknisk information", punkten III.2.3 "Teknisk kapacitet", där det bl.a. anges: "Upplysningar och formella förfaranden som är nödvändiga för bedömning av om kraven är uppfyllda: Dokumenterad erfarenhet av byggande och totalentreprenadform/'egen regi' både ny och ombyggnad. Erfarenhet av partneringsliknande former med och framförallt utan incitament erfordras. Organisation som genomfört större sammanhängande produktioner och med erfarenhet av att leda projekteringen i alla faser samt säkra optimal integration mellan projektering och utförande". Vidare anges i annonsen under avsnitt IV "Förfarande,", punkten IV.2.1 "Tilldelningskriterier" att: "det mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till nedan angivna kriterier 1. Organisation: kompetens resurs, pris fasta delen enl. gränsdragningslista. Viktning 40. 2. Referenser: projekttyp, samverkansförmåga, förändringsvilja. Viktning 30. 3. Ekonomi: pris rörlig del enl. grändragningslista, admsystem. redovisning. Viktning 30". Dessa tilldelningskriterier korresponderar med tilldelningskriterierna för partnering i de administrativa föreskrifterna AFB.52.

Efter prekvalificering har Kommunfastigheter sänt inbjudan att lämna anbud till de företag som lämnat intresseanmälan och uppfyllt erfordrade krav. I inbjudan till att lämna anbud, daterad den 2 november 2010, anges under anbudsförutsättningar bl.a. följande: "Det andra anbudet skall bygga på en form av partnering som kommer att eftersträvas och det är därför viktigt att anbudslämnaren har klart för sig vilka funktioner som den tänkta

organisationen skall uppfylla". Vidare anges vilka huvudfaser som organisationen för projektet ska behärska, samt vad partneringsanbudet ska omfatta. I de administrativa föreskrifterna anges under AFB.15, "Förutsättningar för upphandlingen" bl.a. följande: "Förfrågan avser ett djupare samarbete mellan parterna än vid konventionell entreprenad. Beställaren eftersträvas full öppenhet mellan parterna".

Sammantaget har det för anbudsgivarna stått klart att Kommunfastigheter i första hand avsett att genomföra entreprenaden genom ett partnersamarbete och att Kommunfastigheter rangordnat de två anbuden som efterfrågats. Som framgår av 12 kap. 2 § LOU är det tillåtet att rangordna tilldelningskriterier.

#### *Utvärdering av anbud*

Kommunfastigheter har utvärderat samtliga anbud. Eftersom Kommunfastigheter antagit ett partnersansbud har endast utvärderingen för detta anbudsalternativ bifogats tilldelningsbeslutet. Bolagets uppgifter angående telefonsamtalet med Tomas Lindgren bygger på ett missförstånd. Tomas Lindgren har i telefonsamtalet bekräftat att Kommunfastigheter endast bilagt utvärderingen för partneringsanbud i enlighet med tidigare angiven preferens. Det Kommunfastigheter lämnat ut till bolaget efter telefonsamtalet var en sammanställning över samtliga anbud, inte utvärderingsprotokollet. I anbudssammanställningen framgår enbart vilka som var anbudsgivare och anteckningar om kvalificeringen, dvs. inga uppgifter avseende utvärderingen. Utvärderingsprotokollen för partnering och totalentreprenad/ABT 06 är daterade den 2 februari 2011. Av dessa handlingar framgår att Kommunfastigheter utvärderat samtliga inkomna anbud. Båda handlingarna är upprättade och daterade den 2 februari 2011, samma datum som tilldelningsbeslutet meddelades.



## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

I 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 12 kap. 1 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 1 § LOU anges följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges följande. 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.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida Kommunfastigheter, i de avseenden som bolaget påstått, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan tillämplig bestämmelse, och i sådant fall om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Bolaget har anfört bl.a. att det av förfrågningsunderlaget inte går att utläsa vilket av partneringsanbudet eller totalentreprenadanbudet som kommer att antas. Vidare framgår inte vilken viktning som ska gälla mellan de olika anbudena. Bolaget har lämnat det anbud, totalentreprenad, som fått högst poäng och skulle således ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Bolaget har vidare anfört att det av förfrågningsunderlaget inte gått att utläsa vilka omständigheter som legat till grund för Kommunfastigheters val av anbud.

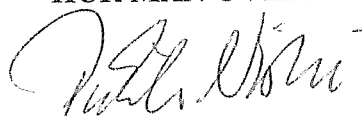
Kommunfastigheter har anfört bl.a. att det av AFB, annonsen samt anbuds-inbjudan tydligt framgått att Kommunfastigheter haft partnering som preferens. Kommunfastigheter valde att infordra anbud avseende totalentreprenad då man inte var säker på att få in tillräckligt många anbud avseende partnering. Ett annat syfte med att begära in anbud för totalentreprenad har varit att säkerställa ett eventuella partneringsanbud är marknadsmässiga. Kommunfastigheter har kunnat använda delar av anbudspriset i totalentreprenaden som måttstock för de efterfrågade påslag som anbudsgivarna gjort i partneringsanbudet och på så sätt bedöma affärsmässigheten och rimligheten i dessa.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I målet är ostridigt att Kommunfastigheter i upphandlingen begärt in anbud enligt två alternativ, ett avseende partnering och ett avseende totalentreprenad. Kommunfastigheter menar att det av annonsen, inbjudan och förfrågningsunderlaget tydligt framgått att partnering var den utförandeform som föredrogs men att man utvärderat samtliga inkomna anbud samt att man valt att anta ett anbud avseende partnering. Även om Kommunfastigheter gör gällande att samtliga anbud utvärderats enligt de två alternativen noterar förvaltningsrätten att det i tilldelningsbeslutet anges att beställaren valt att lägga störst intresse

på partneringalternativet och att HMB lämnat det förmånligaste alternativet. Enligt förvaltningsrättens mening går det inte av förfrågningsunderlaget att utläsa hur de olika alternativen skulle värderas inbördes. Om Kommunfastigheter avsett att välja ett anbud avseende partnering borde detta tydligt ha angivits i förfrågningsunderlaget samtidigt som det tydligt skulle ha framgått att anbudet avseende totalentreprenad endast skulle komma att antas då inga anbud avseende partnering inkommit.

Mot bakgrund av ovanstående gör förvaltningsrätten bedömningen att förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen inte varit utformat på ett sådant sätt att anbudsgivarna kunnat förutse vad Kommunfastigheter tillmätt betydelse vid utvärderingen av de alternativa anbuden, jfr. RÅ 2002 ref. 50. Kommunfastigheter har således genomfört upphandlingen i strid med 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten finner vidare att bolaget lidit skada av Kommunfastigheters handlande. Då bristerna är att hänföra till upphandlingens förfrågningsunderlag och således den konkurrensuppsökande fasen är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Förvaltningsrätten finner därmed att upphandlingen ska göras om.

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



Per-Erik Nistér  
rådman

Målen har handlagts av Andreas Lund.



# 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU