



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 2  
Hannah Ivarsson

**DOM**  
2012-01-11  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
4849-11 E  
Enhetschef 2

**SÖKANDE**

Svevia AB, 556768-9848  
Box 4018  
171 04 Solna

Ombud: Anders Asp  
Regionkontor Väst  
Box 2025  
422 02 Hisingsbacka

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012-01-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**MOTPART**

Borås Stad  
501 80 Borås

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Borås stad (kommunen) genomför en upphandling avseende markentreprenad, Kronängs IF/Gässlösa IP, Gässlösa 5:1. Kommunen beslutade den 22 september 2011 att tilldela annan anbudsgivare än Svevia AB (Svevia) upphandlingskontraktet, nämligen Servicekontoret. Svevia har därefter ansökt om överprövning och har därvid yrkat att förvaltningsrätten interimsistiskt förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Svevia yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om med i huvudsak följande motivering. I de administrativa föreskrifterna

<b>Postadress</b> Box 2201 550 02 Jönköping	<b>Besöksadress</b> Östra Storgatan 33 A	<b>Telefon</b> 036-15 65 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	<b>Telefax</b> 036-15 66 55	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	---	--------------------------------	---

för upphandlingen (AFB.11) anges att beställaren förbehåller sig rätten att efter upphandling genomföra entreprenaden som ett partneringsprojekt. I AFB.13 anges att ersättningsformen är fast pris utan indexreglering. I AFB.13 anges också att, för det fall partnering väljs, ska ersättningsformen vara löpande räkning med riktpolis och kostnadsincitament. Löpande räkning innebär att entreprenören erhåller ersättning för sina självkostnader med ett visst påslag (entreprenörarvode) som ska täcka overheadkostnader, risk och vinst m.m. Ett riktpolis innebär att parterna kommer överens om ett visst uppskattat pris för arbetena som riktmärke (motsvarande budgetpris, cirkapris osv.). Eftersom en ungefärlig prisuppgift inte är bindande utanför konsumentförhållanden bör detta kombineras med ett kostnadsincitament som vanligtvis innebär att entreprenören vid ett underskridande av riktpoliset erhåller en bonus, medan entreprenören vid överskridande av samma pris får vidkännas ett visst avdrag på kostnadsöverskridandet. Exakt hur en sådan incitamentsreglering är utformad varierar. De två ersättningsformerna är helt olika och fristående från varandra. De är därtill ömsesidigt utslutande. För det fall fast pris gäller saknar entreprenörens självkostnad helt betydelse. Å andra sidan, om löpande räkning gäller saknar den av anbudsgivaren angivna anbudssumman helt betydelse. Utvärderingsmodellen är inte ägnad att leda till ett rättvisande resultat och är därför inte förenlig med bestämmelsen i 12 kap 1 § LOU.

Enligt vad som anges i AFB.51 ska det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (lägst pris) antas. Med detta får anses att kommunen avser att anta den anbudsgivare som har lägst anbudssumma enligt mängdförteckningen. På detta sätt har också utvärderingen sedermera skett. Utvärderingen av anbuderna har därmed ingen som helst relevans för det fall kommunen skulle välja att utnyttja den rätt som kommunen förbehållit sig att utföra entreprenaden genom partnering. Någon möjlighet för kommunen att utifrån anbuderna bedöma vilket anbud som skulle vara det ekonomiskt mest fördelaktiga vid en partneringslösning finns inte. Eftersom den

angivna anbudssumman saknar betydelse för det fall kommunen utnyttjar möjligheten till partnering, försvinner också den risk som för anbudsgivaren är förknippad med att lämna ett fast pris om kommunen väljer en partneringslösning. Ett lågt pris på mängdförteckningen skulle då innebära en ökad chans att antas utan att det påverkar entreprenörens ekonomiska risk vid utförandet av arbetena inom ramen för en partneringslösning. Servicekontoret är en enhet inom kommunen och det kan inte uteslutas att Servicekontoret har en annan (bättre) insikt i kommunens preferenser i denna del. Servicekontorets anbud ligger vidare markant lägre än övriga anbudsgivares anbud. Det kan också t.ex. konstateras att Servicekontoret har tillåtits att komplettera sitt anbud efter anbudstidens utgång. Svevia har dessutom begärt ut samtliga anbud i upphandlingen, men har bara erhållit vissa delar av Servicekontorets anbud.

*Kommunen* yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Utvärderingen av anbuderna har, helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, uteslutande skett med hänsyn till vilket anbud som innehåller det lägsta priset. Övrig ingående information i anbuderna har således inte tillåtits påverka bedömningen. Inte heller har kommunen förbehållit sig den option som Svevia påstår, varför Svevias yrkande saknar relevans. Av förfrågningsunderlaget (AFB.5) framgår att beställaren förbehåller sig rätten att anta det anbud som har den lägsta anbudssumman. Det har inte angetts, att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Härutöver har kommunen i AFB.11 angivit att ett s.k. partneringsprojekt kan bli aktuellt. Detta förutsätter emellertid att entreprenören efter det att arbetena har satts igång finner att det finns alternativa lösningar, vilka inte kunnat förutses i samband med de markundersökningar som legat till grund för förfrågningsunderlaget. Om detta blir fallet är omöjligt att förutskicka i samband med anbudsvärderingen, varför principen om lägsta pris är den enda möjliga utvärderingsmodellen. Partnering i entreprenadförhållanden är en samarbetsform som kräver samtycke av båda parter. Kommunen kan således inte själva,

efter det att en entreprenör har antagits, bestämma att en partnering ska inledas. Även av detta skäl kan det enda urvalskriteriet vid anbudsutvärderingen vara principen om lägsta pris och inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Under anbudsutvärderingen uppstod en osäkerhet avseende Servicekontorets anbud. Osäkerheten avsåg hur Servicekontoret hade beräknat fraktioner och lagertjocklekar i anbudet. Servicekontoret svarade att man inte hade gjort några egna beräkningar överhuvudtaget, utan att man hade använt sig av de beräkningar som framgick av förfrågningsunderlaget. Någon otillåten komplettering av Servicekontorets anbud har alltså inte förekommit. Det har för övrigt inte förekommit någon komplettering överhuvudtaget, utan endast ett svar på en förfrågan. Servicekontoret begärde att deras handlingar skulle sekretessbeläggas av konkurrensskäl. En begäran som kommunen ansåg rimlig eftersom konkurrenter, som driver likartad rörelse, skulle ha kunnat otillbörligen gynnats om uppgifterna röjdes. Svevia, och andra anbudsgivare, har begärt ut dessa handlingar i särskild ordning och har upplysts om sekretessbeläggningen.

*Svevia* vidhåller därefter sin inställning och anför bl.a. följande. Av AFB.11 framgår tydligt att det är fråga om en rätt för kommunen att ensidigt besluta om att genomföra entreprenaden som ett partneringsprojekt. Genom att lämna anbud har förstås anbudsgivaren accepterat detta villkor. Av bestämmelsen framgår inte att partnering endast kan bli aktuellt om det efter att arbetena har satts igång framgår att det finns alternativa lösningar, vilka inte har kunnat förutses i samband med de markundersökningar som legat till grund för förfrågningsunderlaget. Vid genomgången av förfrågningsunderlaget har Svevia uppmärksammat vissa oklarheter vad avser dels projekteringen av markarbetena och dels ersättningsformen för entreprenaden. Såsom framgår av bl.a. AFB.12, är det fråga om en totalentreprenad. I en totalentreprenad är utgångspunkten att entreprenören ska pro-

jektera och dimensionera anläggningen så att den uppfyller de funktionskrav som beställaren har uppställt. I AFD.1 anges följaktligen också att entreprenaden omfattar projektering och utförande av mark- och ledningsarbeten enligt under AFB.22 angivna handlingar samt att anläggningar ska vara fullt färdiga och funktionsdugliga för avsedd verksamhet.

Utvärderingen av anbuderna har skett utifrån anbudssumman enligt en mängdförteckning där beställaren har förutsatt ett visst utförande av arbetena. Såsom Svevia tolkar förfrågningsunderlaget är beställarens avsikt inte att föreskriva ett visst utförande, utan att entreprenören ska (såsom brukligt i en totalentreprenad) på egen bekostnad och på eget ansvar projektera och dimensionera anläggningen. Detta kan förstås innebära att entreprenören väljer ett annat utförande än det som mängdförteckningen utgår ifrån. Det går då inte att mäta och ersätta arbetena i enlighet med mängdförteckningen och den anbudssumma som utvärderats saknar då betydelse för den verkliga kostnaden för arbetena. Utvärderingsmodellen är då inte ägnad att leda till ett rättvisande resultat och är därmed inte förenlig med LOU (se t.ex. RÅ 2002 ref. 50).

*Kommunen* anför därefter bl.a. följande. Kommunen bestrider givetvis inte att ordalydelsen i förfrågningsunderlaget är den som Svevia redovisar. Emellertid hävdas fortfarande att det är praktiskt omöjligt att övergå till partnering om inte båda parter är överens om det. Ett partneringsprojekt förutsätter nämligen, som Svevia mycket väl vet, att entreprenören har en idé om hur man skulle kunna genomföra projektet på ett annat, och bättre, sätt än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Har inte entreprenören en sådan idé, kan inte gärna beställaren bestämma att partnering ändå ska ske. Kommunen kan i och för sig vidgå att ordalydelsen i förfrågningsunderlaget inte är den bästa, men Svevia kan å andra sidan, som erfarna entreprenörer, inte vara omedvetna om hur det i praktiken fungerar med partnering. Under alla omständigheter har denna skrivning inte haft någon som

helst betydelse vid utvärderingen av anbuden eftersom det är omöjligt att prissätta en partnering, som kanske inte ens blir av. Att det är fråga om en totalentreprenad är ostridigt. Inget hindrar emellertid att en beställare även vid denna entreprenadform förutsätter ett visst utförande, eller anger vissa omständigheter, som entreprenören har att förhålla sig till. Det som i sådant fall sker är endast, att entreprenören inte behöver ansvara för projekteringen i just dessa delar. Fråga blir då snarare om en styrd totalentreprenad än om en ren sådan. Utgången i RÅ 2002 ref. 50 talar snarast till kommunens fördel. Målet handlar om viktning då metoden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud används och är knappast relevant när, som i detta fall, principen om lägsta pris används.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten har beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt har beslutat att begära in anbud (se prop. 2009/10:180 del 1, s. 310 och prop. 2006/07:128 del 1, s. 447).

Av utredningen i målet framgår att upphandlingen har påbörjats efter den 15 juli 2010. Bestämmelserna i LOU med lydelsen från och med den 15 juli 2010 ska därför tillämpas.

I 1 kap. 9 § 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.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I 12 kap. 1 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

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

Av 16 kap. 5 § 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 de administrativa föreskrifterna till förfrågningsunderlaget, AFB.11, anges att det är fråga om ett förenklat förfarande och att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling samt att beställaren förbehåller sig rätten att efter upphandling genomföra entreprenaden som ett partneringsprojekt. Upphandlingen syftar till att beställaren tillsammans med en partner vill skapa en strukturerad samarbetsform där beställaren, entreprenören och projektörer löser markentreprenaden för Kronängs IP på ett förtroendefullt samarbete.

Enligt AFB.12 är entreprenadformen (TE/Mark) enligt ABT 06 exkl. byggentreprenad och vid partnering är det totalentreprenad (TE/Mark) i samverkan.

I AFB.13 anges följande. Ersättningsformen är fast pris utan indexreglering. Vid partnering är ersättningsformen för denna del "löpande räkning" med riktpolis och kostnadsincitament.

Enligt AFB.5 förbehåller sig beställaren att anta anbudet med lägsta anbudssumman.

Enligt AFB.52 kommer det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (lägst pris) att antas.

I granskningspromemoria daterad den 16 september 2011 anges bl.a. följande. Anbudet har efter nollställning placerat sig enligt följande. Servicekontoret hade den lägsta anbudssumman om 16 060 000 kr. Svevia hade det fjärde lägsta priset med en anbudssumma om 18 459 900 kr.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Eftersom lydelsen i LOU från och med den 15 juli 2010 med avtalsspärr är tillämplig i målet och interimistiskt beslut inte behövs, föranleder inte Svevias interimistiska yrkande någon åtgärd från förvaltningsrättens sida.

Det ankommer inte på förvaltningsrätten att pröva huruvida kommunens beslut att sekretessbelägga handlingar i ärendet var korrekt eller inte. Vad Svevia har anfört i denna del föranleder därför ingen åtgärd från förvaltningsrättens sida.

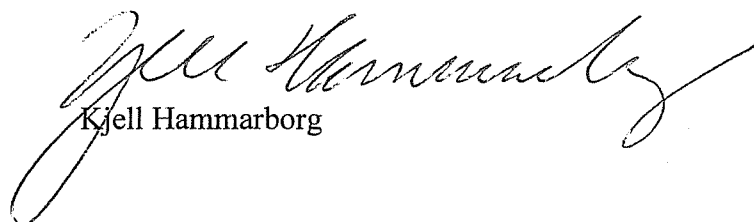


Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

En upphandlande myndighet har vidare möjlighet att tillåta att en uppenbar felskrivning eller något annat uppenbart fel i anbudet rättas. Oavsett bedömningen av om Servicekontoret har tillåtits att göra en otillåten komplettering eller inte, så har inte Svevia lidit någon skada eftersom Sveglias anbud har det fjärde lägsta priset i utvärderingen. Det finns därför inte någon grund för att pröva Sveglias invändning i denna del.

Syftet med LOU är bl.a. att skapa förutsebarhet bland anbudsgivarna. Kommunen har upphandlat en markentreprenad. Svevia har invänt att utvärderingsmodellen inte är ägnad att leda till ett rättvisande resultat och således inte förenlig med LOU eftersom kommunen förbehåller sig rätten att efter upphandlingen utföra entreprenaden som en partnering samt att kommunen har förutsatt ett visst utförande i mängdförteckningen. Den upphandlande myndigheten har stor frihet att bestämma föremålet för upphandlingen (jfr RÅ 2010 ref. 78). Den upphandlande myndigheten har också en stor frihet att bestämma vilken utvärderingsmodell som ska användas så länge LOU:s principer inte träds för när. Parterna är överens om att det är det anbud med lägst pris som ska antas. Det är också så utvärderingen har skett. Kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Vad Svevia har anfört visar inte att förfaringsättet strider mot de grundläggande principerna i LOU. Sammanfattningsvis finns inte grund för ingripande enligt LOU och ansökan ska därför avslås.

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



Kjell Hammarborg