



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2015-01-20  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
6921-14

**SÖKANDE**

Markmiljö i Jönköping AB, 556733-8487  
Huskvarnavägen 152  
561 32 Huskvarna

**MOTPART**

Ödeshögs kommun  
599 80 Ödeshög

Ombud: advokaten Helena Rosén Andersson  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015 -01- 2 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Ödeshögs kommuns upphandling Ödeshögs centrum, Ombyggnad av gator och torg i Ödeshögs centrum, ska göras om.

Dok.Id 191719

**Postadress**  
Box 406  
581 04 Linköping

**Besöksadress**  
Brigadgatan 3

**Telefon**  
013-25 11 00

**E-post:**  
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

**Telefax**  
013-25 11 40

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## BAKGRUND

Ödeshögs kommun (kommunen) genomför en upphandling av en entreprenad avseende ombyggnad av gator och torg i Ödeshögs centrum (upphandlingen).

Upphandlingen har genomförts i ett förenklat förfarande enligt LOU. Som tilldelningsgrund tillämpades inledningsvis lägsta anbudssumma. Genom ett kompletterande förfrågningsunderlag (KFU nr 1) ändrade kommunen tilldelningsgrunden till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I samband härmed redogjorde kommunen för den modell som skulle användas vid anbudsutvärderingen.

Av kommunens tilldelningsbeslut framgår att fyra anbud inkommit, att samtliga anbudslämnare har uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget samt att anbuden har sammanställts och utvärderats. Vidare framgår att BEFAB Entreprenad i Mjölby AB (BEFAB) antogs som entreprenör för det i upphandlingen avsedda arbetet.

## YRKANDEN M.M.

Markmiljö i Jönköping AB (Markmiljö) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att Markmiljö ska tilldelas kontraktet och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

## VAD PARTERNA HUVUDSAKLIGEN HAR ANFÖRT

### *Markmiljö*

Bolagets anbud har en summa som är 759 263 kr lägre än BEFAB:s anbud. Kommunen har utan förklaring genom KFU nr 1 ändrat anbudsutvärderingen. Det saknas saklig grund för den ändrade utvärderingsmodellen. Alla tillkommande arbeten som kommunen hade kommit på finns med i kontraktssumman i och med KFU nr 1. Ingen av de i anbudsutvärderingen ingående punkterna är en direkt följd av den komplettering som gjorts på arbetsinnehåll i KFU nr 1. ÄTA-arbeten gäller bara på de typer av arbeten som inte redan finns prissatta i mängdförteckningen. De flesta tillkommande arbeten är därmed redan prissatta i mängdförteckningen och regleras genom uppmätning och inte som ÄTA-arbete. Detta ger troligen kommunen mycket stora besvär att överhuvudtaget komma upp till en nollnivå med Markmiljös anbud.

BEFAB har manipulerat anbudsutvärderingen genom att på tre av fyra för utvärderingen utpekade timkostnader lämnat nästintill nollpriser för maskiner (1 kr/tim). Detta är en klar underprissättning. Markmiljö har på samtliga 277 arbetsmoment och timkostnader förutom de tre utpekade för anbudsutvärderingen lämnat lägre priser än BEFAB. Kommunen har inte angett några krav på användning av maskiner i viss storlek för tillkommande ÄTA-arbeten, vilket innebär att entreprenören vid ÄTA-arbeten kan utesluta användning av de maskiner som prissatts till 1 kr/tim och istället använda en maskinstorlek som debiteras med betydligt högre lämnade timpriser. BEFAB bör på grund av sina underprissättningar uteslutas från slutlig anbudsutvärdering.

Utvärderingsmodellen gör det möjligt för en anbudsgivare och kommunen själv att sätta prisbilden för projektet. Att göra en anbudsutvärdering som utgår från tillkommande arbeten, vilket ingen idag har möjlighet att göra,

borde inte få vara avgörande i ett fall då kommunen har två betydligt lägre kontraktssummor att välja på.

Markmiljö har vid kontakt med en av kommunens representanter som medverkade vid anbudsöppningen fått besked om att det förekommit kontakt mellan kommunen och BEFAB. Markmiljö fick beskedet att BEFAB räknat upp sin kontraktssumma för att täcka eventuella ÄTA-arbeten som i så fall skulle regleras på de underprissatta posterna. Markmiljö kanske missuppfattade att det varit efter anbudsöppningen och att det istället skett innan KFU nr 1 kom som ett försök att kunna upphandla vem man vill istället för att få ut den ekonomiskt mest fördelaktiga kontraktssumman.

#### *Kommunen*

Kommunens ursprungliga utvärderingsmodell beaktade inte behoven av ÄTA-arbeten som skulle behöva göras. Därför såg kommunen anledning att komplettera förfrågningsunderlaget med bl.a. en anbudsutvärderingsmodell som beaktade vissa ÄTA-arbeten. I samband därmed kompletterades modellen med ett kvalitetskriterium, nämligen kompetens och erfarenhet för projektorganisationen. Markmiljö har haft samma möjligheter som BEFAB att lämna ett konkurrenskraftigt anbud enligt anbudsutvärderingsmodell som annonserades i kompletteringen. Markmiljö har också lämnat anbud enligt det kompletterade förfrågningsunderlaget, varför bolaget inte lidit eller riskerat lida någon skada på grund av kompletteringen av förfrågningsunderlaget.

De arbeten som kommer att behöva utföras enligt kontraktet har tagits in i mängdförteckningen och ingår därmed i anbudsutvärderingen. Det är naturligt och viktigt för att utvärderingen på ett så rättvisande sätt som möjligt ska spegla kontraktets värde inklusive förutsedda ÄTA-arbeten. Det var skälet till att kommunen justerade förfrågningsunderlaget så att anbudsutvärderingsmodellen blev rättvisande och uppfyllde kraven i LOU.

Vid en entreprenad i aktuell storlek uppstår det många gånger ÄTA-arbeten som beställaren inte har kunnat förutse.

I utvärderingsmodellen finns en normal inbördes viktning mellan kriterierna pris, kompetens och erfarenhet för projektorganisation samt ersättning för ÄTA-arbeten. Modellen strider därför inte mot principerna i LOU. Utvärderingsmodellen har tillämpats vid utvärderingen.

BEFAB:s anbud bedömdes vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid ÄTA-arbeten kan inte BEFAB avböja att använda de maskiner som prisatts till 1 kr/tim. BEFAB har ingen möjlighet att vägra utföra ÄTA-arbeten enligt avtalet.

Kommunen har inte haft någon kontakt med BEFAB före tilldelningsbeslutet och inte heller genom sådana kontakter vidtagit någon åtgärd som strider mot LOU.

### **SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### *Tillämpliga bestämmelser*

En upphandling ska enligt 1 kap. 4 § LOU genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges 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.

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.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det finns anledning att ingripa mot upphandlingen på de grunder som Markmiljö har anfört. Markmiljö har kritiserat kommunens komplettering av förfrågningsunderlaget likväl som utformningen av utvärderingsmodellen och anbudet från BEFAB.

#### *Kompletteringen av förfrågningsunderlaget*

I målet framgår att kommunen har ändrat utvärderingsmodellen genom KFU nr 1 efter att upphandlingen annonserats. Enligt kommunen har ändringen gjorts på grund av att den tidigare utvärderingsmodellen inte beaktade behoven av vissa nödvändiga ÄTA-arbeten.

I praxis har konstaterats att LOU saknar såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet är således inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbud ges in klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Detta under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 20 september 2010 i mål nr 1829-10).

Vid genomförande av ett upphandlingsförfarande gäller att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget dels ska redovisa de krav som ställs på anbudsgivarna, dels redogöra för hur utvärderingen av anbudet

ska gå till. I det allmänna kravet på transparens ligger att anbudsgivarna ska kunna utforma sina anbud på ett sådant sätt att de är så konkurrenskraftiga som möjligt utifrån de i förfrågningsunderlaget givna förutsättningarna. Anbudsgivarna ska också kunna räkna med att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen följer det redovisade tillvägagångssättet (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 21 januari 2010 i mål nr 4278-09).

Enligt förvaltningsrättens mening är förändringen av utvärderingsmodellen väsentlig i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Förändringen i sig står således i strid med LOU. Inget annat har dock framkommit än att Markmiljö har haft samma möjligheter som BEFAB att lämna ett konkurrenskraftigt anbud enligt den nya utvärderingsmodellen och att Markmiljö har lämnat anbud enligt det kompletterade förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund härav kan kommunens byte av utvärderingsmodell inte i någon nämnvärd grad anses ha negativt påverkat utformningen av Markmiljös anbud. Markmiljö kan inte sägas ha lidit, eller riskerat att lida, skada av ändringen. Vidare har inget framkommit som visar att någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna har trätts för när genom ändringen. Skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund saknas således.

#### *Utvärderingsmodellens utformning och BEFAB:s anbud*

Kommunen angav inledningsvis i utsänt förfrågningsunderlag att kontrakt skulle tilldelas det anbud som har lägst anbudssumma. Detta har kommunen ändrat i det kompletterande förfrågningsunderlaget, KFU nr 1. I punkten *AFB.53 Värderingsgrunder vid prövning av anbud* i KFU nr 1 anges istället följande.

Beställaren kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till de kriterier som anges nedan. Vid anbudsutvärdering användes en poängskala, varvid 100 är högsta poäng som

kan uppnås totalt. Varje kriterium (exkl. pris) enligt nedan poängsätts enligt poängskala för varje enskilt kriterium. Saknas i anbudet redovisning av någon del erhålls 0 i betyg för det kriterium som uppgiften skulle ha använts till.

- Se bilaga 1 med fiktiv utvärdering och räkneexempel.
- Utvärderingskriterier med viktning och maximala poäng

#### Pris 75 %

Utvärderingen av pris kommer att ske enligt följande: Det anbud med lägst nollställd anbudssumma får 75 poäng. Poängsättning av övriga anbud sker enligt följande formel "poäng" = (lägst nollställd anbudssumma/anbudets nollställda anbudssumma) x 75.

Följande redovisas i anbud:

- Anbudssumman exkl mervärdesskatt baserad på förfrågningsunderlaget utan avsteg
- Timpriser, entreprenörsarvoden (%-påslag på material respektive underentreprenader) enligt anbudsformulär

#### Kompetens och erfarenhet för projektorganisationen 10 %

Utvärderingen av pris kommer att ske enligt följande:

Platschef med min 5 års erfarenhet av liknande arbete ger 10 poäng

Platschef med min 4 års erfarenhet av liknande arbete ger 8 poäng

Platschef med min 3 års erfarenhet av liknande arbete ger 6 poäng

Platschef med min 2 års erfarenhet av liknande arbete ger 4 poäng

Platschef med min 1 års erfarenhet av liknande arbete ger 2 poäng

#### Ersättning för ÄTA-arbeten 15 %

Utvärderingen av ersättning för ÄTA-arbeten på löpande räkning kommer att ske enligt följande fiktiva modell.

Fiktivt scenario:

A. Tillkommande timmar för entreprenörens tillägsarbete,



Anläggningsarbetare/rörläggare/stensättare 80 timmar.

B. Tillkommande timmar för lastbil 3-axlig med tipp vid tilläggsarbete 50 timmar.

C. Tillkommande timmar för hjulgrävmaskin (12,1-16 ton) vid tilläggsarbete 80 timmar.

D. Tillkommande timmar för hjullastare (5-11 ton) vid tilläggsarbete 30 timmar.

a) Fiktiv kostnad, FK för ÄTA-arbetet på löpande räkning beräknas på följande sätt:

$$FK=80xA+50xB+80xC+30xD$$

Av anbudsutvärderingen framgår följande. Markmiljö lämnade lägst anbudssumma 7 218 000 kr och BEFAB näst högst. Skillnaden mellan dessa två anbud är ca 759 000 kr. Vid utvärderingen "nollställdes" Markmiljö's anbud och det tilldelades 75 poäng för kriteriet *Pris*. BEFAB:s nollställda anbudssumma tilldelades 67,86 poäng avseende *Pris*. Markmiljö och BEFAB tilldelades båda 10 poäng för kriteriet *Kompetens och erfarenhet för projektorganisationen* (platschefs erfarenhet). För kriteriet *Ersättning för ÄTA-arbeten* tilldelades Markmiljö 3,54 poäng medan BEFAB tilldelades 15 poäng. På tre av de fyra punkterna (B, C och D) har BEFAB lämnat timpriset 1 kr, vilket gäller för treaxlad lastbil (B), hjulgrävmaskin om 15-20 ton (C) och hjullastare 5-11 ton (D). I ett s.k. fiktivt scenario har kommunen angett tilläggsarbete för B till 50 timmar, C till 80 timmar och D till 30 timmar. Sammantaget tilldelades BEFAB 92,86 poäng och Markmiljö 88,54 poäng.

Av rättspraxis framgår (se RÅ 2002 ref. 50) att i det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett

rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Utvärderingsmodellen har beskrivits i KFU nr 1 och kommunen har tilllämpat utvärderingsmodellen på det sätt som har angetts. BEFAB har lämnat anbud i enlighet med den beskrivna utvärderingsmodellen och den omständigheten att bolaget har lämnat tre prisuppgifter om 1 kr/timme är inte i sig grund för att ifrågasätta anbudet. Enbart det förhållandet att vissa av priserna är låga kan således inte innebära att kommunen borde ha ingripit mot anbudet. Det Markmiljö uppgett visar inte heller, mot kommunens bestridande, att BEFAB särbehandlats genom kontakter under anbudstiden.

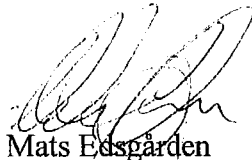
Fråga är istället om utvärderingsmodellen som sådan innefattar angripbara felaktigheter. Markmiljö har oemotsagt uppgett att dess anbud innehåller lägre priser än BEFAB:s på samtliga övriga 277 kategorier bortsett från tre av de fyra utvärderade priserna. Det framgår att anbudet från Markmiljö har den lägsta anbudssumman.

Förvaltningsrätten konstaterar att utvärderingsmodellen är relativ, vilket innebär att anbuden vid utvärderingen ställs i relation till varandra. Anbuden tilldelas i förevarande fall poäng för sina erbjudna priser i förhållande till det anbud som erbjudit lägst pris. Priserna utvärderas på detta sätt både i fråga om anbudssumman och ersättning för tilläggsarbeten, "ÄTA-arbeten". Det kan ifrågasättas om en sådan modell är förenlig med lagens intentioner. Modellen måste i vart fall anses tveksam som modell för att nå det ekonomiskt mest fördelaktiga priset i fall det som förevarande när en

leverantör använt sig av s.k. strategisk prissättning. I upphandlingen har denna modell lett att en mindre del av de prisuppgifter som utvärderas (15 procent, avseende eventuella "ÄTA-arbeten"), och en mycket liten del av efterfrågade arbetsmoment (3 av 277) fått en helt avgörande betydelse vid utvärderingen. Prisuppgifterna avseende "ÄTA-arbeten" kan dessutom komma att helt sakna betydelse i realiteten till följd av att kommunen i upphandling tydliggjort (se AFC.23) att kommunen själv kan komma att utföra "ÄTA-arbeten" eller anlita annan entreprenör för sådant arbete. Det är vidare, som kommunen själv anger, inte möjligt att förutse tillkommande "ÄTA-arbeten" och endast ett blygsamt antal timmar finns antagna i den fiktiva beräkningen. Det finns därmed grund för att hävda att utvärderingsmodellen inte, för det arbete som kontraktet med säkerhet kommer att innefatta, säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Modellen strider därmed mot LOU (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 21 mars 2011 i mål nr 5293-10 och Kammarrättens i Jönköping dom den 20 juni 2011 i mål nr 1418-11). Till följd av den bristfälliga utvärderingsmodellen har Markmiljö lidit skada.

Förutsättningar för att ingripa i upphandlingen finns därför och ingripandet ska, eftersom felet rör utvärderingsmodellen, bestå i att upphandlingen ska göras om.

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



Mats Edsgården

Föredragande har varit Seyde Bunyemen Ogur.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Jönköping. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kamrarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

**Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kamrarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.