



SÖKANDE

Skanska Industrial Solutions AB, 556793-1638
c/o Skanska Sverige AB
112 74 Stockholm

Ombud: Advokat Linda Dahlström och jur.kand. Christoffer Erlandsson
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPARTER

Skövde kommun
541 83 Skövde

Falköpings kommun
521 81 Falköping

Hjo kommun
544 81 Hjo

Karlsborgs kommun
546 82 Karlsborg

Tibro kommun
543 80 Tibro

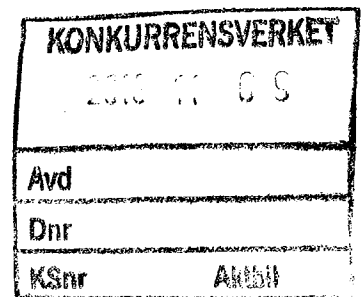
Tidaholms kommun
522 83 Tidaholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND

Skövde kommun, Falköpings kommun, Hjo kommun, Karlsborgs kommun, Tibro kommun och Tidaholms kommun (kommunerna) har genomfört en upphandling av beläggningsarbeten benämnd ”Beläggning 2018” (dnr 17/141) genom ett öppet förfarande. Varje kommun utgör ett anbudsområde och ett ramavtal tecknas för varje kommun. Utvärderingsgrunden är ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med beaktande av pris. Skanska Industrial Solutions AB (Skanska) har lämnat anbud på samtliga anbudsområden och placerats på första plats avseende anbudsområde Skövde kommun. Skanska har ansökt om överprövning av upphandlingens samtliga sex anbudsområden.

YRKANDE M.M.

Skanska Industrial Solutions AB yrkar att upphandlingen ska göras om.

Skövde kommun anser i första hand att Skanskas ansökan ska avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås.

Falköpings kommun, Hjo kommun, Karlsborgs kommun, Tibro kommun och Tidaholms kommun anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Skanska

Förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen

Kommunerna har på förhand angett mängder och priser för respektive post samt en total anbudssumma i mängdförteckningen för respektive anbudsområde. Anbudsgivarna ska sedan ange ett procentuellt påslag eller avdrag på den totala anbudssumman. Det angivna lägsta totalpriset för respektive om-

råde anses vara mest fördelaktiga anbudet. Antagen leverantör för respektive anbudsområde får sedan vid faktureringen debitera eller reducera offererat påslag eller avdrag. Den rabatt eller det påslag som lämnats används för att utvärdera anbuden samt tillämpas i efterföljande avtalsförhållande.

Anbudsgivarna har inte haft möjlighet att påverka priser för enskilda poster i mängdförteckningen. Flera av de angivna priserna är inte marknadsmässiga. På vissa poster är ett så lågt pris satt att ingen leverantör kan ha en kostnad som understiger det aktuella priset. Kommunerna har även satt väsentligt olika priser avseende samma post i de olika mängdförteckningarna. Det är inte möjligt att beräkna kostnader - och därmed intäkter - av eventuellt arbete avseende enskilda poster. Den prissättning som gjorts innebär att det är omöjligt att beräkna kostnader och anpassa anbudet i ekonomiskt hänseende. Anbudsgivarna har därmed saknat möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Mängdförteckningarna är även utformade på så sätt att de med stor sannolikhet inte alls motsvarar vad som kan komma att avropas under efterföljande avtal. En stor mängd poster i mängdförteckningarna har inte använts eller fakturerats under de föregående åren. De uppskattade volymerna avspeglar heller inte en historisk ungefärlig volym. Kommunerna har i frågor och svar uttryckligen angivit att de historiska volymer som anges i förfrågningsunderlaget ska bortses från vid kalkyleringen av anbuden. Anbudsgivarna har därför inte någon historisk uppskattad total volym att förhålla sig till vid beräkningen. Kommunerna garanterar inte heller några minimimängder eller lämnar uppskattade volymer med några förbindelser. En upphandlande myndighet är skyldig att utforma sitt förfrågningsunderlag så rättvisande som möjligt i förhållande till vad som faktiskt upphandlas. Att mängdförteckningarna avviker från vad som sannolikt kommer avropas, vad upphandlingen avser, strider mot transparens- och proportionalitetsprincipen.

Det prispåslag som ska lämnas utgår därmed inte från vad som faktiskt upphandlas utan från en fiktiv lista bestående av gissningar avseende mängder och marknadspriser för posterna. Det saknas möjlighet att beräkna ungefärlig årsvolym eller total volym samt ungefärliga kostnader för respektive post. Då det inte heller går att bedöma vad upphandlingsmålet faktiskt är saknas det möjlighet att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Det är inte möjligt att veta vad man lämnar rabatt eller prispåslag på. Avsaknaden av information om den ungefärliga omfattningen avseende art och volym strider mot principen om transparens. Modellen är inte effektiv. Den riskerar att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet sett till det faktiska upphandlingsföremålet inte tilldelas avtalet. Detta då kommunerna sannolikt utvärderar annat än vad som kommer att avropas.

Anbudsgivarna har mycket små möjligheter att konkurrera då utvärderingsmodellen i stor utsträckning leder till att anbudsgivaren tvingas gissa sig till ett generellt anbudspris. I praktiken saknar anbudsgivarna möjlighet att i anbudet offerera utnyttjandet av exempelvis ett kostnadseffektivt arbetssätt avseende vissa delar av efterfrågade varor/tjänster. Detta minskar anbudsgivarnas möjlighet att lämna konkurrenskraftiga och för upphandlingsföremålet adekvata anbud.

Prissättningsmodellen innebär även ett oproportionerligt risktagande för anbudsgivarna, främst avseende vad som kan komma att avropas under avtalet och kostnaderna för detta. Kommunerna har möjlighet att vid avrop kräva leverans av endast de poster som är satta till ett pris som kraftigt understiger marknadsmässigt pris. Anbudsgivarna åtar sig att leverera produkter/tjänster till priser som till stora delar inte är marknadsmässiga och där anbudsgivaren inte har täckning för sina kostnader till följd av den generella rabatten eller prispåslaget. Alternativet är att ange ett mycket högt prispåslag för samtliga poster för att ha täckning för kostnaderna för samtliga poster. Anbudsgivaren tvingas lämna ett högre och därmed mindre kon-

kurrenskraftigt anbud än vad som annars vore fallet. Anbudsgivarna har således inte möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Kommunerna har angivit att syftet med utvärderingsmodellen är att slippa spekulativ prissättning. Det finns flera möjligheter att åstadkomma det angivna syftet med mindre ingripande krav, exempelvis genom att ange tillåtna priser inom vissa intervaller för varje post, alternativt gruppera olika typer av poster varvid anbudsgivarna skulle ha att prissätta dessa. För att uppnå det eftersträvade syftet saknas skäl att begränsa möjligheten att utforma anbuden i den grad som nu skett. Kommunerna kunde ha garanterat vissa minimimängder alternativt baserat utvärderingen på en realistisk kalkyl över vad som faktiskt kan komma att avropas. Utformningen kan jämföras med andra situationer då upphandlande myndighet ställer alltför höga krav eller utformar upphandlingen på så sätt att konkurrensen begränsas.

De oproportionerliga kraven i utvärderingsmodellen och de risker och osäkerhetsmoment som detta medför för leverantörer, riskerar också att avhålla potentiella leverantörer från att lämna anbud. Utformningen av utvärderingsmodellen kan antas vara konkurrensbegränsande i så stor utsträckning att kravet är oproportionerligt jämfört med det eftersträvade syftet. Kraven kan antas särskilt påverka mindre leverantörers möjlighet att lämna anbud, då dessa sannolikt har mindre möjlighet att acceptera de risker och den osäkerhet som följer av utformningen av Upphandlingen.

I upphandlingen tillämpas reglerverket ”MER Anläggning 17”, som innehåller mät- och ersättningsregler för mängdförteckningar för anläggningsarbeten. Mängdförteckningarna avviker i vissa delar från MER Anläggning 17. Ett stort antal poster i mängdförteckningarna är angivna i ton trots att de enligt MER Anläggning 17 ska anges i kvadratmeter. Det har därför inte stått klart om de angivna mängderna och priset för aktuella poster avser ton eller kvadratmeter. Det föreligger en betydande skillnad i värde och ersätt-

ningsnivå om det rätteligen är så att posterna ska utgå från kvadratmeter. De avvikande posterna utgör en stor del av det totala värdet i respektive mängdförteckning. Om prissättningen sker i ton eller kvadratmeter har en betydande effekt för vilken faktisk mängd och därmed kostnad som priset i de aktuella posterna faktiskt avser. Det har en väsentlig påverkan på anbudsgivarnas kalkylerade kostnad för posterna och för anbudet som helhet. Detta har därmed en avgörande påverkan på vilken anbudsgivare som tilldelas Upphandlingen.

På ett flertal positioner i mängdförteckningarna för Skövde, Tibro, Karlsborg och Hjo har även angivits fyrstreckade poster. Enligt MER Anläggning 17 ska sådana fyrstreckade poster prissättas själva av anbudsgivarna i en femte kolumn. Så har dock inte skett vilket medför att det inte framgår av mängdförteckningarna om en vinnande anbudsgivare kan ta betalt för aktuella positioner om dessa avropas. Även i dessa delar följer en betydande osäkerhet avseende tolkningen av mängdförteckningarna och vad som ligger till grund för prissättningen av anbudet. Skanska har inte haft möjlighet att kalkylera fram sina egna kostnader avseende dessa punkter och har inte haft möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Enligt MER Anläggning 17 ska ändringar eller tillägg till reglerna anges som sådana ändringar, antingen i kontraktet eller i en särskild handling för att vara gällande. Så har inte skett i förfrågningsunderlaget. MER Anläggning 17 har enligt förfrågningsunderlaget företrädare framför vad som är angivet i mängdförteckningarna. De aktuella avvikelserna är således inte gällande då dessa inte angivits som ändringar i enlighet med vad som föreskrivs enligt MER Anläggning 17.

Frånsteg från Mer Anläggning 17 är inte en avtalsfråga. En förhandling efter tilldelning skulle innebära en justering av det vinnande anbudets pris i sin helhet. Det skulle också innebära en väsentlig förändring av förfrågningsun-

derlaget, i strid med LOU. Det är en sådan väsentlig ändring av kontrakt som inte är tillåten.

Anbudsområde Tidaholm

Efter anbudstidens slut har Kommunerna genomfört ändringar i Förfrågningsunderlaget. Kommunerna har skickat meddelande till anbudsgivarna om att mängdförteckningen avseende anbudsområde Tidaholm har justerats, på så sätt att två positioner beräknas i ton istället för i kvadratmeter. Även om det endast är en liten numerär del av posterna i mängdförteckningen som har ändrats, är det fråga om en stor del av värdet i aktuell mängdförteckning. De två aktuella posterna motsvarade ursprungligen ca 37 % av det totala värdet av mängdförteckningen. De två aktuella posterna avser "Maskinläggning på bituminöst underlag, 100 ABT". En kvadratmeter av sådan asfalt motsvarar ca 100 kg. Med de nya volymangivelserna har därför de aktuella posterna ändrats till att utgöra ca 23 % av det totala värdet i mängdförteckningen. Detta är en väsentlig ändring av Förfrågningsunderlaget vilken har skett i strid med LOU. Den ekonomiska jämvikten i avtalet har ändrats och upphandlingen har förändrats till sin omfattning. Det ursprungliga priset kan ha avhållit andra potentiella leverantörer från att lämna anbud.

I samma meddelande erbjöds också anbudsgivarna att justera offererad procentsats i sitt anbud avseende Tidaholm, vilket är det enda anbudsgivarna har att konkurrera med i upphandlingen. Även detta sker i strid med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i LOU. Två av anbudsgivarna har också lämnat in vad som får anses vara helt nya anbud till följd av detta. En av dessa anbudsgivare offererade först -52 % men ändrade därefter sitt anbud till -25%. Den andra anbudsgivaren offererade först -57 % och efter anbudstiden -27 %. Att två anbudsgivare har halverat sin offererade procentsats visar att ändringarna i förfrågningsunderlaget är väsentliga. Förändringen är även i strid med likabehandlings- och transparensprincipen, då den genomfördes med kort varsel. Vissa leverantörer har saknat möjlighet att på

kort tid omarbета sitt anbud och lämna ett nytt pris. Ett skäl till att inte lämna nytt anbud efter anbudstidens utgång, är att det skulle innebära att anbudsgivaren skulle kunna anses ha förändrat sitt anbud i strid med LOU, med förkastande av anbudet som följd.

Skanska noterar att Kommunerna nu påstår att de har gått över till förhandlat förfarande utan föregående annonsering avseende anbudsområde Tidaholm. Kommunerna har inte på något sätt tidigare visat eller meddelat att de övergått till ett sådant förfarande, varför Kommunernas påstående inte är trovärdigt. Kommunerna har i vart fall inte visat att de haft rätt att avbryta upphandlingen och övergå till förhandlat förfarande. Det är inte heller tillåtet enligt LOU att övergå till förhandlat förfarande och därefter genomföra väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget.

Anbudsområde Skövde

Vad avser anbudsområde Skövde föreligger samma brister i Förfrågningsunderlaget som avseende övriga delar generellt, och för vilka redogörs ovan. Bristerna innebär att Upphandlingen, även för anbudsområde Skövde, är utformad i strid med principerna om proportionalitet, transparens och likabehandling. Felen har inneburit att Skanska inte har getts möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Skanska har därför lidit skada i den mening som avses i LOU.

Skada

Skanska har lidit skada då Förfrågningsunderlaget har utformats i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen samt då det har genomförts väsentliga ändringar i förfrågningsunderlaget i strid med LOU. Utvärderingsmodellen är vidare oproportionerlig då den går utöver vad som kan krävas av den som vill lämna anbud på aktuella beläggningsarbeten. Felen har påverkat det sätt på vilket Skanska har utformat sitt anbud, Skanska har inte haft möjlighet att lämna sitt bästa anbud och gått miste om tillfälle att tillde-

las kontrakt i upphandlingen. Avseende anbudsområde Skövde har aktuella otydligheter och felaktigheter påverkat utformningen av Skanskas anbud på så sätt att Skanska inte fått möjlighet att lämna ett för Upphandlingen relevant anbud. Detta har medfört att Skanska har lidit eller riskerat lida skada i den mening som avses i LOU.

Kommunerna

Förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt. Utvärderingsmodellen är enkel att förstå och tillämpa. Modellen är transparent, öppen, innebär en likabehandling, och är förutsägbar. Den lämnar inget utrymme för subjektiva bedömningar. Samtliga anbudsgivare har genom underlaget kunnat läsa sig till vad ramavtalet innebär, vad kommunerna fäster vikt vid och hur utvärderingen kommer att gå till. Kalkylerna är att se som rimligt realistiska. Tilldelningsgrunden är lägst pris så det finns ingen risk för att den inte leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Förekomst av enskilda anbudspriser som inte täcker kostnaderna är mer regel än undantag i ramavtalsupphandlingar. Prisbilden torde inte avvika i någon nämnvärd utsträckning ifrån ramavtalsupphandlingar där anbudsgivare får prissätta posterna individuellt. Att enskilda poster har priser som understiger anbudsgivarens självkostnader påverkar varken konkurrensförfarandet, tilldelningsförfarandet eller ramavtalet. Lågt prissatta poster i aktuell upphandling har därtill anbudsgivare möjlighet att kompensera sig för genom ett högre procentpåslag. Utvärderingsmodellen hindrar inte anbudsgivarna från att dra fördel av eventuella särskilt kostnadseffektiva arbetsätt. Anbudsgivarna får beakta kostnadseffektiva arbetsätt vid sin prissättningskalkyl. Vinsterna av kostnadseffektiviteten får hämtas hem via avtalet i dess helhet.

Det finns en diskrepans från Mer 17. Denna diskrepans är inte större än tillåten, eller större än i en genomsnittlig jämförbar ramavtalsupphandling. Frå-

gor om eventuella felaktigheter gentemot MER 17 är i förekommande fall en avtalsfråga, inte en upphandlingsfråga. Den påstådda felprocenten i denna del är inte större än vad som får godtas i en ramavtalsupphandling. Det handlar om kalkyler. MER 17 torde, för att vara tillämplig på det sätt som Skanska anger, kräva att beläggningstjockleken finns angivet i kalkylunderlaget, vilket inte är fallet. Vid den omräkning, eller översättning, av värden för respektive anbudsområde som Skanska gjort har bolaget själv lagt in en faktor; varför omräkningen inte kan vitsordas.

Att avropsvolymerna kommer att variera och i viss mån avvika från kalkylerna har inte med utvärderingsmodellen att göra utan ligger i ramavtalets karaktär. Varje ramavtal lämnar en osäkerhet om avropsfrekvens, avropsvolymer etc. Ett ramavtal tar per definition sikte på att tillgodose ett uppskattat behov. Om volymerna hade gått att fastställa hade det inte varit aktuellt med en ramavtalsupphandling. Viss spekulation är en ofrånkomlig del vid anbudslämnande i upphandlingar av ramavtal. Utfallet av ramavtalet kan komma att avvika väsentligt från en anbudsgivares kalkyler. Detta är emellertid inte avhängigt berörd utvärderingsmodell.

Att utöka ramavtalet med ytterligare poster eller stryka poster efter tilldelningen, är inte aktuellt. Om Skanska bedömt att det är sannolikt att vissa poster inte kommer att avropas under avtalstiden har bolaget kunna anpassa sitt anbudspris efter detta, och härigenom stärka sin relativa konkurrenskraft. Utformningen av utvärderingsmodellen kan omöjligen ha försvagat Skanskas relativa konkurrenskraft.

Tillämpning av den aktuella utvärderingsmodellen strider inte mot proportionalitetsprincipen. Modellen innebär att det blir enklare att lämna anbud i och med att anbudsgivare inte behöver inge någon mängdförteckning. Det behöver inte heller uppstå någon situation där anbudsgivare begär att få ut konkurrenternas prissatta mängdförteckningar, vilket är vanligt förekom-

mande. Utvärderingsmodellen tvingar inte fram ett större risktagande från anbudsgivarens sida. Det mål som den aktuella utvärderingsmodellen syftar till att uppnå är kommunernas intresse av att slippa spekulativ prissättning från anbudsgivarens sida. Att uppnå detta mål är knappast möjligt med tillämpning av en traditionell utvärderingsmodell där anbudsgivaren får ange enhetspriser. Utvärderingsmodellen är effektiv och lämplig i denna del, och nackdelarna för anbudsgivaren är - i den mån de överhuvudtaget finns - mycket begränsade.

Skanska har inte utvecklat på vilket sätt utvärderingsmodellen ger anbudsgivarna små möjligheter att konkurrera. Samma underlag gäller alla så det torde varken vara lättare eller svårare att konkurrera än annars. Att priserna skulle bli höga eller att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud är inga uppfattningar som fakta i målet ger stöd för. Ingen annan anbudsgivare än Skanska har uttryckt negativa synpunkter på upplägget.

Att en anbudsgivare väljer att lämna ett högre anbud innebär inte att konkurrenskraften försämras då villkoren i övrigt är identiska för samtliga anbudsgivare. Att en anbudsgivare som lämnar ett för kommunen ekonomiskt fördelaktigare anbud på ett visst anbudsområde än konkurrenterna också vinner upphandlingen i denna del står inte i strid med LOU. Skanska har gett förslag på ”mindre ingripande metoder” för att uppnå efterfrågat resultat. Ingen av de föreslagna metoderna är ägnad att nå det resultat som kommunerna eftersträvar med samma effektivitet som den tillämpade metoden.

Utformningen av upphandlingen har inte påverkat utgången eller Skanskas möjlighet att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Avvikelserna är inte större än vid andra upphandlingar av ramavtal för beläggningsarbeten - de svårigheter som Skanska lyft fram är hänförliga till ramavtalssituationen.

Anbudsområde Tidaholm

Av fyra inkomna anbud på anbudsområde Tidaholm i upphandlingen så uppfyllde inget samtliga ställda krav. Kommunen hade inte kunnat anta något av anbuderna utan att bryta mot LOU. I och med detta förelåg grund för att avbryta upphandlingen. Då inget av felen rörde kvalificeringskraven utan avsåg det upphandlade föremålet förelåg grund för att övergå till ett förhandlat förfarande och låta samtliga anbudsgivare rätta till felaktigheterna i sina respektive anbud. Kommunen bedömde utifrån det aktuella läget att det mest processekonomiska sättet att hantera situationen var att med tillämpning av 4 kap. 9 § LOU låta samtliga anbudsgivare förtydliga sina anbud. Någon risk för brott mot likabehandlingsprincipen förelåg inte, i och med att samtliga anbud var behäftade med brister, och då samtliga anbudsgivare som var aktuella för tilldelning fick samma möjlighet.

I samband med den aktuella kommuniceringsomgången insåg kommunen att några detaljer i den prissatta mängdförteckningen var i behov av justering; det handlade om några volymer som uppdagades såsom missvisande och några enheter (ton istället för kvm) som hade blivit omkastade. Kommunen lät därför anbudsgivarna justera sina respektive anbud även i dessa delar. Justeringen av prismängden är ingen väsentlig förändring. Dels för att det handlar om en justering av två poster av totalt 63, alltså inte ens 2 procent av numerären. Av fyra anbudsgivare har endast två överhuvudtaget ändrat sitt pris med anledningen av ändringen. Det har vidare varit tydligt varför justeringen gjordes, vad ändringen avsåg och vad konsekvensen av förändringen skulle bli. Justeringen medförde ingen olikbehandling av anbudsgivarna sinsemellan. Den ledde till viss förändring av anbudspriset hos det anbud som antogs men hade ingen påverkan på rangordningen mellan anbudsgivarna. Ingen av anbudsgivarna har lidit skada av förfarandet.

För att kunna använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering i enlighet med 6 kap. 12 § LOU krävs att de ursprungliga villkoren inte har

ändrats väsentligt. Om villkoren ändras väsentligt, så blir det i realiteten fråga om en ny upphandling. Bedömningen huruvida en förändring är väsentlig eller ej är identisk med den bedömning som ska göras då man avgör om det är tillåtet att göra en viss förändring i ett ingånget avtal. Kapitel 17 LOU innehåller bestämmelser om förändring av avtal. Bedömningen bör göras mot dessa bestämmelser. Om den påstådda "väsentliga förändringen" hade varit en förändring i ett befintligt ramavtal mellan Skanska och Tidaholms kommun hade ändringen inte haft någon påverkan på anbudsgivarkretsen. Den hade inte inneburit att avtalets ekonomiska jämvikt hade ändrats eller inneburit någon utvidgning av avtalet. Ändringen hade heller inte inneburit något byte av leverantör. Ändringen hade alltså varit tillåten enligt LOU. Därtill vill kommunen understryka att det upphandlade föremålet inte har ändrats. Det som har ändrats är formen för prissättning.

Anbudsområde Skövde

Avseende anbudsområde Skövde har Skanska lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbud och därför antagits. Beslutet har inte gått Skanska emot. Skanska har inte lidit någon skada och har därför inte klagorätt.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1 och 2 §§ LOU anges bl.a. följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av 6 kap. 12 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

Enligt 20 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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

Anbudsområde Skövde

Av 20 kap. 4 § LOU framgår att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunnat komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling. Förvaltningsrätten konstaterar att reglerna om överprövning i LOU har företräde framför förvaltningsprocesslagen. Var och en som anser sig berörd av ett beslut i den mening som avses i LOU kan då begära överprövning.

Skanska är en leverantör enligt LOU. Eftersom bolaget anser sig ha lidit skada har det talerätt enligt LOU. Skanska har vunnit upphandlingen avseende anbudsområde Skövde. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit skada i LOU:s mening. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed inte på denna grund.

Förfrågningsunderlagets utformning

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara utformad så att den leder till ett rättvisande resultat. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket inte träds för när (jfr EU-domstolens dom i mål C-19/00 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2002 ref. 50).

Skanska har anfört att förfrågningsunderlaget strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen då det inte klart framgår vad upphandlingsföremålet är, vilket pris som åsatts det upphandlade och vad som kan komma att avropas under framtida avtal. Enligt Skanska är utvärderingsmodellen därmed inte kopplad till upphandlingsföremålet. Som stöd för detta har Skanska anfört att mängdförteckningarna består av produkter och volymer som inte överensstämmer med tidigare historiska värden.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns ett upphandlingsrättsligt krav på att avropsberättigade parter ska ha förpliktat sig att utnyttja ramavtalet. Det ligger således i ramavtalets natur att en garanterad avropsmängd inte kan anges. Kommunerna har angett de tjänster som de kan förväntas vara i behov av i mängdförteckningarna. Det finns inte skäl att anta att kommunerna har uppskattat omfattningen av dessa tjänster felaktigt. Förvaltnings-

rätten anser att dessa uppgifter är tillräckliga för att en anbudsgivare ska kunna få en bild av vad upphandlingsföremålet består av. Vad Skanska anfört om att tjänsterna och volymerna avviker från vad som historiskt har avropats medför inte någon annan bedömning. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därför inte på denna grund.

Det är klarlagt i målet att de enskilda satta priserna i mängdförteckningen i många fall avviker från marknadsvärde. Storleken av dessa priser saknar dock betydelse för anbudet, eftersom anbudsgivarna bara har att räkna på sina egna kostnader i dessa avseenden. Priserna i mängdförteckningarna har endast den funktionen att de sammanlagda utgör grund för jämförelse av olika anbud. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed inte på denna grund.

MER 17

Det är ostridigt i målet att mängdförteckningarna i förfrågningsunderlaget i vissa delar avviker från vad som angetts i MER 17. Trots detta måste det anses framgå tydligt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör att det inte varit kommunernas avsikt att MER 17 ska ha företräde framför uppgifterna i mängdförteckningarna i dessa delar. Bristerna har således enligt förvaltningsrättens mening inte varit av sådan art eller omfattning att det strider mot de krav som uppställs i LOU.

Utvärderingsmodellen

Skanska har vidare anfört att utvärderingsmodellen med angivande av endast en rabatt/påslag för samtliga poster i respektive mängdförteckning inte har varit proportionerlig i förhållande till vad man vill uppnå med upphandlingen och att den går utöver vad som kan krävas av den som vill lämna anbud på beläggningsarbeten.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumentet i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU iakttas. Principen om proportionalitet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Syftet med utvärderingsmodellens utformning är enligt kommunerna att undvika strategisk anbudsgivning, vilket framstår som ett sakligt och godtagbart skäl. Förvaltningsrätten kan inte finna att den av kommunerna valda utvärderingsmodellen strider mot proportionalitetsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU. Det finns därför inte grund för ingripande i detta avseende.

Anbudsområde Tidaholm

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att Skanska anfört att kommunen inte haft grund för att byta upphandlingsförfarande till förhandlat förfarande. Oaktat hur det förhåller sig med detta så krävs för att ett ingripande ska bli aktuellt att sökanden har visat att denna har lidit eller kan komma att lida skada av de påtalade bristerna. Skanska har inte anfört något som visar att de lidit eller kan komma att lida skada av att Tidaholms kommun har bytt upphandlingsförfarande. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därför inte.

De ändringar som företogs i förfrågningsunderlaget av Tidaholms kommun innebar höjda kostnader för anbudsgivarna. Av de fyra anbudsgivarna höjde två sina anbudssummor. Skanska och den fjärde anbudsgivaren gjorde ingen ändring i sina anbud. Resultatet av ändringen i förfrågningsunderlaget blev således att Skanskas position förbättrades relativt sett i förhållande till de två anbudsgivare som höjde sina anbud och blev oförändrat i förhållande till den fjärde anbudsgivaren. Det saknas därför belägg för att Skanska har lidit

skada i detta avseende. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger således inte.

Sammanfattningsvis har Skanska inte visat att kommunerna brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller mot någon annan bestämmelse i denna lag. Skäl saknas därför för ingripande med stöd av LOU. Skanskas ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Sofia Blomkvist

Rådmannen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.