



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

Enhet 2

**DOM**  
2016-05-04  
Meddelad i  
Uppsala

Mål nr  
6270-15 E

**SÖKANDE**

Temporent AB, 556164-1118

*Ombud:*

Advokat Olof Hallberg  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 1065  
101 39 Stockholm

**MOTPART**

Västerås stad proAros, 212000-2080  
Stadshuset  
721 87 Västerås

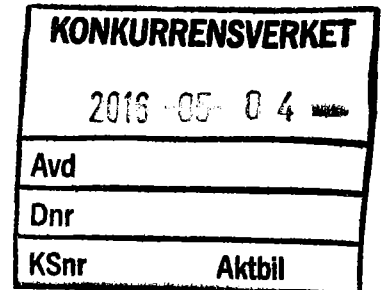
**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår begäran om muntlig förhandling.



Dok.Id 176208

**Postadress**  
Box 1853  
751 48 Uppsala

**Besöksadress**  
Kungsgatan 49

**Telefon**  
018-431 63 00  
**E-post:** forvaltningsratteni uppsala@dom.se  
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

**Telefax**  
018-10 00 34

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

### BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal avseende inhyrning av temporära modulbyggnader, dnr 2015/586-FN-061.

Temporent AB (bolaget) har ansökt om överprövning av kommunens upphandling.

Förvaltningsrätten har den 30 november 2015 förordnat interimistiskt att avtal inte får ingås innan rätten beslutar något annat.

Kommunen har sedermera fattat tilldelningsbeslut.

### YRKANDEN M.M.

**Bolaget** ansöker om överprövning av kommunens upphandling och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att den görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Förfrågningsunderlaget har allvarliga brister i transparens. Leverantörerna saknar möjlighet att bilda sig en uppfattning om vad som ska ingå i den prisberäkning som efterfrågas av kommunen och som ligger till grund för tilldelning.

I förfrågningsunderlaget anges att ett avropsbehov främst kommer att finnas inom verksamheterna förskola och skola men även kan uppstå i annan verksamhet som kommunen bedriver. I ett publikt informationsmeddelande har senare angetts att med ”annan verksamhet som beställaren har” avses som exempel, men inte begränsat till, boende (student-, flykting-, asyl-), kontor med mera. Ordet ”främst” i förfrågningsunderlaget utgår.

Alltså framgår det inte av förfrågningsunderlaget vilken typ av modul som kommer att avropas och inte heller vilken typ av modul som anbudsgivarna

ska basera sin prisuppskattning på. Det som framgår är tvärtom att det kan komma att vara fråga om flera olika typer av moduler. Den typ av modul som en leverantör väljer att basera sin prisuppskattning på har en stor påverkan på möjligheten att bli ramavtalspart. En sådan uppgift måste således klart framgå för att en leverantör ska ha möjlighet att upprätta ett konkurrenskraftigt anbud. Det ska här understrykas att det är förhållandevis stora skillnader avseende rena myndighetskrav mellan moduler för skola, kontor och bostad. Skillnaderna i krav återspeglas naturligtvis i leverantörens kostnader och prissättning.

I förfrågningsunderlaget saknas även andra grundläggande uppgifter som har en betydande påverkan på prissättningen. Dessa uppgifter är t.ex. hur många personer som antas vistas i modulen, vilken utrustning som ska ingå, brandskyddsbeskrivningar, samt uppgifter om brand och tillgänglighet. Det framgår heller inte av förfrågningsunderlaget vilken typ av grundkonstruktion som kommunen vill ha.

I övrigt kan påtalas att kostnader för etablering/avetablering ska ingå i prisberäkningen. Vidare ska enligt förfrågningsunderlaget energianvändningen subtraheras från årshyreskostnaderna. I beräkningen av energianvändningen ska varmvattenberedningen ingå, vilket är svårt att uppskatta. Det finns även en oklarhet i hyresavtalens löptid som påverkar prissättningen.

Avsaknaden av viktiga uppgifter i förfrågningsunderlaget innebär en betydande risk för att anbudslämnarna gör olika tolkningar av vad som ska inkluderas i prisberäkningen, vilket i sin tur med sannolikhet kommer att leda till att anbudslämnarna inkommer med vitt skilda prisuppgifter, baserade på olika antaganden om vad som efterfrågas. Då oklarheterna är stora är det uppenbart att de leverantörer som inkluderar fler kostnadspåverkande parametrar kommer att missgynnas (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 12 mars 2014, mål nr 6642-13).

För en transparensöverträdelse saknas betydelse om bristerna i ett upphandlingsunderlag beror på att den upphandlande myndigheten inte har tillräcklig vetskap eller saknar avsikt. Det är istället i just de fallen som omfattande utrymme för godtycke och bristande öppenhet uppstår. I detta fall är det inte heller så att kommunen saknar vetskap eller avsikt angående vilka typer av moduler som kommunen behöver i sin verksamhet, utan endast i vilken omfattning.

Kommunen försöker styra bedömningen till en fråga om riskhantering. Det är emellertid inte fråga om riskhantering utan om på vilka grunder en anbudsgivare ska kunna lägga anbud. Självklart är det förenat med affärsmässiga risker att delta i en upphandling, men utgångspunkten måste ändå vara att anbudsgivarna får veta vad de ska lämna anbud på, eller snarare vad de ska beräkna sina priser på.

I upphandlingen efterfrågas ett pris på flera olika produkter. Självklart är det tekniskt möjligt att räkna fram priser på de olika modultyper som anges och sedan ange snittpriset som anbudspris. Eftersom kommunen inte angivit något om förväntad avropsvolym för olika modultyper utan endast uppgivit en uppskattad hyreskostnad per år (500 000 kr), är det dock uppenbart att det finns en risk att kommunen endast avropar den dyraste produkten/modultypen. Det är som att handla upp fordon och begära in ett pris för allt ifrån en cykel till en jumbojet. Förutom att kostnaden för de olika grundmodulerna skiljer sig åt då olika myndighetskrav gäller för exempelvis skola och boende, kan t.ex. montage och anpassningskostnaderna skilja upp till 400 % mellan skolmoduler respektive bostadsmoduler.

I en nyligen avslutad upphandling avseende två angivna modultyper gav vinnande anbudsgivare följande prisbild. För en moduluppställning som avsåg ett elevboende avgavs en årshyra, inklusive etablering och avetable-

ring, om ca 36 000 kr per kvm. För en moduluppställning som avsåg en förskola, men av motsvarande storlek som elevboendet, angavs en årshyra om ca 8 000 kr per kvm. För bolagets egen del kan framhållas att årshyran för en moduluppställning avseende ett boende skulle uppgå till ca 22 000 kr per kvm, medan årshyran för en moduluppställning avseende en förskola av motsvarande storlek skulle uppgå till ca 4 500 kr per kvm.

De i upphandlingen inkomna anbudspriserna och spridningen mellan dessa har i motsats till vad kommunen menar föga betydelse i målet. Skälet är att anbudsgivningen i detta fall utgick från att omfattande anpassningsintäkter (dvs. ÄTA-arbeten) kan beräknas eftersom upphandlingsföremålet inte närmelsevis är tillräckligt definierat. Trots att anbudsgivarna kan räkna med en mycket omfattande förändring av intäktsmassan vid själva avropen kan dock konstateras att vissa angivna priser skiljer sig åt med 60 %. Den andra sammanställningen av anbudspriser som kommunen gett in kan inte tjäna som underlag för några slutsatser över huvud taget vad gäller skillnaden mellan t.ex. boende och skola eftersom förutsättningarna för de olika upphandlingsföremålen kan ha sett diametralt olika ut.

Till detta kommer även svårigheten för anbudsgivarna att över huvud taget räkna på vad som ska ingå i det som ska erbjudas. Det anges att det är fråga om kallhyra och att modulernas utformning eventuellt kan behöva anpassas för den aktuella verksamheten och myndighetskrav. Eftersom endast kostnaden för etablering och avetablering ska ingå i kallhyran kommer all anpassning att ligga utanför anbudet och istället ersättas inom ramen för ÄTA-arbeten. Då anpassningskostnaderna för framför allt moduler för bostadsändamål är substantiella innebär detta att en stor del av de kostnader, som kommunen har för de moduler som avropas, inte kommer att ingå i utvärderingen av det mest fördelaktiga anbudet.

Förutom det risktagande kommunen menar att anbudsgivarna ska ta avseende själva modulerna har kommunen också valt att lägga över en substantiell och konkret risk avseende anbudsgivarens/leverantörens kostnader för material och varor, större hjälpmedel, underentreprenader samt arbetskraft. Vad gäller de tre första kategorierna föreskrivs i förfrågningsunderlaget att det är verifierad nettokostnad med ett pålägg med 8 %. Erfarenhetsmässigt innebär detta att ÄTA-arbeten inte ens medför kostnadstäckning för leverantören, då det "normala" pålägget åtminstone brukar vara 12-15 %. Vad slutligen avser arbetskraft har föreskrivits en timkostnad på 380 kr/tim för alla typer av montörer och snickare. Också här tvingas bolaget konstatera att bolaget inte kommer att få kostnadstäckning, då kostnaden för exempelvis el-, kyl- och ventilationsmontörer är väsentligt högre än 380 kr/tim. Kravet är oproportionerligt och innebär ett orimligt risktagande för anbudsgivaren/leverantören.

Härtill kommer att bolaget har ställt frågor till kommunen angående brister och att kommunen inte bemött vissa frågor alls utan valt att endast besvara ett urval.

Mot bakgrund av vad som anförts står det klart att bristerna i förfrågningsunderlaget är så allvarliga att de, tillsammans med kommunens hantering av frågor och svar, medför att upphandlingen strider mot likabehandling och transparens som följer av 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget anser vidare att det är oskäligt och i strid med proportionalitetsprincipen och principen om förbud mot diskriminering att kräva att leverantör ska tillhandahålla arbetskraft till priser och påslag som inte är marknadsmissiga (se mål 31/97, Bentjes, och mål C-243/89, Stora Bält). Priserna som kommunen angett för tillhandahållande av arbetskraft speglar inte de marknadspriser som gäller.

Förfrågningsunderlaget är behäftat med stora brister, vilket har en negativ påverkan på bolaget då det därigenom saknar möjlighet att upprätta ett konkurrenskraftigt anbud. Även de utestängande effekterna, som följer av kravet om tillhandahållande av arbetskraft till ett icke marknadsmässigt pris, har en negativ påverkan på bolagets möjlighet att få tilldelning. Bolaget har till följd av kommunens handlande lidit, eller riskerat att lida, skada.

**Bolaget** begär också muntlig förhandling med vittnesförhör till styrkande av att anpassningskostnader kan skilja sig upp till 400 % mellan olika modultyper.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen har inte åsidosatt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Sökanden har heller inte lidit skada.

Den aktuella upphandlingen avser moduler för skola, förskola, boende och kontor. Hur behovet kommer att fördela sig för dessa modultyper är idag oklart för kommunen. I upphandlingen efterfrågas enhetliga priser för alla dessa modultyper. Av förfrågningsunderlaget framgår således tydligt att anbudspriset måste täcka kostnaderna för framtida avrop, oavsett hur dessa fördelar sig ifråga om modultyp. Anbudsgivarna väljer själva hur de genomför sin prisuppskattning samt vilket risktagande detta baseras på.

Sökanden har inte preciserat vilka kostnadsskillnader som görs gällande beträffande de olika modultyperna. I kommunens tidigare genomförda upphandlingar har nämnda kostnadsskillnader varit marginella. För att hantera kostnadsfaktorer kopplade till leverans av moduler på ett effektivt sätt krävs kunskap om marknadstillgång, anpassningsmöjligheter, lagerkostnader, konstruktion, tillverkningstider, framställningskostnader m.m. Dessa faktorer måste hanteras av någon av parterna. Kommunens utgångspunkt har

varit att säljaren är den av parterna som har de bästa förutsättningarna att hantera dessa faktorer.

När det gäller kostnadsskillnader kopplade till framtida behov av olika modultyper utgör detta ett rent ekonomiskt risktagande, utan möjlighet för någon av parterna att påverka utfallet. Ingen av parterna har bättre förutsättningar än den andre att hantera denna risk. Den som tar risken måste på ett eller annat sätt försäkra sig mot risken och ta ut en premie för detta risktagande. Kommunen har valt att upphandla denna hantering.

Då kommunen i dagsläget inte vet hur många personer som kommer att vistas inom modulerna, är kommunen i behov av moduler utan avtalsmässiga begränsningar avseende personer.

Kommunen svävar inte i någon ovisshet om vad som ska upphandlas. Kommunen saknar kännedom om hur det framtida behovet kommer att se ut och därigenom om hur avropen kommer att fördela sig mellan de modultyper som upphandlingen omfattar.

Transparensprincipen utgör inte någon allmän skyldighet för upphandlande myndigheter att göra det enklare för potentiella leverantörer att lägga anbud. En sådan utvidgning av transparensprincipens innebörd medför komplicerade tillämpningsproblem. Kommunens inställning är att transparensprincipen främst utgör en skyldighet för upphandlande myndigheter att öppet och tydligt redovisa sina beslutsprocesser.

Leverantören ansvarar endast för den fasta utrustningen. Genom att efterfråga pris på funktionen av flexibilitet snarare än att ange hur lösningen ska tillhandahållas ges leverantören incitament till ekonomisk effektivitet. Exempelvis väljs den tillgängliga modul som närmast motsvarar kommunens



behov, snarare än den modul som möjliggör flest ersättningsgilla anpassningsåtgärder.

Vilken brandskyddsbeskrivning som är tillämplig är avhängigt av modultyp. Den energibeskrivning som presenteras följer Boverkets föreskrifter. Mervärdesskatten påverkas inte av avtalstiden.

Sökanden har anfört att ersättningen för arbetskraft inte överensstämmer med gällande marknadspriser men har inte angivet på vilken nivå ersättningen skulle ligga eller presenterat ett underlag för vad en marknadsmässig ersättning är.

Sökanden har inte velat åta sig den riskhantering som kommunen vill upphandla. Det är fullt möjligt att sökanden haft bättre möjligheter att utforma anbud om kommunen valt att upphandla en annan typ av leverans. Att det finns leverantörer som inte har viljan eller förmågan att leverera efterfrågad tjänst, räcker emellertid inte för att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om.

Sådant som den upphandlande myndigheten saknar vetskap eller avsikt om kan inte hemlighållas. Myndigheten är således inte skyldig att visa upp något som inte finns. Av transparensprincipen följer heller inte någon direkt skyldighet att inhämta information och bilda sig avsikter baserat på denna, så att detta sedan kan redovisas. Transparens innebär att det ska vara möjligt att se igenom myndighetens väggar. Det ställs inga krav på vad som ska finnas innanför väggen. Sökanden har kunnat skåda rakt igenom väggen och upptäckt att innanför väggen fanns inte all information som sökanden skulle ha nytta av. Sökanden har därefter uppmanat kommunen att inhämta mer information och skaffa sig avsikter baserat på denna. Inom kommunen finns en medvetenhet om att bristen på information om kommunens framtida behov är en faktor som försvårar budgivningen. För att skapa bästa möjliga

förutsättningar för att få in kvalitativa och prispressade anbud krävs bl.a. en detaljerad branschkunskap, en noggrann kartläggning av myndighetens behov och inte minst gott om tid att sammanställa befintlig information. I det aktuella fallet kan konstateras att kommunen inte förmått prestera ett underlag som motsvarar sökandens förväntningar. Kommunen har icke desto mindre en skyldighet att tillhandahålla vissa tjänster och är beroende av att kunna genomföra upphandlingar utan att behöva inhämta samtliga anbudsgivares godkännande.

Genom att möjliggöra för anbudsgivare att koppla priserna till olika kostnadsdrivande faktorer kan anbudsgivarna försäkra sig om att priset justeras uppåt i takt med oförutsedda kostnader. Detta möjliggör för anbudsgivarna att minska på marginalerna, vilket därigenom skapar förutsättningar för lägre anbudspriser. För en upphandlande myndighet med förmågan att kontrollera de kostnadsdrivande faktorerna under uppdragets utförande kan detta vara ett sätt att åstadkomma lägre leveranskostnader. För en upphandlande myndighet med bristande förmåga att kontrollera de kostnadsdrivande faktorerna är detta ett riskabelt upplägg. Det är inte säkert att den lägsta budssumman medför den lägsta leveranskostnaden.

En reducering av möjligheterna att koppla leveranspriset till olika kostnadsdrivande faktorer påverkar dock på intet sätt graden av insyn i den upphandlande myndighetens avsikter.

Sökanden har angivit att kostnaden för modultypen skola skulle kunna reduceras med 400 % i förhållande till kostnaden för modultypen boende. Påståendet har inte backats upp med någon redogörelse eller beräkning. Det kan därmed inte anses visat att någon sådan kostnadsskillnad föreligger.

Sökanden gör gällande att alla kostnader som redovisats separat i anbudet inte ingår i konkurrensutsättningen. Av LOU följer i och för sig inte någon

skyldighet att konkurrensutsätta samtliga kostnadsposter. Kommunens inställning är dock att även anpassningskostnaderna konkurrensutsätts indirekt. Vissa anpassningskostnader utgår med fast ersättningsnivå. De anpassningskostnader som anbudsgivarna vill ha ersättning för utöver detta inkluderas i hyreskostnaden. För de fall den fasta ersättningen för anpassningsåtgärder överstiger den kostnad anbudsgivaren vill offerera kan prisskillnaden reduceras från hyreskostnaden.

Kommunen har gjort en sammanställning av hyreskostnader. Av denna sammanställning framgår att bolagets anbudspriser för förskola (1 197 kr/kvm och år) inte skiljer sig mer än 7 % från motsvarande priser i Tanums Bostäders upphandling från samma år. Av sammanställningen framgår att priserna varierar mer inom respektive modultypsgrupp än mellan de olika modultyperna. Genom förevarande upphandling har inkommit 6 anbud. Det marginella prisspannet mellan anbuden ger inget stöd för bolagets antagande om att anbudsgivarna beräknat sina priser på gissningar och spekulation utan visar att förfrågningsunderlagets utformning inte hindrat rimligt informerade och noggranna leverantörer att utforma konkurrenskraftiga anbud.

Sökanden anför att behovet för leverantörerna att erhålla kostnadstäckning för fördyrande faktorer kopplade till val av modultyp kan tillgodoses genom s.k. ÄTA-arbeten. Kommunen konstaterar därmed att sökanden åtminstone delvis ändrat inställning i fråga om huruvida förutsättningar föreligger att beräkna ett konkurrenskraftigt anbud.

Sökanden har konstaterat att sammanställningen över anbudspriser i andra modulupphandlingar enbart innehåller exempel på upphandlingar där möjlighet givits att ange separata priser för respektive modultyp. Sökanden drar därefter slutsatsen att detta kan tjäna som vägledning för att de olika modultyperna ska hållas isär som separata upphandlingsföremål. Kommunen ifrågasätter denna slutsats. Sammanställningen utgör en redovisning av vilka

prisskillnader som uppstår när möjlighet ges för anbudsgivarna att sätta olika priser. Underlag för en sådan redovisning låter sig svårligen inhämtas från upphandlingar där samma pris inhämtats för olika modultyper.

Sökanden har anfört att i avsaknad av möjligheter att fördela anbudspriset på varje specifik förutsättning med potentiell påverkan på totalkostnaden, har en oacceptabel risknivå överförs på leverantören. Kommunens inställning är att den riskhantering som inkluderats i kontraktet har ekonomiskt och affärsmässigt godtagbara motiv och i övrigt inte är sådan att den är oförenlig med principerna i 1 kap. 9 § LOU.

En upphandlande myndighet har inte skyldighet att besvara frågor. Utgångspunkten får därför vara att så länge frågor och svar hanteras inom ramen för principerna i 1 kap. 9 § LOU föreligger ingen felaktig hantering från den upphandlande myndighetens sida. Något hinder att besvara ett antal liknande frågor genom samma meddelande föreligger inte. Samtliga frågor har besvarats. En upphandlande myndighet har alltid att förhålla sig till riskerna för att ett alltför ingående svar kan förändra de ursprungliga förutsättningarna på ett otillåtet sätt.

Sökanden har inte velat åta sig den riskhantering som kommunen vill upphandla. Det är fullt möjligt att sökanden haft bättre möjligheter att utforma anbud om kommunen valt att upphandla en annan typ av leverans. Att det finns leverantörer som inte har viljan eller förmågan att leverera efterfrågad tjänst räcker emellertid inte för att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om.

**Kommunen** yrkar att åberopat vittnesförhör ska avvisas då bevisemat går långt utöver vad som redogjorts för i målet sakframställningsvis. Om muntlig förhandling ändå ska hållas avser kommunen åberopa muntlig bevisning till styrkande av vinnande anbudsgivares kostnadsbild.

### SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av vad bolaget anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

Vid en ansökan om överprövning av upphandling är det den sökande parten som ska ange de omständigheter som denne vill åberopa till stöd för att förutsättningar för ett ingripande är uppfyllda (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten eller enheten tillmäter i betydelse vid upphandlingen.

Transparensprincipen innebär att man i varje enskilt fall måste bedöma om en upphandling har genomförts tillräckligt öppet och förutsebart för rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer (jfr C- 19/00, Siac Construction).

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om kommunens förfrågningsunderlag brustit i transparens och på så sätt hindrat bolaget att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget brister i transparens dels genom att anbudsgivaren ska sätta hyrespris på modul utan att kunna differentiera priset mellan olika typer av moduler, dels genom att förfrågningsunderlaget brustit i transparens på vissa specificerade punkter (kostnaden för etablering/avetablering, energianvändning, kontraktstiden samt information om modulerna rörande antal personer som antas vistas i modulen, utrustning, brandskydd m.m.). Bolaget har därutöver anfört att krav på lön för arbetskraft är diskriminerande och på så sätt i strid med LOU.

Förvaltningsrätten gör inledningsvis bedömningen att det inte är tillräckligt utrett att förfrågningsunderlaget brustit i transparens på ett sådant sätt när det gäller de specificerade punkterna (kostnaden för etablering/avetablering, energianvändning, kontraktstiden samt information om modulerna rörande antal personer som antas vistas i modulen, utrustning, brandskydd m.m.) att förvaltningsrätten enbart på grund av vad som anförts om dessa punkter skulle ha anledning att ingripa mot upphandlingen. Förvaltningsrätten anser heller inte att det av handlingarna i målet framgår att det föreligger diskriminerade krav på lön för arbetskraft utan gör bedömningen att ett mer utförligt underlag skulle ha krävts för ett ingripande av detta skäl.

När det gäller frågan om det strider mot LOU att kräva att anbudsgivaren offererar ett enhetligt pris har parterna bl.a. argumenterat enligt följande. Bolaget har anfört att det är vitt skilda kostnadsbilder mellan modultyper, t.ex. mellan skolmodul och bostadsmodul. Enligt uppgift kan kostnaderna skilja sig åt så mycket som 400 %. Att kräva ett enhetligt pris oavsett modul är som att kräva samma pris för helt olika artiklar. Kommunen har anfört att det inte föreligger sådana kostnadsskillnader som bolaget gör gällande. Kommunen har även anfört att det är oklart för kommunen hur dess framtida

behov kommer att se ut, i vilken utsträckning bostadsmoduler kommer att behöva avropas med hänsyn till behovet av att sköta flyktingmottagandet. Kommunen har behov av att avhända sig en risk som säljaren bör ha bäst möjlighet att hantera och är därmed beredd att betala en premie för detta risktagande genom mer ofördelaktiga priser i upphandlingen. Förfrågningsunderlaget har inte brustit i transparens utan det har varit klart för anbudsgivarna vilka förutsättningar, inkluderat den rådande ovissheten, som förelegat hos kommunen. Det finns inte någon skyldighet för upphandlande myndighet att inhämta kunskap för att göra det enklare för potentiella anbudsgivare att lägga anbud.

Det finns olika uppfattning mellan sökanden och kommunen hur mycket kostnaderna mellan olika typer av moduler skiljer sig åt. Kommunen bestri-der att anpassningskostnaderna skulle skilja sig upp till 400 % mellan olika modultyper och lyfter även fram prisspridningen mellan de olika anbuden i upphandlingen. Det synes dock vara ostridigt mellan parterna att det finns en reell skillnad mellan olika modultyper i kostnad. Kommunen har anført att upphandlingen är utformad på så sätt att kommunen försäkras för den osäkerhet som föreligger ifråga om kommunens framtida behov. I detta ligger att det ökade behovet av viss typ av modul kan medföra en oväntad kostnadsökning. Ska det finnas en mening med att leverantören ska försäkra kommunen för den situationen att en viss modultyp i hög utsträckning kommer att avropas, förutsätter det att det föreligger signifikanta skillnader i kostnaderna mellan de olika modultyperna. Förvaltningsrätten anser att det står klart att det måste föreligga kostnadsskillnader mellan moduler, som avser lokaler såsom skolbyggnader, och moduler, som avser bostäder och som är anpassade för dygnetruntvistelse.

Som förvaltningsrätten förstår den av kommunen åberopade försäkringens funktion är det att kommunen genom modellen i upphandlingen undviker en oväntad hög genomsnittskostnad för varje modul om t.ex. många bostads-

moduler kommer att avropas. Om modellen har prisdrivande effekter ger den upphov till en försäkringspremie, som kommunen är beredd att betala. Enligt kommunens uppfattning är ett sådant upplägg önskvärt med hänsyn till att leverantören, till skillnad från kommunen, har möjlighet att kontrollera de kostnadsdrivande faktorerna. Kommunen framhåller även att leverantören genom upplägget ges ekonomiska incitament att upprätthålla effektivitet.

Vad förvaltningsrätten ska ta ställning till är om kommunens agerande i upphandlingen kan anses sakligt motiverat och förenligt med LOU.

Det kan först konstateras att det inte framkommit någonting i förfrågningsunderlagets utformning och i de meddelanden som senare lämnats i upphandlingen som utvisar för anbudsgivarna att kommunen avser att upphandla en försäkring. Initialt har annonserats om upphandling av modulbyggnader och angetts att det främst avser skolmoduler. Det har senare gjorts ett tillägg till förfrågningsunderlaget varvid ordet ”främst” strukits och det angetts att de moduler som kommer att avropas kan komma att avse bostadsmoduler.

Det kan vidare konstateras att förfrågningsunderlagets utformning leder till att den oklarhet som föreligger hos kommunen, nämligen i vilken utsträckning mer kostnadsdrivande moduler ska avropas snarare än mindre kostnadsdrivande, överförs till leverantören och således ges upphov till en svårighet för anbudsgivarna att kalkylera ett konkurrenskraftigt anbud. Det kan konstateras att oklarheten för anbudsgivarnas del hade undvikits om kommunen hade upphandlat bostadsmodulerna separat genom ny annonsering istället för att göra tillägg till och strykning i förfrågningsunderlaget. Ett alternativ hade varit att kommunen från början hade upphandlat de olika modultyperna positionsvis i förfrågningsunderlaget och låtit anbudsgivarna konkurrera om kontrakt för varje enskild modultyp. Vad kommunen gjort



genom upphandlingen är att överföra oklarheten hos kommunen rörande strukturen på dess framtida efterfrågan – huruvida kommunen i genomsnitt kommer att avropa mer kostnadsdrivande modultyper eller inte – på anbudsgivarna. Leverantören förväntas således, utifrån vad som anförts av kommunen, bära risken av hur kommunens framtida efterfrågan kommer att se ut.

Frågan om det är förenligt med LOU att låta leverantören försäkra den upphandlande myndigheten för den upphandlande myndighetens framtida behov har i viss mån berörts i Kammarrätten i Stockholms dom den 12 mars 2014, mål nr 4777-13. I målet upphandlades en förvaltningsentreprenad, där felavhjälpande underhåll skulle ingå. Enligt villkoren skulle entreprenören stå en självrisk på upp till 1 500 kr för ett enskilt felavhjälpande. Den upphandlande myndigheten argumenterade för att villkoren i upphandlingen åstadkom en mer rationell incitamentsmodell, eftersom det därigenom blev billigare för entreprenören att under den ordinarie skötseln/tillsynen åtgärda mindre brister än att bära självrisken vid ett senare avhjälpande. Myndigheten ansåg vidare att det närmast var verklighetsfrämmande att ställa ett krav på att underlaget skulle ange vilka fel som kommer att uppstå. Kammarrätten konstaterade i målet bl.a. att den information som hade lämnats i form av bl.a. objektlistor och statistik i den aktuella upphandlingen inte var tillräcklig för att leverantörerna skulle kunna skapa sig en bild av omfattningen av det felavhjälpande underhållet och att den riskfördelningsmodell som kommunen tillämpade i upphandlingen inte förändrade denna bedömning.

I nämnda avgörande från Kammarrätten i Stockholm var således den upphandlande myndighetens framtida behov delvis oklart varvid risken omfördelades till leverantören. Riskfördelningsmodellen motiverades bl.a. utifrån att den gav upphov till incitament för leverantören att effektivisera fastighetsförvaltningen. En slutsats som kan dras är att det inte utan vidare kan anses möjligt för en upphandlande myndighet att överföra risken för dess

framtida behov på en leverantör om detta leder till att det blir osäkert hur anbudet ska kalkyleras och detta hade kunna undvikas genom en annan utformning av förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten gör följande samlade bedömning. Kommunen har i en upphandling av ramavtal, som initialt främst avsett skolmoduler, genom senare tillägg tagit med bostadsmoduler i upphandlingen. Det står klart och är i viss mån ostridigt att det finns väsentliga skillnader i anpassningskostnader mellan skolmoduler och bostadsmoduler, även om det mellan parterna råder skilda uppfattningar om hur omfattande dessa skillnader är. I upphandlingen förväntas anbudsgivaren dock ge samma hyrespris för varje avropad enhet i ramavtalet, oavsett om enheten utgörs av en modultyp med kostnadsdrivande faktorer eller inte. Genom upphandlingens utformning försvåras möjligheterna för anbudsgivarna att kalkylera ett rättvisande pris. Svårigheten hade inte förelegat om bostadsmodulerna upphandlats separat genom en ny annonsering. Det har inte tydliggjorts genom någon skrivning från kommunens sida att avsikten skulle vara att upphandla någon försäkring mot kommunens framtida behov. Det synes enligt förvaltningsrättens uppfattning över huvud taget inte utgöra någon rimlig affärsrisk för en leverantör att bära kostnaden för vilka slags objekt myndigheten i ett ramavtal i framtiden önskar avropa.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan det inte dras några slutsatser om förfrågningsunderlagets transparens utifrån redovisade uppgifter om pris-spridning mellan anbud etc.

Förvaltningsrätten finner mot nämnda bakgrund att upphandlingen brustit i transparens genom att den utformats så att det förelegat svårigheter för anbudsgivarna att kalkylera ett rätt prissatt anbud. Det har inte funnits sakliga skäl att utforma upphandlingen så att den medfört den bristande transparensen. Bolaget har till följd av oklarheten förhindrats att lägga ett konkurrens-

kraftigt anbud i upphandlingen och har därigenom lidit skada. Upphandling-  
en ska därför göras om.

Vid denna utgång saknas skäl att hålla muntlig förhandling i målet.

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

Per-Erik Nistér  
f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



# 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. 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 kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten 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 kammarrätten 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 kammarrätten.

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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.