



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet Jönköping
Anna Karlsson

DOM
2010-12-15
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
6586-10 E
Rotel 1:2

Sida 1 (9)

SÖKANDE

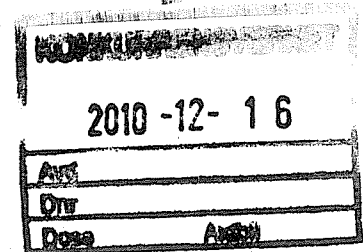
ÅF-Infrastructure AB, 556185-2103
169 99 Stockholm

MOTPART

Jönköpings kommun
Upphandlingsenheten
551 89 Jönköping

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ÅF-Infrastructure AB:s ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 21 september 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Jönköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende anlåtande av akustikkonsult för utredningsuppdrag. Upphandlingen handläggs som ett förenklat förfarande och benämns Akustikkonsult 10/97. Genom tilldelningsbeslut har kommunen tilldelat annan leverantör än ÅF-Infrastructure AB (ÅF) kontraktet i upphandlingen.

Sedan ÅF ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 21 september 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Kammarrätten i Jönköping har i beslut den 24 september 2010, mål nr 2597-10, inte ändrat förvaltningsrättens beslut. Kommunen

Dok.Id 23467

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Östra Storgatan 33 A

Telefon
036-15 65 00

E-post:
forvaltningsratten@jonkoping.dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

har begärt att förvaltningsrättens interimistiska beslut ska upphävas. Förvaltningsrätten avslag kommunens begäran i beslut den 4 oktober 2010.

YRKANDEN M.M.

ÅF yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för yrkandet anför ÅF i huvudsak följande. Kommunen har vid den aktuella upphandlingen brutit mot LOU vilket orsakat ÅF skada. Förfrågningsunderlaget har inte varit tillräckligt transparent vilket medfört att de i upphandlingen lämnade anbuden inte blivit jämförbara. Principen om transparens innebär en skyldighet för den upphandlande att skapa öppenhet genom att lämna information om upphandlingen och hur den kommer att genomföras. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Kommunen har vid denna upphandling varit väldigt oprecis vid angivandet av beskrivningen av omfattningen av det uppdrag som ska utföras av anbudsgivaren och det är uppenbart att det är mycket svårt för anbudsgivarna att bedöma omfattningen av det arbete som erfordras för att fullgöra uppdraget. Kommunen kunde ha utformat upphandlingen mer detaljerat genom att närmare redovisa vad som ska utföras i uppdraget. Istället har kommunen gjort det enkelt för sig genom att underlåta detta och istället medvetet fört över risken för uppdragets omfattning på konsulterna genom att begära fast pris. Av allt att döma beror den obefintliga precisionen i den lämnade uppdragsbeskrivningen på bristande kunskaper inom området från kommunens sida som ny huvudman för den berörda flygplatsen. Oavsett orsaken hade med dessa förutsättningar för anbudsgivarna det naturliga förfaringsättet varit att upphandla uppdraget med ett rörligt pris. I förfrågningsunderlaget har kommunen angivit att anbudet med lägsta pris kommer att antas. Detta har medfört att anbudsgivarna vid beräkningen av priset i sina anbud tvingats till antaganden baserat på tidigare erfarenheter vid liknande projekt. Det är

uppenbart att detta medfört att anbudsgivarna haft olika utgångspunkter vid bedömningen av omfattningen av uppdraget och därför inte kommit att räkna utifrån samma förutsättningar. Därigenom har själva utgångspunkten för reglerna om offentlig upphandling åsidosatts genom att anbuderna inte blivit jämförbara. Detta skadar alla de som avgivit anbud samt de presumtiva anbudsgivare som avstått från att delta i upphandlingen på grund av att de ej kunnat bedöma vidden av åtagandet. Detta illustreras på ett ovedersägligt sätt av de uppseendeväckande stora prisskillnaderna i de lämnade anbuderna. Priset i det vinnande budet uppgår till 22 procent av budet från WSP Sverige AB, som bedömt arbetet nära fem gånger så omfattande. Då uppdraget endast avser konsulttid, och arbetsformer och metoder med nödvändighet är i princip lika och det är likartade omkostnader är det inte fråga om annan typ av leverans, teknik eller annat förhållande som i andra sammanhang kan förklara prisskillnader mellan anbudssummor. Hade den närmare omfattningen av uppdraget preciserats av kommunen hade ÅF kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunens uppgivna metod att vid anbudsutvärderingen eliminera kostnaderna relaterade till framställning av CAD-ritningar är inte tillräcklig för att göra prisuppgifter i anbuderna likvärdiga. Detta redan av anledningen att utförandet av CAD-ritningar kräver ett omfattande förarbete som inte behövt utföras om sådana handlingar ej ska framställas i uppdraget. Detta merarbete har av ÅF beräknats till 828 timmar, motsvarande 367 660 kr av anbudssumman, som alltså vid en jämförelse ska avräknas utöver de 508 400 kr kommunen säger sig ha avräknat vid utvärderingen. Efter avdrag även för denna summa är anbudet från ÅF lägre än det vinnande anbudet. Då ÅF uppfyller alla krav på en anbudsgivare i den aktuella upphandlingen hade ett sådant bud från ÅF med stor sannolikhet antagits. ÅF har därför lidit skada på grund av den bristande transparensen.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan. Till stöd för sin inställning anför kommunen i huvudsak följande. Med transparens i ett förfrågnings-

underlag avses att kommunen inte undanhåller någon information som kommunen känner till och att utvärdering sker enligt de grunder som angivits i förfrågningsunderlaget. All information som kommunen har och som är möjlig att inhämta är bifogad i upphandlingen. Anbudsutvärderingen har skett enligt förfrågningsunderlaget. Det är helt klart att leverantören på grundval av förfrågningsunderlaget kan avgöra vad som tillmätas betydelse vid upphandlingen och vid utvärdering av anbudet. Anbudsgivare kan bedöma omfattning utifrån de underlag som bifogats förfrågningsunderlaget. Det är inte möjligt för kommunen att utforma upphandlingen mer detaljerat eftersom det inte finns mer information att inhämta. För ytterligare information är kommunen beroende av att kunna upphandla konsulter som bistår med denna kunskap. Att anbudsgivarna beaktar tidigare erfarenheter gäller för alla branscher och borde följaktligen gynna det företag som har mest erfarenhet av liknande uppdrag. Att kommunen som nybliven flygplatsinnehavare kan sakna vissa kunskaper gör att kommunen får lita på konsulternas kompetens, erfarenhet och bedömning. Det vore fel av kommunen att anvisa tid och metoder för uppdragets utförande då olika aktörer har olika metoder, processer och arbetssätt. Av förfrågningsunderlaget, bilagor samt frågor och svar mellan kommunen och anbudsgivare framgår att kommunen upphandlar en utredning som ska utvisa vilka bulleråtgärder som behövs för berörda fastigheter. Av förfrågningsunderlaget med bilagor framgår vad utredningen ska innehålla, dvs. förslag på lämpliga åtgärder på respektive byggnad med beaktande av byggnadsvärdet och samhällsnyttan. Av bilaga till förfrågningsunderlaget (LFV Teknik) om bulleråtgärder framgår underlag för åtgärder av 50 fastigheter. Det råder ingen tvekan om att kommunen upphandlar en konsult som ska utreda behov av bullerdämpande åtgärder och där konsultens kompetens behövs för att bedöma såväl befintligt underlag som eventuellt behov av ytterligare bullerdämpande åtgärder. Av miljödomstolens dom framgår bullerexponering. Såvida ÅF menar att kommunen i detalj i förfrågningsunderlaget ska föranstalta om hur uppdraget ska genomföras faller det på sin egen orimlighet då detta

förutsätter en konsults sakkunskap. Syftet med upphandlingen är att kommunen önskar tillgodogöra sig en konsults sakkunskap avseende bedömningen av behovet av bullerdämpande åtgärder för respektive byggnad. Såvida kommunen förfogade över sakkunskapen fanns inte skäl för att upphandla densamma. Ovanstående understryker att förfrågningsunderlaget och utvärdering gjorts i enlighet med LOU. Det kan aldrig ankomma på upphandlande myndighet att beskriva och utvärdera vad som inte ingår i upphandlingen. Anbudsgivarna har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt med den förutsägbarhet som stadgas i 1 kap. 9 § LOU. Det är upphandlande myndighet som avgör huruvida tjänst ska upphandlas med rörligt pris eller som i aktuellt fall med lägsta pris för efterfrågat uppdrag. Det ankommer på anbudsgivaren att under givna förutsättningar bedöma uppdragets omfattning, affärsrisk och därefter lämna anbud. Kommunen har ingen anledning att betvivla anbudsgivarnas förmåga i det avseendet. Kommunen är medveten om att när man i en upphandling kräver ett fast pris för ett uppdrag finns en viss risk för att några leverantörer tar höjd för att klara oförutsedda kostnader. Detta har uppenbarligen skett hos åtminstone två av anbudsgivarna. Det är sätt för dem att hantera affärsrisken. Överprövningen handlar följaktligen om att andra anbudsgivare gör en annan bedömning av affärsrisken. Att erbjuda marknaden att genomföra uppdraget till rörligt pris är inte aktuellt då kommunen i sådana fall skulle överlämna kontrollen över kostnaderna till entreprenören. Det skulle innebära att upphandling vore meningslös. Anbuderna är fullt jämförbara utifrån angiven utvärderingsmodell, dvs. priset. Eftersom prisskillnaderna mellan de fyra inkomna anbuderna var betydande har kommunen vid ett sammanträde kontrollerat att de krav som ställs i förfrågningsunderlaget kommer att uppfyllas i enlighet med priset i det vinnande anbudet. Kommunen har dessutom nollställt anbuderna genom att ta bort kostnader för CAD-ritning eftersom krav på sådana inte ställts i förfrågningsunderlaget. I ÅF:s fall innebär det ett avdrag på 508 400 kr. Kommunen har konstaterat att skillnaden då inte blir så uppeendeväckande och påverkar inte utgången av

upphandlingen. ÅF kommer efter nollställning att hamna på tredje plats i utvärderingen och har följaktligen inte visat att kommunen brutit mot någon punkt i LOU och har ej heller visat att ÅF har lidit eller kommer att lida skada. ÅF:s beräkning om avdrag med ytterligare 828 timmar utöver vad som beaktats vid kommunens nollställning av anbudens ryms inte inom deras anbud.

DOMSKÄL

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.

Av 15 kap. 16 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 2 § 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 gjorts.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsun-

derlag 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av RÅ 2009 ref 69 framgår följande. Mål om offentlig upphandling gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka FPL har konstruerats. Detta leder till slutsatsen att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Vid all offentlig upphandling gäller principen om transparens vilket innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Den upphandlande myndigheten ska lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.

I förfrågningsunderlaget finns följande uppdragsbeskrivning.

”Underlaget om bullerbekämpande åtgärder från tidigare ägaren LFV är inte komplett och måste bearbetas vidare vad gäller vilka byggnader som kommer att beröras. Förslag ska tas fram på lämpliga åtgärder på resp byggnad med beaktande av byggnadsvärden och samhällsnyttan och förhandlingar ska genomföras med resp bostadsägare innan åtgärderna genomförs. Antalet bostadsbyggnader som ska undersökas är mellan 50-94 st. På västra sidan om sjön gäller förutom fönster även tak och fasadarbeten för att klara ljuddämpningen och då kommer diskussionerna naturligtvis upp om eftersatt underhåll från fastighetsägarens sida och de fastighetsägare som skött sina fönster, fasader och tak på ett bra sätt. Kommunen ska inte stå för eftersatt underhåll. I sådana fall kan det bli svåra diskussioner. Konsulten ska därför vara behjälplig med vid diskussioner med dessa fastighetsägare. Åtgärderna ska vidtas endast om kostnaderna är rimliga med hänsyn till byggnadens standard och värde och med den samhällsnytta och effekt som uppnås. Vid meningsskiljaktigheter skall frågorna avgöras av tillsynsmyndigheten genom beslut som kan överklagas. I uppdraget skall också ingå månatliga möten för planering och lägesrapporter. Antal timmar som kommer att åtgå för uppdraget ska redovisas per konsult och angiven datum då arbetet utfördes. Ett uppstartsmöte skall hållas där en tidsplan skall utarbetas och där det skall framgå vilka konsulter som skall utföra de olika delarna i uppdraget. I uppdraget skall också ingå månatliga möten för planering och lägesrapporter. Antal timmar som kommer att åtgå för uppdraget skall redovisas per konsult och angiven datum då arbetet utfördes.”

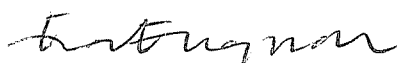
Till uppdraget finns bifogat underlag i form av miljödomstolens dom, MKB 2008 del 1 och 2, kurvor 090814, trafikfall och kostnadsberäkning LFV teknik.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt egen uppgift saknar Jönköpings kommun kompetens att på egen hand utvärdera vilka åtgärder som behöver vidtas med anledning av miljödomstolens dom den 16 november 2009, mål nr M 3163-08. För upphandlingen gäller att anbud med lägsta pris kommer att antas.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av uppdragsbeskrivningen är omöjligt att förutse det antal timmar uppdraget kommer att ta i anspråk. Eftersom uppdraget syftar till att ta reda på vilka åtgärder som behöver vidtas är uppdragets omfattning till sin natur svår att förutse. Enligt förvaltningsrättens mening är det, vad gäller antalet arbetstimmar uppdraget kommer att omfatta, inte möjligt att precisera uppdraget mer än kommunen gjort. Vad uppdraget innefattar har inte blivit tydligare genom de svar på anbudsgivares frågor som kommunen lämnat. Anbudsgivaren har således haft att uppskatta det antal arbetstimmar uppdraget kommer att innebära. Förvaltningsrätten anser inte, mot bakgrund av den uppdragsbeskrivning som lämnats i förfrågningsunderlaget, att uppdraget kan anses innefatta upprättandet av CAD-ritningar. ÅF kan vidare inte anses ha visat att kommunens nollställning är felaktig. Med hänsyn till den utvärderingsgrund som valts och med hänsyn till uppdragets natur finner förvaltningsrätten att kommunens förfrågningsunderlag får anses uppfylla transparensprincipens krav på förutsebarhet och öppenhet varför grund för åtgärd enligt 16 kap. 1 § LOU inte föreligger. Ansökan ska därför avslås.

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



Eva Elvingsson

