



**SÖKANDE**

Indus Sverige AB, 556107-7370

Ombud: Advokat Tobias Bengtsson och jur. kand. Karin Göranson  
Wistrand Advokatbyrå  
Box 11920  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Enköpings kommun

Ombud: Advokat Maria Pedersen, advokat Ingrid Sandstedt Nordfeldt och  
jur.kand. Hanna Gustavsson  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

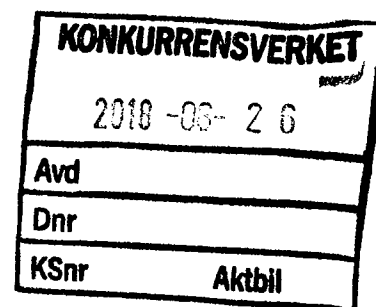
**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

**Enköpings kommun** (kommunen) genomför upphandling benämnd "Uppställning och hyra av moduler till Westerlundiska gymnasiet", TF 2017/999. I tilldelningsbeslut den 9 mars 2018 antogs anbud från annan anbudsgivare än Indus Sverige AB (bolaget).

**Bolaget** ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbuden från de övriga anbudslämnarna ska diskvalificeras och att bolaget ska tilldelas upphandlingen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Kommunen har felaktigt bedömt att övriga anbudslämnare är kvalificerade trots att anbuden avviker markant från den situationsplan som är en del av förfrågningsunderlaget och de mått som där anges, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Bolaget har försökt tillmötesgå kraven i upphandlingsunderlaget och har i största möjliga utsträckning därmed försökt hålla sig till de mått och till den placering som anges i situationsplanen. För att göra det har bolaget varit tvunget att ställa den offererade byggnaden i två plan i stället för i ett vilket har medfört en betydlig merkostnad i förhållande till de andra anbudslämnarna som valt att offerera moduler i ett plan. De senare avviker markant från vad som anges i situationsplanen, med avseende på både mått och placering.

Det framgår av situationsplanen att måtten för paviljongen är 29 x 12 m. Dessa mått kan i kombination med vad som framgår i underlaget tolkas som att de inte är exakta, men det är felaktigt att påstå att inga exakta mått har angetts. Bolaget ifrågasätter även syftet med att uppge dessa mått i upphandlingsunderlaget om de skulle sakna betydelse för kommunen.

Jämfört med de mått om 29 x 12 m som anges i situationsplanen, vilket innebär en byggnadsyta (BYA) på 348 kvm, avviker övriga anbud väsentligt med längd avvikelser på ca 80 till över 120 procent och avvikelser från BYA med över 50 procent. Bolagets anbud är en tvåplansmodul och måtten är 29,660 x 13,990 m inklusive hiss och trapphus. Övriga anbudsgivares stora avvikelser till måtten och BYA får också betydelse för hur mycket modulerna avviker från den tilltänkta placeringen vilket innebär att modulerna till stor del kommer placeras på annan mark än vad som angetts i situationsplanen. AFD 121 stadgar att tilltänkt placering enligt bifogad situationsplan inte är bindande i det fall leverantören kan erbjuda en mer fördelaktig lösning för såväl totalekonomin som verksamheten. Enligt bolagets mening kan AFD 121 inte läsas på något annat sätt än att situationsplanen är bindande för samtliga leverantör, med undantag för om en leverantör kan erbjuda en sådan mer fördelaktig lösning. Vad det innebär att ha en ”mer fördelaktig lösning för såväl totalekonomin som verksamheten” är oklart. Det framgår inte heller på vilket sätt de lösningar som övriga anbudslämnare erbjudit skulle vara en mer fördelaktig lösning än bolagets lösning med två plan. Det framgår inte heller av kommunens tilldelningsbeslut om och i så fall på vilket sätt en sådan bedömning har skett. Den ungefärliga placeringen enligt situationsplanen bör därmed vara bindande för samtliga anbudslämnare då allt annat skulle vara i strid med likabehandlingsprincipen. Det är oklart i vilka fall avvikelser från situationsplanen överhuvudtaget är tillåtna eftersom det inte framgår hur kommunen ska bedöma om något är mer fördelaktigt för totalekonomin och verksamheten. Enligt kommunen skulle även bolagets anbud komma att förkastas om upphandlingsunderlaget skulle tolkas på det sätt som bolaget gör gällande. Bolaget gör dock endast gällande att kravet avser en ungefärlig placering och att det därmed inte handlar om absoluta mått och en exakt placering utan snarare om hur stora avvikelser från måtten och placeringen som ska anses acceptabla för att uppfylla de krav som uppställs.

Otydligheterna i upphandlingsunderlaget har lett till att bolaget har offererat en produkt som är betydligt dyrare än övriga anbudslämnarens och bolaget har därmed inte haft en prismässig chans att få kontraktet som tilldelades enligt principen om lägsta pris. Av AFB 22 i de administrativa föreskrifterna framgår vilka handlingar upphandlingsunderlaget består av. Det framgår inte av underlaget och frågor och svar att AFD-delen inte berör krav som leverantörerna måste uppfylla. Bolaget delar inte kommunens uppfattning att det som regel saknas exakta utformningskrav vid totalentreprenader. I den här typen av totalentreprenader är etableringsområdet ofta reglerat men mindre avvikelser är acceptabla. Ibland medges dock ingen avvikelse överhuvudtaget. Det fanns i den aktuella upphandlingen inte anledning för bolaget att tro att det förelåg en annan syn på sådana krav än vad som är brukligt vid totalentreprenader.

Det är otydligt både vad som är att anses som en "ungefärlig" och därmed acceptabel placering enligt situationsplanen, samt i vilka fall en leverantör kan anses erbjuda en mer "fördelaktig lösning för såväl totalekonomin som verksamheten" så att situationsplanen inte är bindande. Det har varit ytterst svårt för anbudslämnarna att veta inom vilka ramar avvikelser varit acceptabla. Anbudslämnarna har fått väga lägsta pris mot hur stor avvikelse som gissningsvis kunde tänkas vara acceptabel vilket lett till väldigt olika tolkningsresultat. Bristerna i tydlighet har lett till att bolaget har lämnat ett anbud som inte är jämförbart med övriga anbud. En tvåplanslösning, som kräver hiss och trapphus, är dyrare att tillverka än en enplanslösning och bolaget har därmed inte haft möjlighet att baserat på lägsta pris konkurrera på lika villkor som övriga anbudslämnare. Det faktum att en av fyra leverantörer har valt att lämna anbud på en produkt som är en väsentligt mycket dyrare lösning än att lämna anbud på en enplansmodul i en upphandling där upphandlingen tilldelas anbudslämnaren med lägsta pris visar på att upphandlingsunderlaget har varit otydligt. Den omständigheten att anbudslämnarna har uppfattat underlaget olika har också lett till

konkurrensfördelar för övriga anbudslämnare och till en konkurrensnackdel för bolaget. Om underlaget inte hade varit otydligt hade bolaget naturligtvis valt att offerera billigast möjliga produkt, vilket i det här fallet hade varit en enplansmodul, för att ha så stora chanser som möjligt att tilldelas upphandlingen. Anledningen till att bolaget kunde lämna anbud i det här fallet, trots att det inte var möjligt att uppfylla de i situationsplanen angivna måtten, var att upphandlingsunderlaget medgav viss avvikelse genom att det angavs "ungefärlig placering" i situationsplanen. Eftersom avvikelens storlek är av avgörande betydelse försökte bolaget därför förhålla sig så nära måtten och därmed den angivna placeringen som möjligt. Bolaget gör inte gällande att den upphandlande myndigheten måste uppställa krav på exakt placering men anmärker på de otydligheter som finns hur leverantörer ska förhålla sig till de mått som angetts och hur "ungefärlig placering" ska tolkas.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Entreprenaden är en totalentreprenad vilket innebär att entreprenören har att själv styra utförandet så att funktionskraven uppfylls. Hur entreprenören väljer att göra det är upp till entreprenören som kan välja ett utförande i ett plan eller i två plan.

I AFD.121 har angetts att placering inte är bindande utan att entreprenören kan erbjuda en annan lösning. I situationsplanen anges en ungefärlig placering vilket även bekräftas av frågor och svar där kommunen på frågan om både placering och mått angett att det rör sig om ungefärlig placering vilket därmed även inbegriper frågan om mått. Några krav gällande modulernas minsta eller största area har inte specificerats i förfrågningsunderlaget. Kraven gällande modulerna återfinns enbart i kravspecifikation 6.2. Kravspecifikation anger att vissa rum måste finnas och gällande klassrum, grupprum och lärarrum finns areaangivelser.

Eftersom kommunen inte har uppställt något krav om mått eller placering som ska uppfyllas i anbudet saknas skäl att förkasta anbudet. För det fall förfrågningsunderlaget skulle tolkas på det sätt som bolaget menar skulle även bolagets anbud förkastas eftersom det då skulle avvika från de uppgivna måtten. Bolaget har således inte lidit skada av det påstådda brottet mot LOU.

Det som bolaget anser är otydligt är inte en fråga som rör upphandlingsfasen utan utförandefasen för antagen entreprenör. Kommunen har tydligt angett att det inte rör sig om mått eller en placering som måste vara uppfyllda under upphandlingen utan att det rör sig om information till anbudsgivarna om gränserna entreprenören har att förhålla sig till vid uppfyllande av funktionskraven under entreprenadtiden. Då entreprenören vid en totalentreprenad själv svarar för utförandet och sättet funktionskraven uppfylls på har kommunen märkt ut en ungefärlig yta så anbudsgivare kan offerera den mest fördelaktiga lösningen. Det ligger i en totalentreprenads natur att exakta utförandekrav inte lämnas utan att anbudsgivarna får funktionskrav och sedan får välja utförandet själv. För totalentreprenader saknas därför som regel exakta utformningskrav. Att en ungefärlig placering anges vid en totalentreprenad medför att anbudsgivarna kan beräkna övriga kostnader som en entreprenad innebär. Anbudsgivarna kan med en ungefärlig placering beräkna kostnaderna för transport, vilken sorts maskiner och annan utrustning som krävs med tanke på omgivning, var etablering kan ske och arbetsområdets utformning. Entreprenadens läge påverkar denna typ av kostnader. Kostnaden för transport kan skilja mycket beroende av närheten till en större genomfartsled i jämförelse med en svåråtkomlig placering. Genom en ungefärlig placering kan entreprenören planera entreprenadens funktionskrav och övriga kostnader för att offerera den mest fördelaktiga lösningen.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Mål enligt LOU är en typ av mål där förvaltningsrättens utrednings- skyldighet är begränsad. Det åligger därför parterna att i stor utsträckning ansvara för utredningen i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

En grundläggande princip vid upphandling enligt LOU är att upphandlande myndigheter inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven som ställts i förfrågningsunderlaget. Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2016 ref 37 uttalat att det i princip inte är möjligt att godta ett anbud som inte uppfyller ställda obligatoriska krav i en upphandling.

Det är givet att formuleringar i förfrågningsunderlaget i vissa fall kan ge utrymme för olika tolkningar avseende vilket eller vilka krav ett anbud ska uppfylla. Utgångspunkten får enligt förvaltningsrättens mening i första hand vara vad som uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget.

Av upphandlingsdokumentationen i det aktuella målet framgår att upphandlingen är en totalentreprenad och att det anbud som har lägst utvärderingssumma kommer att antas. I upphandlingsföreskrifterna (kapitel

AFB) anges inga obligatoriska krav gällande själva föremålet för upphandlingen. Sådana krav eller kriterier återfinns i stället i entreprenadföreskrifterna (kapitel AFD).

I AFD. 1 – Omfattning – anges bland annat att entreprenaden omfattar leverans och montage av byggnad enligt en bifogad kravspecifikation (bilaga 6.2).

I AFD. 121 – Arbetsområdets gränser – anges följande.

Arbetsområde tas i samråd fram med leverantören. Tilltänkt placering enligt bifogad situationsplan är inte bindande i det fall leverantören kan erbjuda en mer fördelaktig lösning för såväl totalekonomi som verksamheten.

I dokument benämnt 6.2 Kravspecifikation anges bland annat att modulerna ska rymma fyra klassrum på minst 60 kvm, fyra grupprum på minst 20 kvm samt ett lärararbetsrum på minst 30 kvm.

I situationsplan som bifogats upphandlingsunderlaget visas ett markerat område sydost om befintlig skolbyggnads sydöstra hörn samt texten ”Här i krokarna”.

I bifogad lovkarta finns en paviljong utritad med måtten 29 x 12 meter.

I fråga-svar den 28 december 2017 anges följande

7 Ska byggnaden rymmas inom de mått som är angivna på sit. planen?

Situationsplanen visar ungefärlig placering, bland annat att tänka på är: Det går en gång- och cykelväg som löper längs den asfalterade ytan och korsängsfältet, se röd streckad linje i situationsplan.

Att lämna mellanrum mellan moduler och den befintliga skolan för att inte skymma fönster och utrymningsvägar.



Att option på ytterligare två moduler innehållande vardera två klassrum ska rymmas på baksidan av nuvarande skola. (det ska inte redovisas i denna upphandling, men er lösning i denna upphandling bör möjliggöra optionen)

Förvaltningsrätten prövar först om det förelegat ett obligatoriskt krav i upphandlingen att offererade modullösningar skulle ha vissa yttermått.

Förvaltningsrätten konstaterar att situationsplanen och lovkartan är en del av förfrågningsunderlaget men att det inte uttryckligen framgår att anbud ska vara i överensstämmelse med dessa handlingar. Frågan är då om situationsplanen och lovkartan utgör obligatoriska krav genom att de får betraktas som en bindande beskrivning av själva upphandlingsföremålet samt vilka funktioner detta ska ha. Definitionsmässigt bör ett obligatoriskt krav, även kallat ”ska-krav”, innehålla ordet ska. Om så inte är fallet måste det på annat sätt klart framgå på vilket sätt kravet är tvingande. I upphandlingsunderlaget framkommer inte att måttangivelserna i lovkartan är förbundna med någon sådan formulering. Inte heller går det av kommunens svar i frågor och svar att utläsa att det förelegat ett obligatoriskt krav på vissa yttre mått för modullösningen. Då något krav på sådana mått, förutom vad som anges i kravspecifikationen om yta för klassrum m.m., inte heller på annat sätt angetts finner förvaltningsrätten att det inte kan anses ha varit ett obligatoriskt krav att modulen skulle ha de av bolaget åberopade måtten. Enligt förvaltningsrätten har kommunen utifrån förfrågningsunderlagets utformning därmed inte haft någon möjlighet att förkasta någon anbudsgivare på den grunden att offererade måttangivelser avvek från situationsplanen. Eftersom bolaget inte visat att övriga anbud skulle brista i kravuppfyllnad i förhållande till vad som angetts i förfrågningsunderlaget saknas grund för ett ingripande enligt LOU i denna del.

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till om upphandlingen ska göras om på grund av otydlighet i förfrågningsunderlaget.

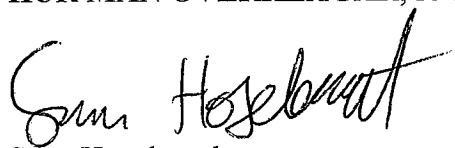
Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat bland annat följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer bland annat av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. I samma avgörande anges att 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.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt att den aktuella upphandlingen avser en s.k. totalentreprenad. Vid en totalentreprenad anger beställaren vanligtvis endast vilka funktionskrav som ska vara uppfyllda medan entreprenören svarar för projekteringen och för utförandet. Det är således upp till den vinnande anbudsgivaren att avgöra hur arbetet ska utföras. I den aktuella upphandlingsdokumentationen är entreprenadföreskrifterna tydligt angivna under en egen kapitelrubrik (AFD – Entreprenadföreskrifter vid totalentreprenad). Även om det inte finns något krav i LOU på att samtliga obligatoriska krav rörande anbuden måste vara placerade i samma kapitel i förfrågningsunderlaget finner förvaltningsrätten att det får anses tillräckligt tydligt ha framgått för anbudsgivarna att de eventuella krav eller kriterier som återfinns under AFD ska tillämpas först under pågående entreprenadarbeten. Utifrån upphandlingens utformning i denna del har därmed vad som anges i AFD 121 om tilltänkt placering m.m. inte behövt vara gällande redan vid anbudsingivandet. Även om det i och för sig varit mindre tydligt hur de i lovkartan angivna måtten skulle tolkas finner förvaltningsrätten enligt ovan förda resonemang att det ändå får anses

klarat att de inte utgjort obligatoriska krav. Med undantag för bolaget har samtliga anbudsgivare också kunnat tolkat underlaget som att det inte fanns några särskilda måttkrav. Förvaltningsrätten anser att kommunens krav i den aktuella upphandlingen därmed får anses ha utformats tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget skulle kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. I sammanhanget kan noteras att även om det inte uppställts något uttryckligt besökskrav i upphandlingsdokumenten så framgår det av AFB.3 att entreprenören ansvarar för att på plats förvissa sig om byggnadsområdets belägenhet, tillgänglighet och utseende. Det har inte visats att upphandlingsunderlagets utformning i sig utgjort hinder för bolaget att lämna anbud i upphandlingen. Det har heller inte framkommit att utformningen inneburit en fördel för någon annan anbudsgivare. Bolaget har därmed inte visat att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen heller i denna del.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att vad bolaget anfört i målet inte visar att kommunen brutit mot LOU och dess bakomliggande principer och att detta skulle ha medfört att bolaget har lidit eller skulle kunna komma att lida skada. Det finns därmed inte skäl för ingripande med stöd av 20 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV3109/1A LOU).



Sven Hogebrandt

förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.

