



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**

**DOM**  
2017-10-18  
Meddelad i Jönköping

Mål nr  
979-17

**SÖKANDE**

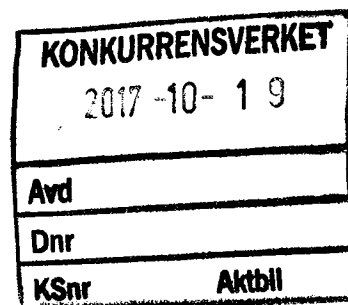
Kanonaden Entreprenad AB, 556231-2636  
Bockängsgatan 2  
571 38 Nässjö

**MOTPART**

Jönköpings kommun, Upphandlingsavdelningen  
Stadskontoret  
551 89 Jönköping

**SAKEN**

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, ÄLUF



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

**BAKGRUND**

Jönköpings kommun har inlett ett upphandlingsförfarande som benämns Ombyggnation av Häggebergs vattenverk (refnr: 16/261). Genom tilldelningsbeslut har dels NCC Sverige AB (NCC) antagits som leverantör, dels anbudet från Kanonaden Entreprenad AB (Kanonaden) förkastats. Kanonaden har ansökt om överprövning.

**Förfrågningsunderlaget**

*Upphandlingsföremålet och formerna för anbudsgivning*

Upphandlingen avser ombyggnation av reningsverket Häggeberg i Jönköpings kommun. En anbudsgivare kommer att antas. Alternativa anbud, sidobud och reservationer tillåts inte. Upphandlingsföremålet beskrivs i huvudsak enligt följande. Jönköpings kommuns skyddsobjekt Vattenverk ska byggas ut och renoveras med avseende på kapacitet. Vattenverkets område

Dok.Id 233827

Postadress  
Box 2201  
550 02 Jönköping

Besöksadress  
Hamngatan 15

Telefon  
036-15 66 00  
E-post: [forvaltningsrattenijonkoping@dom.se](mailto:forvaltningsrattenijonkoping@dom.se)  
[www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se](http://www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se)

Telefax  
036-15 66 55

Expeditionstid  
måndag–fredag  
08:00–16:00

och lokaler i Jönköping är ett skyddsobjekt och verksamheten bedrivs med höga krav på säkerheten. Eftersom projektet är av teknisk och genomförandemässigt svår karaktär kommer det att genomföras i samverkan/partnering med utsedd leverantör (entreprenör).

I förfrågningsunderlaget finns även följande information avseende upphandlingsföremålet. När en byggnad, anläggning eller ett område är klassat som skyddsobjekt innebär det att obehöriga inte har tillträde dit. Vattenverkets verksamhet ställer dessutom höga krav på sekretess. Projektet ska delas in i två faser:

- *Fas 1:* Förstudie och projektering till en bygghandling och framtagande av riktpolis. Arbetet omfattar att leverantör och verksamhetsrepresentanter knyts till projektet och gemensamt tar fram dimensionerade uppgifter och lösningar för att få ett så bra vattenverk som möjligt med utökad kapacitet.
- *Fas 2:* Omfattar att fysiskt genomföra projektet med ombyggnad/uppbyggnad. Leverantören ska svara för all samordning av tid, teknik, arbetsmiljö, och ekonomistyrning. Därvid ska observeras att entreprenadarbeten i fas 2 ska utföras i direkt anslutning till befintlig drift på ett säkert sätt, utan risk för oplanerade driftstörningar.

En leverantör kommer att utses som leverantör för båda faserna. Den utsedde avtalsparten ska ha funktionsansvar i enlighet med ABT 06, totalentreprenad, för de handlingar som tas fram i fas 1 med ABK 09 som grund. Projektet ska drivas med öppna böcker och öppen redovisning. Syftet med öppna böcker är att kommunen ges möjlighet att ta del av ekonomiska redovisningar av projektets verkliga kostnader som upprättats av alla i projektet. Om kommunen och leverantören inte kan enas om omfattning av entreprenaden eller om rikkostnaden och den fasta del som är avsedd som ersättningsform, har kommunen rätt att avbeställa entreprenaden. Kommunen får i så fall äganderätt till samtliga handlingar som leverantören tagit fram i projektet och kan lägga dessa till grund för en upphandling. Kommunen ersätter i sådant fall entreprenören på löpande räkning för dittills nedlagt

arbete, men har inte någon skyldighet därutöver att utge ersättning till entreprenören för avbeställningen. Totalkostnaden för hela projektet beräknas uppgå till ca 70 milj. kr.

### *Anbudsprövningen*

#### Obligatoriska krav (urval) m.m.

**Prövning av leverantör (företaget):** Leverantören ska ha erfarenhet av minst två partnering- eller samverkansprojekt under de senaste fem åren, räknat från sista anbudsdag för denna upphandling. Projekten ska ha en produktionskostnad på minst trettio milj. kr. Referensprojekten kommer att utvärderas enligt föreskrifterna i punkten AUB.52.

#### **Prövning av uppdragsorganisationens storlek, sammansättning, erfarenhet och kompetens:**

Följande kompetenser (namngiven person) och kompetenskrav ska offereras respektive uppfyllas. För att styrka/verifiera att kraven uppfylls ska för varje kompetens cv / meritförteckning och två referenser bifogas anbudet:

- Projektledare
  - Den offererade projektledaren ska ha minst fem års sammanlagd erfarenhet som projektledare
  - Den offererade projektledaren ska ha erfarenhet som projektledare, byggledare eller motsvarande position/befattning i minst två partnering- eller samverkansprojekt från projektering till överlämnad anläggning de senaste fem åren.
    - Minst ett av projekten ska ha varit inom VA-process och ha haft en produktionskostnad över tio milj. kr
    - Projekten ska vara slutförda före sista anbudsdagen i denna upphandling
  - Den offererade projektledaren ska ha minst gymnasieutbildning inom Teknik, Väg- och vatten, miljö- eller samhällsteknik eller motsvarande
  
- Projekteringsledare
  - Den offererade projekteringsledaren ska ha minst fem års sammanlagd erfarenhet som projektör/konstruktör

- Den offererade projekteringsledaren ska i minst två projekt ha varit ansvarig för projektering och konstruktion, där maskinella installationer för VA-processer ingått
  - Projekten ska omfatta detaljprojektering till övertagen anläggning under de fem senaste åren
  - I minst ett av projekten ska kostnaderna för detaljprojektering ha överstigit två milj. kr
- Den offererade projekteringsledaren ska ha minst gymnasieutbildning inom Teknik, Väg- och vatten, miljö- eller samhällsteknik eller motsvarande
- Platschef
  - Den offererade platschefen ska ha minst fem års sammanlagd erfarenhet inom byggledning
    - Minst ett av projekten ska ha haft en produktionskostnad på över tio milj. kr
    - Minst ett av projekten ska vara inom VA-process
    - Projekten ska vara slutförda före sista anbudsdagen i denna upphandling
  - Den offererade projekteringsledaren ska ha minst gymnasieutbildning inom Teknik, Väg- och vatten, miljö- eller samhällsteknik eller motsvarande
- Teknik specialist inom VA
  - Den offererade tekniska specialisten inom VA ska ha minst fem års sammanlagd erfarenhet som specialist inom VA
  - Den offererade tekniska specialisten inom VA ska ha erfarenhet som teknisk specialist inom VA eller motsvarande position/befattning i minst två partnering- eller samverkansprojekt, från projektering till överlämnad anläggning de senaste fem åren
    - Minst ett av projekten ska ha varit inom VA-process och ha haft en produktionskostnad över tio milj. kr
    - Projekten ska vara slutförda före sista anbudsdagen i denna upphandling
  - Den offererade projektledaren ska ha minst gymnasieutbildning inom Teknik, Väg- och vatten, miljö- eller samhällsteknik eller motsvarande

#### Anbudsutvärdering

Vid utvärderingen kommer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att anses, utifrån tilldelningskriterierna Priser, Entreprenörsarvode, Intervju och Referensobjekt överstigande 35 milj. kr. Därvid tillämpas den s.k. mervär-

desmodellen (*Denna kan något förenklat beskrivas enligt följande: Först beräknas ett pris i enlighet med vad som närmare anges i förfrågningsunderlaget. Detta pris benämns anbudssumma. Därefter bedöms de utvärderingskriterier som inte avser pris och beroende på hur väl dessa uppfylls tilldelas anbuden ett eller flera fiktiva prisavdrag. Dessa fiktiva mervärden benämns mervärden. Efter att beräknad anbudssumma minskats med tilldelade mervärden erhålls en jämförelsesumma. Det anbud som innehåller den lägsta jämförelsesumman anses ekonomiskt mest fördelaktigt. Förvaltningsrättens anm.*).

### **Tilldelningsbeslutet**

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Anbud har lämnats av två leverantörer: Kanonaden och NCC. Kanonadens anbud förkastades med följande motivering. Anbudet uppfyller inte det obligatoriska kravet i punkt AUB.51 "Teknisk specialist inom VA" i förfrågningsunderlaget. Detta då den offererade tekniska specialisten saknar ett av de två föreskrivna projekten i samverkan/partnering. Anbudet från NCC ansågs uppfylla samtliga obligatoriska krav och antogs vid utvärdering som det kvalificerade anbud som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt.

### **YRKANDEN**

Kanonaden yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprovning, varvid anbudet från Kanonaden inte ska förkastas. I andra hand yrkar Kanonaden att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

## VAD PARTERNA ANFÖR

### **Kanonaden**

#### *Inställning*

Kanonadens anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav och borde därför inte ha förkastats. NCC:s anbud uppfyller inte samtliga obligatoriska krav och borde därför rätteligen ha förkastats. Felen i upphandlingen medför att Kanonaden lider eller kan komma att lida skada i ÄLUF:s mening.

#### *Förfrågningsunderlaget*

I förfrågningsunderlaget finns föreskrifter gällande projektformerna partnering- och samverkansprojekt. Kommunen har dock inte definierat hur den definierar dessa projektformer eller vad ett referensprojekt i detalj ska innehålla för att uppfylla kommunens krav. Inte heller i ABK09 eller AF AMA Konsult 10 finns någon vägledning avseende varken partneringprojekt eller samverkansprojekt. I branschen förekommer begreppet samverkansentreprenad. Detta har kommunen dock valt att inte använda, varken som begrepp eller entreprenadform.

Kommunens påstående om att partnering och samverkan är två olika samarbetsformer är felaktigt. Vad kommunen anför utgör dess egna och avvikande definitioner som inte kunnat utläsas ur förfrågningsunderlaget.

#### *Kanonadens anbud*

I inlämnad komplettering avseende referensprojekt har Kanonaden lämnat uppgifter om ett projekt där den offererade tekniska specialisten arbetat tillsammans med beställaren under sex års tid; från idéstadium och pilotförsök, framtagande av systemhandling, medverkan vid detaljprojektering och slutligen ansvarat för idrifttagning. I detta referensprojekt har den offererade tekniska specialisten även reglerat sitt uppdrag ekonomiskt med öppna

böcker och full samverkan. Det rör sig således om samverkansprojekt som för den tekniska specialistens del i uppdraget vida överstiger vad som kan bli aktuellt för vattenverket i Häggeberg.

Av till förvaltningsrätten inlämnat skriftligt intyg från Kanonadens referent framgår att Kanonadens och referentens gemensamma inställning är att det åberopade referensprojektet uppfyller de krav som rimligen kan ställas, se nedan:

[Ort] vattenverk, [Kommunen] Stadsbyggnadsförvaltning, har i samverkan med [bolag], ett samverkansprojekt, tillsammans med den av Kanonaden offererade tekniska specialisten utfört pilotförsök och arbetat fram en systemhandling för att uppföra ett nytt vattenverk i [Ort]. Den tekniska specialisten har därefter varit ett stöd under projektering och byggnation för att sedan ansvara processmässigt för idrifttagningen.

Av till förvaltningsrätten inlämnad uppdragsbekräftelse framgår att den av Kanonaden offererade tekniska specialistens uppdrag varit att som teknisk specialist utarbeta en systemhandling och bistå [Ort] kommun med projektledning i detaljprojekteringen, genomförandet och driftsättning till färdig anläggning. Således ett uppdrag med den funktion som kännetecknar en teknisk specialist i ett VA-projekt. Detta är helt i överensstämmelse med vad som skulle vara aktuellt i förevarande upphandling. Därvid bör beaktas att det framgår av uppdragsbekräftelsen att ersättningsformen är på löpande räkning och mot en budgeterad kostnad, d.v.s. enligt det arbetssätt som bygger på förtroende och samverkan.

#### *NCC:s anbud*

Inledningsvis kan konstateras att NCC har offererat tre personer för fyra kompetenser. En rimlig slutsats är att NCC inte kunnat uppbringa tillräcklig bemanning som efterfrågats och att man av taktiska skäl för att kvalificera sig använt samma persons CV för två kompetenser där erfarenhet från projekt i samverkan ställts.

NCC har åberopat ett referensprojekt som har en avtalad färdigställandetid den 1 december 2011, d.v.s. mer än fem år före sista anbudsdag i denna upphandling. Vidare innehåller kontraktet för detta referensprojekt inga uppgifter om samarbetsform. De av kommunen åberopade handlingarna visar att NCC har överskridit eller av andra skäl omförhandlat den kontraktssenliga färdigställandetiden. Därutöver finns brister i NCC:s offererade uppdragsorganisation, se vidare nedan.

#### Projekteringsledare

Av inlämnad CV framgår att den offererade personens erfarenhet endast består i arbete och befattning som projektledare fram till år 2016. Varken kravet på minst fem års erfarenhet av arbete som projektör/konstruktör eller kravet på att ha ansvarat för projektering och konstruktion i minst två projekt.

Det finns endast en angiven referens, trots att det i förfrågningsunderlaget har uppställts ett obligatoriskt krav på två referenser. Vidare framgår av inlämnad CV att personen påbörjade sin anställning hos NCC år 2015 och att åberopat referensprojekt påbörjades år 2014. Detta innebär att personen under inga förhållanden kan ha medverkat i referensprojektet från detaljprojektering till övertagen anläggning. Den angivna referensen borde därför inte ha godtagits.

Ingen av de av kommunen nämnda referenserna "Nybyggnad av lakvattenrening" och "Nybyggnad av slamhantering på sopstation" uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav såvitt avser delmomentet "... där maskinella installationer för VA-processer ingått". Vad gäller projektet avseende lakvattenrening bör följande beaktas. Det är känt för branschen att VA-processer hanteras av branschorganisationen Svenskt Vatten till skillnad från lakvattenrening som hanteras av branschorganisationen Avfall Sverige.



Lakvatten är således inte en VA-process. Steget mellan installationer för hantering av dricksvatten (som är föremål för reglering från Livsmedelsverket) och installationer för hantering av avfall är långt. Kvalifikationerna för respektive hantering är helt olika, särskilt för en projekteringsledare eller teknisk specialist. Vad gäller projektet ”Nybyggnad av slamhantering på sopstation” kan konstateras att byggnationer på en sopstation enligt branschorganisationen saknar naturlig koppling till VA-processer. Avseende detta projekt har Kanonaden även lämnat in ett startmötesprotokoll. I detta dokument finns det inte upptagen någon projekteringsledare med ansvar för projektering och konstruktion. Vidare synes inte den offererade av NCC offererade projekteringsledaren finnas med i namnlistan för totalentreprenörens organisation.

#### Teknisk specialist

Inledningsvis kan konstateras att den offererade person är anställd som produktionschef. Det kan även konstateras att samma person offererats som projektledare.

Av den offererade personens CV kan inte utläsas att personen har någon tidigare erfarenhet av anställning som teknisk specialist. Det är inte heller styrkt att personen fungerat som teknisk specialist eller motsvarande i de två referensprojekt som är åberopade. Att personen fungerat som arbetschef/produktionschef i referensprojekten är något helt annat och motsvarar inte den anställning/funktion och expertiskunnande en teknisk specialist med flerårig erfarenhet av VA-processer har.

### **Kommunen**

#### *Inställning*

Kommunens anbudsprövning uppfyller såväl förfrågningsunderlagets föreskrifter som de krav som följer av ÄLUF. Förfrågningsunderlagets föreskrifter är utformade i enlighet med de krav som följer av ÄLUF.

#### *Förfrågningsunderlaget*

I förfrågningsunderlaget efterfrågas referensprojekt i form av ”projekt i partnering- eller samverkan”. Båda dessa är olika samarbetsformer och kommunen efterfrågar således inte någon samverkansentreprenad. Partnering är en särskild samarbetsform som är vedertagen för branschen och de som besitter den kompetensen. Detta innebär dock inte att partnering uteslutande är den enda samarbetsformen i branschen. Med anledning av att kommunen haft för avsikt att uttömma möjligheterna till att få in anbud i upphandlingen har kommunen även godtagit andra samarbetsformer än partnering; därav ”[...] eller samverkan”. Detta i den utsträckning referenten tydligt angivit att det varit fråga om en samarbetsform mellan beställare och leverantör. Med anledning av att partnering eller samverkan är vedertagna samarbetsformer i branschen har kommunen inte funnit det nödvändigt att definiera projektförmerna eller vad de i detalj skulle innehålla. Detta då det får anses ligga inom ramen för anbudsgivarnas kompetens.

#### *Kanonadens anbud*

För att ett angivet referensprojekt ska godkännas har det krävts ett ömsesidigt erkännande om att referensprojektet utförts genom samarbete mellan beställare och leverantör. Det är således inte tillräckligt att den som lämnat referensen anser att referensprojektet utförts på detta sätt. Den referent som Kanonaden angivit för det nu aktuella referensprojektet har inte uppgivit att det varit fråga om ett projekt i partnering eller samverkan. Kanonadens anbud har därmed rätteligen förkastats.

Kanonadens referens avser de facto en samordnad generalentreprenad, utan inslag av varken partnering eller samverkan. Kommunen har till förvaltningsrätten lämnat in en kopia av den beställning som referensprojektet avser och det anbud från Kanonaden som denna beställning grundar sig på. I dessa handlingar anges ingenstans att uppdraget avsett vare sig partnering eller samverkan. Av beställarens tilldelningsbeslut (kopia har lämnats in till förvaltningsrätten) framgår däremot att beställningen avsåg en samordnad generalentreprenad (en entreprenadform och inte en samarbetsform). Det är ostridigt att partnering eller samverkan kan tillämpas vid en samordnad generalentreprenad, men så behöver inte nödvändigtvis vara fallet. Med anledningen av att det inte framgår av varken anbud, tilldelningsbeslut eller beställning att uppdraget innefattade partnering eller samverkan kan det intyg som åberopas av Kanonaden inte tillmätas någon betydelse (se vidare nedan, förvaltningsrättens anm.).

Kommunen har även gett in kopia av två interna e-postmeddelanden och kopia av minnesanteckningar. Av dessa handlingar framgår att kommunen har kontaktat Kanonadens referent per telefon i slutet av januari 2017 och att det därvid framkommit bl.a. följande:

Referenten tillfrågades om den av Kanonaden offererade tekniska specialistens roll. Därvid framkom att denne hade varit aktiv inledningsvis med att ta fram hur processen skulle se ut och uppställning av pilotförsök. Därefter, under byggnationen, hade hans roll varit betydligt mindre. Detta fram till avprovning av anläggningen då den tekniska specialisten åter varit mer aktiv. Referenten tillfrågades även om upphandlingsform och fick då svaret att [kommun] hade upphandlat projekteringen och att [bolag] var maskinprojektör. Entreprenaden hade efter färdig projektering upphandlats separat som en generalentreprenad där bygg, maskin etc. upphandlats för sig och där byggentreprenören fått ansvaret att samordna de upphandlade entreprenörerna.

De ovan lämnade uppgifterna är svårligen förenliga med de uppgifter samma person lämnat i det intyg som Kanonaden åberopar.

#### *NCC:s anbud*

Av till förvaltningsrätten inlämnad handling framgår att slutbesiktning och entreprenadens godkännande gjordes den 15 juni 2012. Referensprojektet är således inte äldre än fem år. Av inlämnade utdrag ur relevant förfrågningsunderlag, partneringdeklaration och samarbetsavtal framgår även att referensobjektet utförts med partnering.

Det finns inte någon föreskrift i förfrågningsunderlaget som hindrar att samma person offereras för flera kompetenser.

#### Projekteringsledare

Den offererade projekteringsledaren har arbetat med vattenrening i olika roller sedan 1972, däribland som projektledare med bl.a. projekteringsledning på Malmberg Water AB. Tvärtemot vad Kanonaden anför har två referenser angivits dels "Nybyggnad av lakvattenrening", dels "Nybyggnad av slamhantering på sopstation". I projektet avseende lakvattenrening använde sig NCC av Malmberg Water AB som underleverantör avseende maskin och process. Den offererade projekteringsledaren var vid det tillfället anställd hos underleverantören som projekteringsledare för projektet.

#### Teknisk specialist

Den av NCC offererade tekniska specialisten har sedan år 2003 arbetat med vatten- och avloppsrening och dessförinnan som konstruktör. Såväl den nyckelperson som projekteringsledaren ingår i och är anställda på NCC:s specialistavdelning för vattenrening, vatten- och miljöteknik och VA-process. NCC har även förtydligat att anställningen (benämningen, titeln) sällan återger vad som följer av en anställning på denna avdelning. Den offererade tekniska specialisten har dessutom haft motsvarande roller som

både teknisk specialist och projektledare i både [Ort] och [Ort] avloppsre-  
ningsverk.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### Gällande regler

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1146) om upphandling inom försörj-  
ningssektorerna, LUF, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen  
(2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och  
posttjänster, ÄLUF. I övergångsbestämmelserna till LUF föreskrivs dock att  
ÄLUF fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträ-  
dandet. Eftersom den upphandling som förevarande mål gäller har påbörjats  
före den 1 januari 2017 är ÄLUF tillämplig i detta mål.

I 1 kap. 24 § ÄLUF anges att upphandlande enheter ska behandla leverantö-  
rer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-  
lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömse-  
sidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 4 § ÄLUF anges följande. Efter ansökan av en leverantör som an-  
ser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltnings-  
domstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphand-  
lande enhet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § ÄLUF följer att om den upphandlande enheten har brutit mot  
de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansöknings. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om enheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i lagen. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (se dom i mål C-171/15, *Connexion*, med där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Det ankommer på den upphandlande enheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt. Enligt principen om likabehandling krävs dessutom att alla anbudsgivare som är intresserade av ett offentligt kontrakt ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet samt vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter. Kravet på öppenhet innebär också att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt.

**Förvaltningsrättens bedömning***Utgångspunkter för bedömningen*

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt ÄLUF som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Partnering är en modell för utökad samverkan inom byggbranschen som utvecklats av beställarledet i Storbritannien för ett tjugotal år sedan. Det finns flera olika sådana modeller, men den vanligaste formen är projektpartnering. Med detta avses att beställare och en eller flera entreprenörer i s.k. partnering team samverkar i ett specifikt projekt. I Sverige har den modell för projektpartnering som utvecklats i Storbritannien förekommit sporadiskt i drygt tio år för under de senaste tre–fyra åren ha börjat användas på bredare front. Med ordet partnering avses nedan projektpartnering om inte annat anges. Det förekommer också svenska översättningar av begreppet som samverkansentreprenad eller entreprenad med utökad samverkan. Med detta avses samma sak som partnering, varför det sistnämnda begreppet används. Det finns inte någon entydig definition av partnering i Sverige. Försök till något sådant har gjorts i den akademiska världen (*ett exempel på en sådan definition finns i Johan Nyströms licentiatavhandling från år 2005 "Partnering definition, theory and the procurement phase" där följande anges. En första förutsättning är att parterna har tillit för varandra och att kontraktet på något sätt uttrycker det. I tilliten inbegrips att parterna har gemensamma mål med projektet. För att man ska kunna tala om partnering i egentlig mening måste minst fyra av följande sju spelregler uttryckas i parternas kontrakt: Öppenhet. Regelbundna och strukturerade möten. Förutbestämd metod för att lösa tvister. Ersättningsregler med incitament. Moderator / partneringledare. Relationsskapande aktiviteter. Val av medarbetare*).

Det finns därför ett flertal olika partneringsmodeller där parterna samverkar i högre eller mindre grad. Partnering är därigenom ett något flytande begrepp, vilket också beror på att den modell som väljs anpassas till det specifika projektet och dess förutsättningar. För att ändå göra ett försök att beskriva partnering kan följande sägas (jfr Per-Ola Bergqvist, John Hane och Sture Johansson, *Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn*, Svensk Byggtjänst, 2012, s. 215 ff.).

Partnering är kontraktmodell avsedd att säkerställa att parterna samarbetar och i någon mening fattar gemensamma beslut i tekniska och ekonomiska frågor på en entreprenad. Samarbetet uppnås genom formaliserade regler om samråd vid beslut om val av olika tekniska lösningar vid projekteringen och andra strategiska beslut under entreprenaden såsom val av underentreprenör eller större materialinköp där beslutandet på traditionell entreprenad ligger helt på den ena parten, vanligen entreprenören, utan någon egentlig insyn eller kontroll från den andra parten, utöver den kontroll av att beställaren ”fått det han köpt” som slutbesiktningen utgör (Ibidem).

Det är viktigt att understryka att partnering inte är någon entreprenadform, utan beställaren måste precis som vanligt bestämma sig för om projektet ska genomföras som utförandeentreprenad med AB 04 eller som totalentreprenad med ABT 06. Båda varianterna förekommer även om det enligt författarnas erfarenhet är mer vanligt med totalentreprenad (Ibidem).

#### *Förfrågningsunderlaget*

Av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § ÄLUF följer ett krav på att en upphandlande enhets beslut att förkasta ett anbud har stöd i tydliga föreskrifter i förfrågningsunderlaget eller i nationell lagstiftning (jfr EU-domstolens dom i mål C-27/15, *Pizzo*). I denna del är frågan i målet om kommunen haft stöd, i form av tydliga föreskrifter i förfrågningsunderlaget, för att förkasta Kanonadens anbud med hänvisning till att den ena av dess



två angivna referenser inte uppfyller uppställda obligatoriska krav på referenser som avser ”partnering- eller samverkansprojekt”.

Kommunen har – dels för anbudsgivaren som företag, dels för kompetenserna projektledare och teknisk specialist inom VA – uppställt obligatoriska krav på redovisning av minst två referenser avseende partnering- eller samverkansprojekt. Kanonaden gör gällande att kravet är bristfälligt utformat främst ifråga om tydlighet. Kommunen anser inte att kravet är otydligt eller på annat sätt bristfälligt. Därvid är det ostridigt att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon definition av begreppet ”partnering- eller samverkansprojekt”. Kommunen gör dock gällande att det är allmänt känt bland de aktörer i branschen som har relevant kompetens vad nämnda begrepp innebär. Partnering är dock inte uteslutande den enda samarbetsformen i branschen. Med anledning av att kommunen haft för avsikt att uttömma möjligheterna till att få in anbud i upphandlingen har kommunen även godtagit andra samarbetsformer än partnering; därav ”[...] eller samverkan”. Enligt Kanonaden är förfrågningsunderlagets föreskrifter otydliga även med beaktande av vad kommunen anför.

I förfrågningsunderlaget anges att referenterna ska besvara frågan ”Hur bedömer ni ’anbudslämnarens’ förmåga i samarbetsformen partnering?”. Referenterna ska därvid svara utifrån angivna omdömen, varvid godtagbart omdöme för den ställda frågan är ”Anbudslämnaren xxx har förmågan att uppnå uppsatta mål inom för oss rimliga gränser”.

Med ledning av redogörelsen ovan av relevant litteratur under rubriken Utgångspunkter för bedömningen kan konstateras att det i Sverige inte finns någon entydig definition av begreppet partnering i Sverige. Det kan således inte anses utgöra ett vedertaget begrepp, varken allmänt eller inom branschen. Något förenklat kan sägas att partnering är kontraktmodell avsedd att säkerställa att parterna i ett avtal om entreprenad samarbetar och i någon

mening fattar gemensamma beslut i tekniska och ekonomiska frågor avseende entreprenaden. Detta åstadkoms genom att sedvanliga avtalsföreskrifter om entreprenad (AB 04 eller ABT 06) kompletteras genom tillägg i form av särskilda bestämmelser om samverkansformer (partneringbestämmelser) och ofta även om ersättningsformer (ekonomi). Med ordet partnering avses projektpartnering om inte annat anges. Det förekommer också svenska översättningar av begreppet som samverkansentreprenad eller entreprenad med utökad samverkan. Med detta avses samma sak som partnering, d.v.s. att beställare och en eller flera entreprenörer i s.k. partnering team samverkar i ett specifikt projekt. Något begrepp av typen ”samverkansprojekt” eller ”projekt i samverkan” som har en självständig betydelse och således inte används som synonym till partnering, har inte närmare beskrivits i varken relevant litteratur eller i vad parterna anför och åberopar i förvaltningsrätten. Uttrycket ”... eller samverkansprojekt” har således bidragit till att minska tydligheten i förfrågningsunderlaget.

I enlighet med bedömningen ovan kan begreppet ”partnering- eller samverkansprojekt” inte anses utgöra ett vedertaget begrepp med en entydig innebörd. För att föreskrifter där detta begrepp används som ett bärande element ska kunna läggas till grund för att förkasta ett anbud krävs därför att begreppets innebörd förtydligas på lämpligt sätt. I förfrågningsunderlaget saknas dock närmare föreskrifter avseende såväl hur begreppet ”partnering- eller samverkansprojekt” definieras i det enskilda fallet, som vilka kontrollmoment som måste uppfyllas för att ett visst referensprojekt ska godkännas som ett s.k. ”partnering- eller samverkansprojekt” inom ramen för upphandlingen. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att det inte på ett tydligt sätt framgår av förfrågningsunderlaget vare sig vad begreppet ”partnering- eller samverkansprojekt” mer exakt innebär eller hur de krav där begreppet används är avsedda att kontrolleras. De aktuella kraven är därför utformade i strid med de krav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § ÄLUF.

*Skaderekvisitet*

Hur anbudsprövningen hade utfallit i den hypotetiska situationen att felet i upphandlingen inte hade förekommit kan inte utrönas. Felet i upphandlingen kan därför ha påverkat anbudsprövningens utgång till Kanonadens nackdel. Felet medför således att Kanonaden lider eller kan komma att lida skada i ÄLUF:s mening

*Övrigt*

Mot bakgrund av att förvaltningsrätten funnit att det finns ett fel i upphandlingens konkurrensuppsökande fas saknas anledning att pröva vad som anförs under rubrikerna Kanonadens anbud respektive NCC:s anbud i avsnittet PARTERNAS TALAN ovan.

*Sammanfattande bedömning och val av åtgärd*

Kanonaden har förmått göra sannolikt att kommunen brutit mot ÄLUF genom att uppställa obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget som strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § ÄLUF. Kanonaden har även förmått göra sannolikt att felet i upphandlingen innebär att Kanonaden lider eller kan komma att lida skada i ÄLUF:s mening. Eftersom felet i upphandlingen är hänförligt till den konkurrensuppsökande fasen är rättelse inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

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

Annette Spjuth

Rådmannen Annette Spjuth har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*

### **Avtal före laga kraft i vissa mål**

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

### **Ytterligare information**

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

