



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-05-22
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2733-13 E
2743-13 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

Skanska Asfalt och Betong AB, 556793-1638
c/o Skanska Sverige AB
169 83 Solna

Ombud: Diana Tomicic Nilsson
Fredersen Advokatbyrå AB
Turnig Torso
211 15 Malmö

MOTPART

1. Trollhättans Stad, 212000-1546
461 83 Trollhättan

2. Vänersborgs kommun, Samhällsbyggnadsförvaltningen, 212000-1538
462 85 Vänersborg

Ombud för 1 och 2: Förbundsjurist Magnus Ljung
Sveriges kommuner och Landsting
118 82 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok. Id 203418

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 2
2733-13 E
2743-13 E

BAKGRUND

Trollhättans Stad och Vänersborgs kommun (kommunerna) har gemensamt genomfört en ramavtalsupphandling av asfaltsbeläggningsarbeten och massaleverans inom Trollhättans och Vänersborgs kommuner, dnr KS 2012/653 och dnr 2012/46. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande. Av tilldelningsbeslut meddelat den 27 februari 2013 framgår att båda kommunerna avser att teckna kontrakt med PEAB Asfalt AB (PEAB).

YRKANDEN M.M.

Skanska Asfalt och Betong AB (Skanska) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Skanska anför i huvudsak följande.

Kommunerna har brutit mot principerna om transparens och likabehandling enligt 1 kap. 9§ LOU och Skanska har som en följd härav lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada. I förfrågningsunderlaget punkt AFB.53 med rubriken "Prövning av anbud" framgår bl.a. följande vad gäller anbudsutvärderingen. Respektive beställare enligt AFA.12 kommer innan anbudsöppning att välja ut de positioner som ska utvärderas. Förteckning över utvalda positioner med mängder kommer att läggas i två förseglade kuvert, en för vardera beställaren, och öppnas först vid anbudsöppning. Anbud med lägst utvärderingspris kommer att antas för respektive beställare.

Först i samband med tilldelningsbeslut har kommunerna offentliggjort de utvalda positioner med mängder som har legat till grund för utvärderingen av lämnade anbud. Av tilldelningsbeslutet framgår vidare att bl.a. Skanskas och PEAB:s anbud har godkänts och att kommunerna efter utvärdering, gjord enligt principerna i förfrågningsunderlagets punkt ABF.53, antog

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
2733-13 E
2743-13 E

FEAB:s anbud så som havande lägst utvärderingspris. Skanska hade näst lägst utvärderingspris.

I enlighet med EU-domstolens dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale-Bau* (fjärde frågan), har kommunerna haft att senast i samband med anbudsinfordran, och under alla förhållanden senast innan anbud avgetts, ange samtliga de kriterier för tilldelning av kontrakt som kommer att tillämpas vid anbudsutvärderingen. Samtliga utvärderingskriterier har inte varit kända för anbudsgivarna förrän efter det att tilldelningsbeslut meddelats. Kommunerna har således inte offentliggjort dessa kriterier. Genom detta handlande har de handlat i strid mot principen om transparens. Som en följd av att vederbörlig insyn i förfarandet inte har tillåtits har kommunerna även brutit mot principen om likabehandling eftersom handlandet har begränsat möjligheterna att kontrollera att upphandlingen har gått rätt till.

Kommunerna anser att bolagets ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Fråga är om en upphandling av en okänd mängd kommande arbeten. Kommunerna vet alltså i dag inte och kan inte veta vilka arbeten som kommer att behöva utföras. Det går således inte att utforma en utvärderingsmodell baserad på faktiska förhållanden. Den tillämpade utvärderingsmodellen har valts för att undvika och försvåra taktikprissättning från anbudsgivarnas sida. Upphandlingen sker inom ett område där denna önskan enligt erfarenhet är högst relevant. Om kommunerna i förväg avslöjar exakt vilka positioner som kommer att utvärderas finns en överhängande risk att anbudsgivare sätter 0 kr som pris på samtliga sådana positioner och skyhöga priser på positioner som inte kommer att utvärderas. Förutom att detta innebär att det inte går att på ett ändamålsenligt sätt särskilja två anbudsgivare som lämnar sådana anbud innebär det också att det ekonomiska

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 4
2733-13 E
2743-13 E

utfallet för kommunerna blir helt godtyckligt. Det finns ju inte någon gräns för vilka priser som anbudsgivare kan sätta på positioner som de vet inte kommer att utvärderas. Skanska, som är kommunernas nuvarande leverantör, vann motsvarande upphandling år 2009, då med tillämpning av samma utvärderingsmodell. Detta förhållande och att Skanska i nuvarande upphandling inte begär överprövning före tilldelningsbeslut, utan istället först spekulerar i att få kontraktet och när det sedan inte blir så begär överprövning, stärker uppfattningen att det krävs en utvärderingsmodell som försvårar taktikprissättning.

Den tillämpade utvärderingsmodellen är förenlig med LOU då den är helt transparent och likabehandlande och ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. I förfrågningsunderlaget anges helt öppet och på ett tydligt sätt kriterierna för utvärdering, vilket är lägsta pris på i förväg inte avslöjade positioner i förfrågningsunderlaget. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag 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. Dessa uttalanden ligger helt i linje med vad EU-domstolen har uttalat i C-19/00 SIAC Construction. Enligt denna dom ska tilldelningskriterier vara formulerade så att de inte ger upphandlande myndighet en absolut valfrihet när den tilldelar anbudsgivare kontrakt och så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Utvärderingsmodellen uppfyller dessa krav med råge. Utvärderingsmodellen består bara av objektiva moment och ger inte kommunerna någon valfrihet överhuvudtaget vid tilldelning av kontrakt. Skanska har inte påstått att bolaget inte har förstått utvärderingsmodellen och tilldelades kontrakt år 2009 med tillämpning av samma modell. Det har stått klart för varje anbudsgivare att det vid anbudsgivning alltid

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 5
2733-13 E
2743-13 E

ökar chansen att tilldelas kontrakt att erbjuda ett så lågt pris på varje position som möjligt.

EU-domstolens mål C-470/99 *Universale Bau* handlar om vilka kriterier som måste redovisas när kontrakt ska tilldelas till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingsmodeller som bygger på att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas kännetecknas av att tilldelningskriterier vägs emot varandra. I den nu aktuella upphandlingen har endast ett tilldelningskriterium använts, lägsta pris. *Universale Bau* handlar inte om på vilken nivå pridfaktorn måste redovisas i en lägstaprisupphandling och rättsfallet saknar således bäring på frågan i förevarande mål.

I förevarande upphandling har anbudsgivarna känt till innehållet i varukorgen, dvs. vilka positioner som upphandlas och i å-prislistan angivna mängdintervall. Dessutom har på totalnivå angetts vilka arbeten som förväntas hos kommunerna under 2013. Med denna information har anbudsgivaren kunnat avge kalkylerbara anbud. Eftersom subjektiva kriterier är tillåtna i utvärderingsmodeller där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas uppfyller utvärderingsmodellen, a fortiori, i denna lägstaprisupphandling kraven på transparens och likabehandling.

Skanska anför därefter bl.a. följande.

Redan av förfrågningsunderlaget, punkt AFB.53, framgår att kommunerna innan anbudsöppning kommer att välja ut de positioner som ska utvärderas samt att utvalda positioner och mängder motsvarar uppskattad varukorg för 2013. Kommunerna har därför inte bara haft en skyldighet utan även möjlighet att offentliggöra detta innan anbud lämnas. Vad kommunerna anger om att det inte går att utforma en utvärderingsmodell på faktiska förhållanden har därför inte någon betydelse. Kommunerna har de facto utgått från

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 6
2733-13 E
2743-13 E

de utvalda positioner och mängder som har offentliggjorts efter anbudsöppnanden. Det är också brukligt att i motsvarande upphandlingar ange de positioner och mängder som utvärderas redan i förfrågningsunderlaget. Att kommunerna har valt att inte informera samtliga anbudsutvärderingsvillkor innan anbud lämnas för att det skulle påverka anbudens utformning kan inte på något sätt rättfärdiga att principerna om likabehandling och transparens inte följs. Tvärtom ska villkor av betydelse för anbudet offentliggöras redan innan anbud lämnas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

EU-domstolen har i mål C-19/00, SIAC, konstaterat att tilldelningskriterier ska vara formulerade så att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka dessa på samma sätt. Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag 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 en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 7
2733-13 E
2743-13 E

ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. I avgörandet uttalas vidare 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.

Utredningen

I punkten *AFB.53 Prövning av anbud* i de administrativa föreskrifterna för upphandlingen anges följande.

Respektive beställare enligt AFA.12 kommer innan anbudsöppning att välja ut de positioner som skall utvärderas. Förteckning över utvalda positioner med mängder kommer att läggas i två förseglade kuvert, en för vardera beställaren, och öppnas först vid anbudsöppning.

Utvalda positioner och mängder motsvarar uppskattad varukorg för 2013. Viktad varukorg kommer att tillämpas för utvalda positioner.

Mängd per utvald position x Ert offererade pris per position = Delsumma per position.

Summan av alla delsummor för utvalda positioner = Utvärderingspris

Utvärdering kommer att göras separat för respektive beställare.

Anbud med lägst utvärderingspris kommer att antas för respektive beställare.

Vid det fallet att ett helt anbud har lämnats (dvs anbud för Trollhättan och Vänersborgs kommuner) där utvärderingspriset är lägst för den ena delen (Trollhättan alternativt Vänersborg) men inte den andra delen (Trollhättan alternativt Vänersborg) har anbudsgivaren rätt att frångå avlämnat helt anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten ska beakta endast de grunder som sökanden har

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 8
2733-13 E
2743-13 E

framfört i målet (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Skanska gör gällande att den utvärderingsmodell som har tillämpats av kommunerna strider mot principen om transparens eftersom samtliga de kriterier för tilldelning av kontrakt som tillämpas vid anbudsutvärderingen inte har varit kända för anbudsgivarna förrän efter det att anbud avgetts. Skanska gör även gällande att förfarandet strider mot principen om likabehandling eftersom handlandet har begränsat möjligheterna att kontrollera att upphandlingen har gått rätt till. Kommunerna anför att syftet med att inte gå ut med vilka positioner som kommer att utvärderas har varit att undvika och försvåra taktikprissättning från anbudsgivarnas sida.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja utformning av utvärderingsmodell så länge den inte strider mot LOU eller de EU-rättsliga principerna. Transparensprincipen innebär bl.a. ett krav på att förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas och att den upphandlande myndigheten håller sig till det förfrågningsunderlag som den tagit fram. Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika, dvs. ges så lika förutsättningar att delta som möjligt.

Förutsättningarna för utvärderingen är i ifrågasatt del öppet och tydligt angivna i förfrågningsunderlaget. Varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör har kunnat tolka utvärderingskriterierna på samma sätt, dvs. att det som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen är lägsta pris på i förväg inte angivna positioner och mängder. Samtliga utvärderingskriterier framgår av förfrågningsunderlaget. Kommunerna har därför inte handlat i strid mot principen om transparens utifrån de omständigheter som Skanska grundar sin talan på. Följden av att kommunerna har valt att i förväg inte ange exakt vilka positioner och mängder som kommer

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 9
2733-13 E
2743-13 E

att utvärderas är att anbudsgivarna saknat möjlighet att lämna anbud grundade på taktisk prissättning. Detta innebär i sin tur att kommunerna, eftersom de inte vet vilka arbeten de kommer att behöva få utförda med stöd av det kommande avtalet, genom tillämpad utvärderingsmodell sannolikt kommer att få betala mindre för kommande arbeten än om de valt att i förväg ange exakt vilka positioner och mängder som skulle komma att utvärderas. Utvärderingsmodellen är alltså utformad så att den är ägnad att leda till att det anbudet med lägsta pris antas.

De positioner som utvärderats har valts ut innan anbudsöppningen och lagts i förseglade kuvert. Eftersom kuverten öppnats först i samband med anbudsöppningen har kommunerna inte haft någon möjlighet att välja ut positioner med avseende på anbudens utformning. Att utvärderingsmodellen i denna del hade kunnat utformas på ett ännu bättre sätt, genom att t.ex. notarius publicus varit med vid anbudsöppningen, innebär inte att modellen i denna del, utifrån av Skanska angivna omständigheter, strider mot likabehandlingsprincipen.

Sammanfattningsvis får utvärderingsmodellen varken strida mot transparens- eller likabehandlingsprincipen. Skanska har utifrån de omständigheter som bolaget grundar sin talan på inte visat att kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Skanskas ansökan ska därför avslås.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Helen Ljungbeck.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 9
2733-13 E
2743-13 E

att utvärderas är att anbudsgivarna saknat möjlighet att lämna anbud grundade på taktisk prissättning. Detta innebär i sin tur att kommunerna, eftersom de inte vet vilka arbeten de kommer att behöva få utförda med stöd av det kommande avtalet, genom tillämpad utvärderingsmodell sannolikt kommer att få betala mindre för kommande arbeten än om de valt att i förväg ange exakt vilka positioner och mängder som skulle komma att utvärderas. Utvärderingsmodellen är alltså utformad så att den är ägnad att leda till att det anbudet med lägsta pris antas.

De positioner som utvärderats har valts ut innan anbudsöppningen och lagts i förseglade kuvert. Eftersom kuverten öppnats först i samband med anbudsöppningen har kommunerna inte haft någon möjlighet att välja ut positioner med avseende på anbudens utformning. Att utvärderingsmodellen i denna del hade kunnat utformas på ett ännu bättre sätt, genom att t.ex. notarius publicus varit med vid anbudsöppningen, innebär inte att modellen i denna del, utifrån av Skanska angivna omständigheter, strider mot likabehandlingsprincipen.

Sammanfattningsvis får utvärderingsmodellen varken strida mot transparens- eller likabehandlingsprincipen. Skanska har utifrån de omständigheter som bolaget grundar sin talan på inte visat att kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Skanskas ansökan ska därför avslås.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Helen Ljungbeck.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättsförfarandet att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagades namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimsistiskt 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.

DV 3109/1B LOU