

Konkurrenskommissionen
Stiftelsen Den nya välfärden
Att: Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

Per e-post till: kko@dnv.se

Stockholm den 15 mars 2018

ANG SÄFFLE KOMMUN; ERT ÄRENDE KKO 18-001

Säffle kommun har bett oss besvara Er skrivelse daterad den 13 mars 2018 vari lagligheten i en av kommunen genomförd upphandling ifrågasätts. Vårt svar förbereddes redan för ett par veckor sedan då kommunen mottog Er preliminära bedömning. Den sistnämnda tillställdes kommunen utan följebrev från Värmlands folkblad och kommunen drog inte av det slutsatsen att kommissionen efterfrågade något svar. Frågan rör lagligheten av den upphandling som gjorts av NCC Sverige AB som entreprenör för dess kontrakt med projektering och utförande av nytt badhus i Säffle. Vi redovisar nedan vår syn på den kritik som framförs i Konkurrenskommissionens bedömning.

Partnering

Till en början framhålls att partnering/entreprenad med utökad samverkan är en sedan ett par decennier tillbaka vedertagen form för att driva komplicerade byggprojekt. Enkelt uttryckt utgår modellen från att entreprenören handlas upp i ett mycket tidigare skede än vid traditionell entreprenad och därvid får i uppdrag att både svara för den fortsatta utredning och projektering som annars hade anförtratts en extern konsult och därefter att genomföra själva entreprenaden. Modellen utgör vare sig någon separat entreprenadform eller upphandlingsform utan är en metod för att driva entreprenaden i samverkan. Följaktligen gäller på sedvanligt sätt gängse standardavtal för entreprenad, ABT 06 för totalentreprenad eller AB 04 för utförandeentreprenad samt att entreprenadkontraktets juridiska och ekonomiska villkor kommer till uttryck i en särskild kontraktshandling kallad administrativa föreskrifter och däri inkluderade entreprenadföreskrifter som ansluter till och därmed fyller ut och objektsanpassar gällande standardavtal. Så länge som föremålet för upphandlingen preciserats inför upphandlingen och alla centrala ekonomiska och juridiska villkor inkluderats i förfrågningsunderlaget och några väsentliga ändringar däri inte heller görs under resans lopp är detta som vi ser det en fullt laglig och i alla avseenden väletablerad och

kommersiellt sund upphandling. För frågans rätta förståelse bör dock framhållas följande typiska drag för att det nu sagda skall gälla.¹

- i) Standardavtalen AB 04 och ABT 06 är skrivna i första hand för fast pris men kan lika väl användas vid ersättningsmodellen löpande räkning. Det ligger normalt inte i en beställares intresse att köpa en mer komplicerad entreprenad till fast pris. Detta på grund av svårigheterna att exakt kalkylera omfattningen av de arbeten entreprenören behöver lägga ned för att färdigställa entreprenaden med den effekt detta med nödvändighet får på anspråk på ersättning för ÄTA-arbeten och likställda ÄTA-arbeten (som i huvudsak är kalkylregler som verkar till entreprenörens favör) och meningskiljaktigheter om tidsförlängning. Snarare behöver beställaren använda ersättningsmodellen löpande räkning varvid partnering är en internationellt vedertagen modell för att balansera den risk för undermålig kostnadsstyrning och bristande effektivitet som latent ligger inbyggd i den ersättningsmodellen.
- ii) Detta sker som sagt genom en betydligt mycket högre närvaro hos beställaren genom hela projektet, men också genom att varje beslut av vikt som entreprenören tar sker i öppenhet och samråd med beställaren. Det kan röra beslut om inköp av mer betydande varor men också underentreprenader, vägval i projekteringen med avseende på tekniska lösningar, dess påverkan på kommande driftkostnader eller riskhantering bara som exempel. Normalt bryts också ersättningsmodellen upp på så vis att självkostnadsprincipen² ändras så att det entreprenörsarvode som annars läggs som påslag på verifierade självkostnader i samband med beställning av entreprenaden konverteras till ett fast arvode genom att multipliceras med den budget (kalkyl) för entreprenadens självkostnader som parterna enats om.
- iii) Föreningen Byggherrarna har tagit fram mallar för Partneringavtal för sina medlemmar sedan mitten på -00-talet. Dessa mallar har i olika former blivit vägledande för hur partneringprojekt bedrivs och bygger på en tydlig fasindelning som i sin tur följer de skeden för projektering av byggobjekt som är etablerad, nämligen programhandlingskedde, systemhandlingskedde och bygghandlingskedde.
- iv) Utgångspunkten är med andra ord att byggherren genomför en upphandling, av en entreprenör och att denne entreprenör i en eller två inledande faser får ett konsult-

¹ Se bl a Eriksson/Hane: "Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier" – Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4. Bjerle; "Partnerskap – Om kontraktens utformning vid partnering och liknande former av utökad samverkan i byggsektorn, Byggtjänst 2013. Bergquist, Hane och Johansson; "Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn" sid 215-227, Byggtjänst 2012.

² Se 6 kap 9 – 10 §§ ABT 06

uppdrag att projektera vidare åt byggherren fram till mer eller mindre färdiga systemhandlingar. Och att det uppdraget, som sker i öppet samråd med byggherren, utförs parallellt med att entreprenören även det i samråd med byggherren tar fram en detaljkalkyl och produktionstidplan för att utföra entreprenaden. Först om och när byggherren godkänner entreprenörens kalkyl och den projektering och därtill knuten kvalitetsnivå för byggobjektet som kalkylen svarar mot, sker en formell beställning av hela entreprenaden. I "projekteringsfasen" regleras parternas rättigheter och skyldigheter normalt av det för konsultavtal gängse standardavtalet ABK 09 och först när beställning sker av entreprenadens utförande regleras dessa istället av ABT 06. Det förekommer dock att även projekteringsfasen styrs av ABT 06. Fram till dess att entreprenaden formellt beställs har byggherren rätt att avbeställa entreprenaden utan annan kostnadsreglering än att byggherren betalar för dittills utfört arbete. En sådan åtgärd medför naturligtvis både tidsförluster och kanhända prestigeförluster internt och är som regel inte något som någon byggherre önskar. Men det har ansetts som en nödvändig säkerhetsventil för det stora förtroende som entreprenören fått i det att entreprenören handlas upp i så tidiga skeden och i någon mening kan sägas ha fått betalt för att utreda och föreslå vad byggherren ska bygga för att sedan också bygga det med liten risk i huvudsak på löpande räkning. Mallkontrakten är således i första hand utformat i tanke att kunna användas vid upphandlingar i tidiga skeden. Men kan också med endast små justeringar användas vid mer eller mindre sena upphandlingar där kanske merparten handlingar redan finns framme i förfrågningsunderlaget, så länge som behov trots allt föreligger av att genomföra en inledande kalkyl och projekteringsfas.

- v) Den modell som denna mall bygger på har blivit vanligt förekommande i byggbranschen på senare tid, särskilt bland byggherrar som i sina byggprojekt måste följa lagarna om offentlig upphandling. Mallen utgår från att ett och samma kontrakt gäller både för projekteringsfasen under ABK 09 och för produktionsfasen under ABT 06. När entreprenaden formellt beställs förtecknas endast de tekniska handlingar som tagits fram under projekteringsfasen och som preciserar entreprenadens omfattning i teknisk mening, samt att den kalkyl som parterna enats om ska gälla för utförandet också fastställs som rikt kostnad och att färdigställandetid m m också fastställs. Tanken är med andra ord att någon förhandling eller omförhandling av centrala juridiska och ekonomiska villkor i kontraktet då inte ska ske utan allt ska vara fastställt redan i förfrågningsunderlaget, lika för alla anbudsgivare att förhålla sig till.
- vi) Utgångspunkten är att beställaren efter upphandling tecknar avtal med entreprenören med en fasindelning där varje fas svarar för respektive projekteringskedje och där entreprenören under fas 1 och 2 (program- och systemhandlingskedje) har uppdrag som konsult för att i samråd med beställaren kalkylera och projektera. Under projekterings och kalkylfasen har beställaren hela tiden en valrätt att avstå från att gå vidare

med projektet om det arbete entreprenören utför inte utfaller på ett för beställaren tillfredsställande sätt. Entreprenören är däremot bunden av sitt anbud och har tagit på sig att mot rörligt arvode projektera och kalkylera och därmed utreda mer i detalj, inte vad beställaren skall bygga eller i vilken omfattning utan hur. Omfattningen av entreprenaden är alltså bestämd i förväg och prissatt genom att entreprenören i sitt anbud lämnar ett bindande entreprenörsarvode som skall utgöra täckning för kostnader för centraladministration och vinst. Entreprenören är bunden av att utföra entreprenaden till det entreprenörsarvodet medan beställaren har en valrätt att kliva av om beställaren anser att kalkylen blir för hög, projekteringen inte håller rätt kvalitet eller att samarbetet med entreprenören av andra skäl inte fungerar som avsetts. Tilläggas kan att dessa mallar för närvarande är föremål för revision i ambition att ta fram ett mer heltäckande mallavtal som skall kunna användas utan ändring genom alla faser. På senare år har alltför många beställare gått emot att arbeta enbart med två istället för tre faser, en projekterings och en produktionsfas.

Säffles upphandling

Inledning

Det är riktigt att Partneringavtalet påtecknats den 5 december 2017. Om Säffle gjort upphandlingen på det sätt vi normalt rekommenderar så hade det avtalet varit framme som underlag redan i förfrågningsunderlaget och lagts överst i rang bland samtliga kontraktshandlingar. Med en sådan modell så hade man inför övergång till fas 2 endast behövt ta fram en enkel beställningskrivelse där man konverterar kalkylerade självkostnader till avtalad riktpris, låser entreprenörsarvodet till ett fast arvode, fastställer sluttiden och förtecknar de övriga handlingar i form av beskrivningar, ritningar m m som preciserar vad som skall byggas utan att några förhandlingar om eller ändringar och tillägg till ekonomiska och juridiska villkor behöver göras.

Kommunen har i den ifrågasatta upphandlingen inte fullt ut följt den struktur med ett komplett entreprenadkontrakt färdigt redan i förfrågningsunderlaget vari samtliga centrala spelregler beskrivs. Emellertid har man i huvudsak agerat på det viset ändå vilket utvecklas nedan.

Administrativa föreskrifter

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, **bilaga 1**, har lämnats översiktlig information om objektet i AFA.21-22. Under AFA.4 har införts begreppsförklaringar där man definierat vad man menar med partnering. Under upphandlingsföreskrifternas AFB.14 har angivits ersättningsform både under fas 1 (projektering och kalkyl) och under fas 2 (färdigprojektering och produktion). Vad som sägs om ersättning för fas 2 ansluter på sätt som ovan beskrivits till självkostnadsprincipen i ABT 06. Kommunen har under samma kod också öppnat för att anbudsgivare i anbud kunde föreslå alternativ ersättningsmodell att i förekommande fall beaktas vid tecknande av kontrakt. Det kan konstateras att ett en sådan öppning mot alternativa ersättningsregler utan vidare

kan komma i konflikt med förbudet mot väsentlig ändring av upphandlingskontrakt. Det bör i sammanhanget dock framhållas att Kommunen inte sagt sig beredd att utvärdera några sådana alternativ.

Under AFB.22 har Kommunen förtecknat de handlingar som ramat in entreprenaden. Där hänvisas bl a till – i vart fall indirekt – ABT 06 som standardavtal samt fyra stycken informationshandlingar vari funktionskraven för simhallen angivits. Vidare har under entreprenadföreskrifternas AFD.1 ytterligare beskrivningstext tagits in som närmare beskriver genomförandet med fasindelning och med hänvisning till ABK 09 respektive ABT 06 som kontraktsvillkor för de olika faserna. Vid sidan av detta finns ett antal koder ifyllda i entreprenadföreskrifterna på sedvanligt sätt som ytterligare reglerar parternas rättigheter och skyldigheter i kontraktet och som utfyllnad av ABT 06.

Under AFB.53 har Kommunen förtecknat sina tilldelningskriterier. Dessa är enligt vår mening utformade på sedvanligt sätt som för all upphandling av partneringskontrakt i tidiga skeden. Följaktligen har utvärdering skett av en kombination av kriterier som dels avsett (till minimal vikt) ersättning under fas 1, dels offererad organisation och dess förmåga med betydligt mer vikt, dels företagets system bl a för ekonomisk redovisning, uppföljning och styrning samt referensprojekt men också offererat entreprenörsarvode för fas 2.³

Vid tidpunkten för upphandlingen har det alltså fastställts att Kommunen på totalentreprenad önskar få en ny simhall med angivna funktionskrav projekterad och utförd av en entreprenör. Kommunen har vid den tidpunkten haft en intern budget för projektet fastlagd men inte gjort någon egen projektering att tala om för att närmare utreda hur dessa funktionskrav (med vilka tekniska lösningar) skall uppfyllas på kostnadseffektivt sätt med hållbarhet i fokus som också angivits som övergripande mål för projektet. Det finns med andra ord vid den tidpunkten inte någon möjlighet för anbudsgivarna att prissätta detta till fast pris. I gengäld har anbudsgivarna prissatt det påslag man kräver på verifierade självkostnader för fas 2, vilket skall ge full täckning för kostnader för centraladministration och vinst.

Det råder numera inte längre någon tvekan att det vid komplicerade projekt där en platsorganisations kompetens och erfarenhet kan göra avgörande skillnad på prestationen är det helt i sin ordning att utvärdera platsorganisationens specifika kompetens och erfarenhet. Som framgår av bifogat tilldelningsbeslut, **bilaga 2**, inkom två anbud. Båda offererade ett entreprenörsarvode på tio procent och fick maximal poäng för det kriteriet. Vad som istället föll utslaget var att vinnande entreprenör bedömdes ha mer kompetent och erfaren platsorganisation och mer robusta system bl a för ekonomistyrning.

³ Se Bergquist m fl (fn 1) sid 151-158

Partneringkontraktet

Vad härefter gäller det kontrakt som Kommunen slöt i december 2017 inför övergång till fas 2 och 3 av entreprenaden, **bilaga 3**, vill vi sätta det i perspektiv av den allmänna genomgång av hur partneringprojekt normalt handlas upp som gjorts inledningsvis men också att jämförelser görs med vad Kommunen redan beskrivit i sina administrativa föreskrifter ("AF-delen") och som anbudet anslutit till. Vad gäller bakgrund och syfte (sid 2) adderar inte något till vad som redan beskrivits i AF-delen. Vad gäller omfattningen och beskrivning av kontraktshandlingar överensstämmer även det med vad som ovan anförts.

Följande bör dock framhållas som förtydligande. Kontraktet talar om fas 2 och 3. Fas 3 är dock inte något självständigt åtagande eller ens tillägg till vad som redan handlats upp utan följer av det garantiansvar som gäller för varje entreprenad enligt ABT 06. När det talas om timkostnader under kontraktshandlingar avses timkostnader för olika yrkeskategorier framräknade efter självkostnad. Ersättningsmodellen utgår från att entreprenören får betalt för verifierade självkostnader (löner och pensionsavsättning, övertid m m) för yrkesarbetare och arbetsledning. Att för varje timme eller månad göras sådana beräkningar och verifiera det med underlag låter sig dock normalt inte göras när självkostnadsprincipen skall gälla som ersättningsmodell för hela entreprenadsumman och inte bara för ett begränsat ÅTA arbete. Det är därför gängse att parterna enas om ett timarvode som är uppbyggt på vad entreprenören dessförinnan redovisar generellt som självkostnader för olika yrkeskategorier. Dessa timarvoden skall normalt inte inkludera något påslag för vinst eller centraladministration vilket täcks istället av det fasta arvudet.

Under rubrik optioner har lyfts ut ett antal arbeten som Kommunen velat få utrett om dessa kunder inkluderas i projektet och rymmas inom de medel som anslagits för detta. Genom det kalkyl- och projekteringsarbete som därefter gjorts har Kommunen fått klarhet i att man sannolikt inte kommer kunna inrymma dessa och därför valt att lägga dem som optioner. Avsikten är att i den mån Kommunen kommer kunna få mer medel anslagna för projektet kan dessa optioner helt eller delvis komma att avropas på samma villkor som gäller för kontraktarbetena, dvs med ersättning enligt självkostnadsprincipen och med avtalat entreprenörsarvode som konverteras till fast arvode efter en inledande kalkyl och projekteringsfas just för dessa arbeten. Någon uttrycklig tidsbegränsning har inte lagts in till dessa optioner men underförstått gäller att dessa för att kunna avropas måste så ske innan entreprenaden är färdigställd och sålunda ansluta helt till kontraktarbetena och dess färdigställandetid, slutbesiktning och garantitid och villkor i övrigt för försäkring, säkerhet m m. Tilläggas kan också att ingen av dessa optioner avropats.

Vad som härefter sägs i kontraktet om organisation är typiskt sett sådant som brukar preciseras av parterna i samråd under fas 1 och preciserar egentligen bara hur man avser att samverka ihop och vem som gör vad. När det gäller ekonomi har kalkylen synbarligen fastställts till (216.700.000 ./ 20.785.000) 195.985.000 kr vilket med tillägg för fast arvode 20.875.000 kr summerats till kontraktssumman/riktpriiset 216.700.000 kr. Det är riktigt att Kommunen inför kontraktstecknandet accepterat att NCC höjt sitt entreprenörsarvode från 10 till 10,5 procent. I utbyte har parterna

samtidigt enats om att först vid ändring av riktkostnaden med mer än 2,5 procent kan motsvarande justering ske av det fasta arvodet.

För att ytterligare förklara det sistnämnda. Riktkostnaden utgör en budget över vilka självkostnader entreprenören kommer behöva generera och fakturera beställaren för att färdigställa entreprenaden. Dvs kostnader för yrkesarbetare, material, varor, arbetsledning och underentreprenader m m i enlighet med 6 kap 9 § ABT 06. Ersättningsmodellen såvitt avser självkostnader är dock löpande räkning. Beställaren betalar vad det kostar. Det fasta arvodet innehåller dock hela entreprenörens vinst och täckning för centraladministration. Det fasta arvodet är fastställt utifrån ett från början gjort antagande om omfattningen. Det antagandet kan emellertid visa sig felaktigt på grund av mer eller mindre betydande projektförändringar parterna enas om eller andra avvikelser som visar sig föreligga mot vad entreprenören bort räkna med (t ex svårare grundläggningsförhållanden och därav följande merkostnader än vad som kunnat utläsas ur en geoteknisk undersökning). Med en entreprenadrättslig term kallas den typen av ventiler som måste finnas i varje entreprenadkontrakt för ändringsarbete, tilläggsarbete och avgående arbete – s.k. ÄTA arbete enligt 2 kap 3 § ABT 06 – eller likställda ÄTA arbeten enligt 2 kap 4 § ABT 06. Även med en ersättningsmodell som den förevarande måste en justering av den fasta delen (och därmed vinstpåslaget) kunna ske om sådana arbeten kommer till utförande. Vad parterna avtalat om är en tröskel för när sådana ändringar överhuvudtaget skall kunna föras på tal, som en utfyllnad av kontraktet. I utbyte mot att entreprenören accepterat en sådan tröskel och därmed besparat projektet och beställaren administration med att hantera en stor mängd mindre sådana poster, har Kommunen accepterat en marginell höjning av entreprenörsarvodet. Detta utgör inte någon väsentlig ändring av kontraktet⁴.

Konkurrenskommissionens bedömning

Vi kommenterar Ert utlåtande i erforderlig omfattning nedan.

Sid 1

Kontraktet den 5 december har inte föregåtts av några förhandlingar mellan parterna att tala om, utöver den smärre justering av det fasta arvodet som beskrivits ovan. Den utfyllnad av kontraktet som därutöver gjorts map organisation m m är mer eller mindre gängse vid den här typen av kontrakt och utgör i vart fall inte någon väsentlig ändring av ekonomiska eller juridiska villkor som varit kända redan från början. Ersättningsvillkoren har angivits i entreprenadens administrativa föreskrifter vilka också skall läsas ihop med reglerna i 6 kap 9-10 §§ ABT 06 om ersättning enligt självkostnadsprincipen.

⁴ Beträffande ändringar av entreprenadkontrakt, se Hane; "Förbudet mot väsentlig ändring av offentliga kontrakt och den traditionella ändringsdispensen inom entreprenadrätten", Europarättslig tidskrift 2017:2 sid 327-355

Kommunen har redan från början haft en klar bild av vad en ny simhall med alternativa längder på simbassängen skulle komma att kosta genom interna kalkyler. Sådana kalkyler är inte "rocket science" när det är fråga om nybyggnad men kan variera beroende på vilka kvalitetsnivåer man väljer att lägga in i anläggning för luftflöden, vattenrening, golvmaterial, biytor, bastuavdelning och läktare m m. Det uppdrag entreprenören haft under fas 1 har varit att lika med vad som annars ankommit på en teknisk konsult att utföra, i samråd med beställaren närmare utreda vilka kvalitetsnivåer som rymts inom given budget och i samråd med beställaren presentera förslag till olika lösningar t ex för vattenrening, golvmaterial, fönsterglas m m jämte en kalkyl över dess kostnader både som investeringskostnad och med påverkan på driftkostnaden, för beställaren att inom ramen för samrådet ta ställning till. I så måtto utreder parterna tillsammans närmare vad som skall byggas in i anläggningen inom från början givna förutsättningar. Principen är att "fyra ögon ser mer än två" och att beställaren därvid tar tillvara entreprenörens kompetens och erfarenhet från tidigare projekt av liknande slag. För Kommunen är det ett unikt projekt att anlägga en ny simhall. För en erfaren entreprenör är detta kanhända något denne gjort vid ett halvdussin tillfällen under de senaste fem åren.

Det är inte riktigt att NCC inte varit bundna av sitt anbud. Genom sitt anbud har NCC förbundit sig att i samråd med Kommunen göra fortsatta utredningar, kalkylera och projektera fram förslag till en färdig simhall i mer eller mindre klara systemhandlingar och vara beredd på att också utföra entreprenaden på löpande räkning med sin kalkyl som budget och ett fast påslag för vinst och täckning av centraladministration som angivits redan i anbudet. Det är däremot riktigt att Kommunen inte haft någon sådan bundenhet utan istället en valrätt att om så skulle krävas, avbeställa projektet och betala för vad som dittills upparbetats ända fram till dess att fas 2 beställts och reglerna om saldoavdrag (skadestånd vid avgående arbete/avbeställning) i 6 kap 11 ABT 06 blivit kontraktsvillkor.

Sid 2-3

Kommunen har inte någon invändning mot den beskrivning av gällande rätt som häri görs.

Sid 4-5

Rättsfallet C-340/02, Kommissionen v France är inte jämförbart. Det direkttilldelade kontraktet i etapp 2 handlade som framgår av Ert referat av andra tjänster än de som omfattades av idétävlingen. Kommunen har inte utvidgat åtagandet i teknisk mening vad gäller entreprenadens omfattning jämfört med vad som förvisso rudimentärt ändå angavs i förfrågningsunderlaget. Rättsfallet C-299/08 avser en renodlad direktupphandling. Fråga är inte om någon projekttävling och det är heller inte fråga om något förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunen får istället fästa Kommissionens uppmärksamhet på domskälen i EU domstolens dom 7 september 2016 i C-549/14 (Finn Frogne) där domstolen klart anvisar som laglig modell för att parera behov av ändringar av kontrakt som pga. dess komplexitet är svåra att avgränsa i förväg, nämligen att fastställa kontraktsföremålet med försiktighet. Detta är också en sedan länge vedertagen modell både för upphandling av komplexa systemleveranser inom IT och partnering inom byggsektorn.

Det är med andra ord inte fråga om någon ändring av kontraktet utan att man successivt enas om vilken teknik och vilka tekniska lösningar en given byggnad skall fyllas med för innehåll.

Sid 7

Kommunen vitsordar att det inte är tillåtet att förhandla med anbudsgivare inför kontraktstilldelning i ett öppet förfarande. Vad Kommunen gjort är dock att man under entreprenadtiden förhandlat om och enats om en smärre ändring av entreprenörens arvode som redogjorts för ovan. Den förhandlingen skall bedömas efter reglerna om förbud mot väsentlig ändring av redan tecknade kontrakt. Kommunen medger att det upphandlingsrättsligt inte var riktigt att öppna för alternativa ersättningsmodeller som Kommunen gjort i sin AF-del men bestrider som sagt att den ändring som sedermera gjorts är att anse som en väsentlig ändring av hela kontraktet.

Kommunen ställer sig frågande inför slutsatsen att upphandlingen skall ses som en intresseanmälan för att inleda förhandlingar. Det är inte förhandling att entreprenören inom givna ersättningsregler och givet ramverk med ABT 06 som kontraktsvillkor med dess utfyllnad i AF-delens entreprenadföreskrifter, föreslår tekniska lösningar inom samråd och parterna gemensamt i någon mening utformar produkten.

Kommunen medger att det kan förefalla som att ett helt nytt kontrakt tecknats den 5 december 2017 mot vad som inkluderats i förfrågningsunderlaget. Skärskådar man vad som tagits med däri finns dock väldigt lite av ekonomiska och juridiska villkor och i vart fall inte som avviker från vad som redan tagits in i förfrågningsunderlaget.

Den modell för att göra en konkurrensutsättning av den slutliga utformningen av simhallen som Kommissionen synes förorda hade i och för sig kunnat genomföras inom ramen för en konkurrenspräglad dialog. En sådan dialog skulle dock i praktiken bli ineffektiv. Det skulle medföra att Kommunen hade behövt betala för projekteringen av simhallen till färdiga bygghandlingar (mot svarar 10-15 procent av entreprenadsumman, i förevarande fall alltså ca 25 mkr) inte bara till en utan till tre anbudsgivare. Av det skälet är också entreprenadupphandlingar genom konkurrenspräglad dialog ovanliga och i princip inte möjliga att använda på det sätt Kommissionen anvisar.

Kommunen har gjort en konkurrensutsättning av entreprenörsarvodet som sedan lagts till grund för det fasta arvodet. Det fasta arvodet knyts som ovan beskrivits till en ersättningskyldighet för verifierade självkostnader. Något vinstpåslag i dessa självkostnader finns överhuvudtaget inte. Teoretiskt kan till och med antas att vad respektive entreprenör haft för självkostnader för att köpa in kakelplattor, luft och vattenrenare, stomme, fasadtegel och fönsterglas av visst fabrikat som parterna enats om, mer eller mindre varit desamma. Kommunen har också konkurrensutsatt anbudsgivarnas organisation, system och referensprojekt för att därigenom få en så effektiv organisation som möjligt till sin tjänst, ägnad åt att identifiera högsta möjliga kvalitet inom givna kostnadsramar. Tekniken är alltså att parterna under fas 1 tidigt sätter en ungefärlig budget för vad beställaren har för förväntan och att entreprenören därefter i sin projektering styr mot att få

så mycket värde som möjligt för pengarna inom dessa ramar. I den mån den ramen sprängs och kostnaderna betydligt överstiger vad man enats om tidigt i fas 1 som preliminär budget, måste beställaren ges möjlighet att avstå från att gå in i fas 2 som utvecklats ovan. Detta förutsätter som också antytts ovan att den kalkyl entreprenören tar fram i fas 1 under öppenhet och i samråd med beställaren, är detaljerad och väl genomarbetad på nivå att några större överraskningar normalt inte skall kunna ske under produktionen i fas 2 vad gäller kostnadsmassan.

Kommunen gör som ovan anförts också gällande att de optioner som Kommissionen ifrågasatt kunnat i princip förutsättas som nödvändiga förutsättningar för att uppföra en ny simhall på den aktuella platsen och därmed ingått redan från början, med undantag möjligen för upprustning av befintlig idrottshall och rivning av befintlig simhall. Ingen av optionerna har dock avropats.

Med vänlig hälsning



Foyen Advokatfirma gm
John Hane