



KLAGANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086
Region Väst Hus
Distrikt Södra Älvsborg
Hemvägen 24
441 39 Alingsås

Ombud: Martin Ahlström
Skanska Sverige AB
Kilsgatan 4
405 18 Göteborg

MOTPART

Fabs AB, 556048-9162
441 81 Alingsås

Ombud: Advokaten Johan Rappmann
Box 2259
403 14 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 23 mars 2010 i mål nr 7311-10,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 31 mars 2010 upphör härmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Skanska Sverige AB

Skanska Sverige AB (Skanska) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom att utvärderingen görs om på så sätt att Fabs AB (Fabs) i anbudsutvärderingen inte prövar anbud inlämnade av SEFA Byggnads AB (SEFA) och Tommy Byggare AB (TB). I andra hand yrkar Skanska att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Skanska bl.a. följande.

Fabs har i upphandlingsföreskrifterna under AFB.31 – Anbuds form och innehåll – föreskrivit att anbudsgivarna i sina anbud ska redovisa de tekniska lösningar som begärts i förfrågningsunderlaget, dvs. en redovisning av hur anbudsgivarna avser att gå till väga för att uppfylla föreskrivna funktionskrav. Att en upphandlande enhet föreskriver att anbudsgivare i sina anbud ska redovisa sina tekniska lösningar är såväl befogat som proportionerligt. Av uppenbara skäl har den upphandlande enheten ett befogat intresse av att i förväg få veta hur aktuell anbudsgivare avser att gå tillväga för att uppfylla föreskrivna funktionskrav och att dessa lösningar också uppfyller ställda funktionskrav. SEFA och TB har i och för sig redovisat sina lösningar på ett tillräckligt detaljerat sätt. Redovisade lösningar strider dock mot föreskrivna funktionskrav. Det saknar i sammanhanget betydelse huruvida anbudsgivare uttryckligen reserverar sig mot skall-krav eller inte. SEFAs och TB:s anbud strider därför mot kraven i förfrågningsunderlagets upphandlingsföreskrifter om hur anbud ska utformas, eftersom anbuden inte innehåller redovisning av tekniska lösningar som uppfyller föreskrivna funktionskrav, utan endast en redovisning av lösningar som inte uppfyller funktionskraven. Att acceptera anbuden strider mot principen om likabehandling.

Av vad som anges i utrymmesprogrammet (UP) sidan 7 framgår att funktionskravet är att entréhall och foajéer (gemensam rörelseyta) ska ha en

kapacitet för 2 000 personer med 0,5–1 kvm per person. Minimikravet för den gemensamma rörelseytan är således 1 000 kvm. Vidare framgår av UP sidan 7 att den gemensamma rörelseytan ska bestå av befintlig entréhall med kompletterande utrymmen i anslutning till läktare på annan nivå. Skanska har tolkat föreskriften så att den gemensamma rörelseytan ska dels vara belägen på annan nivå än läktaren, dels ligga i anslutning till läktaren. SEFAs och TB:s anbud innehåller en gemensam rörelseyta om 437 kvm respektive 461 kvm enligt föreskrivna villkor. SEFA och TB har därutöver inräknat dels yta på läktaren (som inte kan ligga på annan nivå än läktaren) om 230 kvm respektive 237 kvm, dels källaryta och annan yta under läktaren om 420 kvm respektive 490 kvm (som vare sig ligger i anslutning till läktaren eller på samma nivå som befintlig entréhall). För att SEFAs och TB:s anbud ska uppfylla ställda funktionskrav på en gemensam rörelseyta om minst 1 000 kvm måste de räkna med samtliga ovan angivna ytor, vilket strider mot villkoren.

För det fall kammarrätten finner att SEFAs och TB:s tekniska lösningar uppfyller föreskrivna funktionskrav, är funktionskraven utformade på ett sådant sätt att de strider mot principen om transparens. Om Skanska fått klart för sig att källaryta och yta på läktaren – trots vad som anges i förfrågningsunderlaget – kunde medräknas i den gemensamma rörelseytan skulle Skanska ha lämnat ett annat och väsentligt lägre anbud. Exempelvis hade stora besparingar kunnat göras genom att behålla befintlig B-hall i stället för att, som nu, bygga en ny ersättningshall.

Fabs

Fabs anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.

Fabs delar inte Skanskas snäva tolkning av gemensamma rörelseytor. Ordalydelsen i UP sidan 7 utesluter inte att foajéer m.m. kan vara på annan nivå än entrén. De ytor som SEFA och TB redovisar ligger alla i anslutning till läktarna. Anslutning sker genom trappor. Syftet med gemen-

samma rörelseytor är att skapa rörelse- och vistelseytor innan evenemang, under pauser och efter sådant evenemang. Publiken kan då sträcka på benen, umgås, köpa något att äta eller dricka samt besöka toaletter. Mot bakgrund härav är det naturligt att avsatser mellan läktarsektioner och andra liknande passager utgör gemensamma rörelseytor.

Av SEFAs och TB:s ritningar framgår att i förfrågningsunderlaget begärda utrymmen i förslagen uppgår till drygt 1 000 kvm. SEFA och TB har således redovisat sina tekniska lösningar som visar att dessa uppfyller ställda funktionskrav, varför anbudet inte kan förkastas på denna grund.

Endast det förhållandet att en av anbudsgivarna uppfattat nämnda förutsättning annorlunda än övriga anbudsgivare kan inte anses innebära att förfrågningsunderlaget är otydligt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Kammarrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har 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 myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Handlingarna i målet

I de administrativa föreskrifterna, som utgör del av förfrågningsunderlaget, anges under AFB.31 – Anbuds form och innehåll – att anbudet ska innehålla bl.a. redovisning av tekniska lösningar som begärts i förfrågningsunderlaget.

Även utrymmesprogrammet (UP) utgör en del av förfrågningsunderlaget. Häri anges på sidan 7 under rubriken Sammanställning av utrymmen/funktioner, Entréhall/foajéer, följande. Entréhall och foajéer med kapacitet för 2 000 besökare, bestående av befintlig entréhall med kompletterande utrymmen i anslutning till läktare på annan nivå, 0,5–1 kvm per person.

På sidan 3 i UP under rubriken Invändiga utrymmen och funktioner, Entréhall/foajé, anges bl.a. att erforderliga kompletterande foajéytor tillskapas i anslutning till läktarna på båda långsidorna.

Kammarrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot lika-behandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Skanska har anfört att SEFAs och TB:s anbud inte uppfyller det ställda skall-kravet att anbuden ska innehålla en redovisning av tekniska lösningar som uppfyller föreskrivna funktionskrav, varför dessa anbud rätteligen inte skulle ha gått vidare till utvärderingen. Fabs hävdar dels att det inte rör sig om ett upphandlingsrättsligt skall-krav, dels att SEFAs och TB:s anbud i vart fall uppfyller kravet.

Den första frågan är således om det finns ett krav på att anbudena måste innehålla en redovisning av tekniska lösningar, i form av ritningar, av vilka det framgår att föreskrivna funktionskrav på en minimiyta om 1 000 kvm avseende gemensamma rörelseytor är uppfyllda. Inledningsvis konstaterar kammarrätten att det faktum att inte någon av anbudsgivarna har reserverat sig mot i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav inte innebär någon inskränkning i skyldigheten att redovisa hur man lever upp till ställda funktionskrav, om en sådan skyldighet till redovisning finns. Kammarrätten gör bedömningen, utifrån hur kravet formulerats i förfrågningsunderlaget, att det är frågan om ett sådant skall-krav som Skanska påstår, vilket innebär att ritningarna måste innehålla gemensamma rörelseytor på minst 1 000 kvm för att anbudena ska kunna utvärderas.

Frågan här efter blir om SEFA och TB uppfyller detta krav. Enligt Skanskas tolkning av förfrågningsunderlaget får man inte i gemensamma rörelseytor räkna med yta på läktaren, eftersom denna inte kan ligga på annan nivå än läktaren, och inte heller källaryta eller annan yta under läktaren, eftersom dessa ytor inte ligger i anslutning till läktaren eller på samma nivå som befintlig entréhall. Enligt Skanska har därmed SEFA och TB endast redovisat en gemensam rörelseyta om 437 kvm respektive 461 kvm. Fabs inställning i målet är att det inte strider mot lydelsen i förfrågningsunderlaget att medräkna yta på läktaren och källaryta eller annan yta under läktaren, vilket leder till att både SEFA och TB redovisat gemensamma rörelseytor om minst 1 000 kvm.

Kammarrätten finner att utrymmen som kan nås direkt via trappor enligt gängse språkbruk får anses ligga i anslutning till varandra. Ordalydelsen i förfrågningsunderlaget utesluter inte heller att de gemensamma rörelseytorna kan vara på annan nivå än entrén. Vidare delar kammarrätten Fabs bedömning att det är uppenbart att begreppet ”på annan nivå” utgör information om att läktaren är på annan nivå än entréhallen. Kammarrätten är således av den uppfattningen att de gemensamma rörelseytorna, utöver

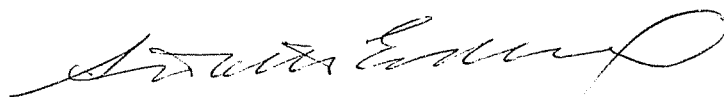
yta på entréplan, i detta fall även får bestå av yta på läktaren och källaryta eller annan yta under läktaren. Att dessa ytor sammantaget uppgår till mer än 1 000 kvm i både SEFAs och TB:s inlämnade ritningar är otvivelaktigt i målet. SEFAs och TB:s anbud uppfyller därmed det aktuella skallkravet, varför det var riktigt att utvärdera dessa anbud. Skanskas förstahandsyrkande ska därför avslås.

Frågan är då om förfrågningsunderlaget varit tillräckligt transparent vad gäller vilka ytor som får medräknas i de gemensamma rörelseytorna.

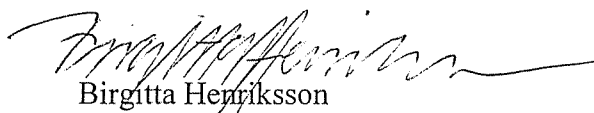
Kammarrätten kan konstatera att av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om vissa brister och oklarheter får godtas.

Kammarrätten anser visserligen att skrivningen i förfrågningsunderlaget är något vag. Den tolkning som Fabs hävdar är dock enligt kammarrättens uppfattning förutsebar, vilket även framgår av kammarrättens tidigare resonemang om att SEFAs och TB:s anbud levt upp till det i målet aktuella skallkravet. Kammarrätten finner att det av förfrågningsunderlaget med tillräcklig tydlighet framgår vilka ytor som får medräknas i de gemensamma rörelseytorna. Skanskas andrahandsyrkande ska därmed också avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)



Lisbeth Edlund

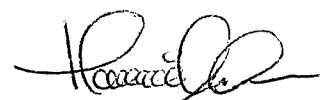


Birgitta Henriksson

referent



Anders Cedhagen



/Marie Andersson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2010-03-23
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7311-10 E
Enhet 2:2

Bilaga A

SÖKANDE

Skanska Sverige AB
Region Väst Hus
Distrikt Södra Älvsborg
Hemvägen 24
441 39 Alingsås

Ombud: Martin Ahlström
Skanska Sverige AB
Kilsgatan 4
405 18 Göteborg

MOTPART

Fabs AB, 556048-9162
441 81 Alingsås

Ombud: Advokaten Johan Rappmann
Advokatfirman Glimstedt AB
Box 2259
403 14 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningsen.

TILLDELNINGSBESLUTET

Fabs AB är ett kommunalt fastighetsbolag i Alingsås och har genomfört en upphandling om modernisering och utveckling av Nollhagahallen i Alingsås. Av tilldelningsbeslut den 16 oktober 2009 framgår att SEFA Byggnads AB (SEFA) tilldelats kontraktet före Tommy Byggare AB och Skanska Sverige AB.

YRKANDE M.M.

Skanska Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att övriga anbud förkastas och att bolagets anbud antas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Fabs AB har brutit mot LOU genom att pröva anbuden från SEFA och Tommy Byggare trots att anbuden inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav. I förfrågningsunderlaget UP/7 anges som ett skall-krav att anläggningen ska ha en entréhall och foajéer med kapacitet för 2 000 personer, bestående av befintlig entréhall med kompletterande utrymmen i anslutning till läktare på annan nivå. Ytan på läktaren som ligger på annan nivå får således inte medräknas utan endast utrymmen i anslutning till läktaren får medräknas. Bolagets redovisade "gemensamma rörelseytor" uppgår till 1 095 m² och Fabs AB:s påstående om att övriga anbudsgivare uppfyller minimikravet om 1 000 m² är felaktigt. Fabs AB baserar sitt påstående på en uppmätning som inkluderar ytor om ca 230 m² på läktaren. Vidare har övriga anbudsgivare vid denna beräkning även inkluderat källarytor och andra ytor som ligger under entréhallen. Detta är felaktigt eftersom det föreskrivs att kompletterande utrymmen ska vara i anslutning till läktare. – I förfrågningsunderlaget (AFB.31) föreskrivs att anbud ska innehålla ritningar och skisser utvisande entreprenörens lösning för bl.a. planlösning samt redovisning av tekniska lösningar som begärts i förfrågningsunderlaget. Övriga anbudsgivare har inte redovisat de funktionskrav/tekniska lösningar som föreskrivs.

För den händelse förvaltningsrätten finner att övriga anbudsgivare uppfyller skall-kravet för gemensamma rörelseytor görs gällande att förfrågningsunderlaget inte har varit tillräckligt tydligt i utformningen. Ett förfrågningsunderlag ska i linje med de grundläggande principerna i LOU vara fullständigt och klart och entreprenören ska kunna förstå vad den upphandlande myndigheten efterfrågar. Om det hade varit känt för bolaget att det var möjligt att dimensionera gemensamma rörelseytor på det sätt som övriga anbudsgivare gjort i sina anbud hade bolaget lämnat ett anbud som väsentligen skiljer sig från det nuvarande och till ett helt annat lägre pris. Mot bakgrund av den valda entreprenadformen (totalentreprenad) gör Fabs AB gällande att övriga anbud uppfyller de ställda skall-kraven eftersom de inte uttryckligen reserverat sig mot förfrågningsunderlaget. Fabs AB:s kontroll av uppfyllandet skulle därvid egentligen kunna begränsa sig till att kontrollera om en uttrycklig reservation gjorts. Någon närmare kontroll av innehållet i de ritningar m.m. som ska bifogas anbuden och som ska redovisa de tekniska lösningar som ställs i förfrågningsunderlaget menar Fabs AB följaktligen inte behöver göras. En upphandlingsrättslig grundprincip är att anbudsgivaren ska uppfylla ställda skall-krav. De förslag till tekniska lösningar/funktioner som anbudsgivarna har lämnat i sina respektive anbud ska självfallet uppfylla de skall-krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Kravet på gemensam rörelseyta är ett av de absolut mest grundläggande funktionskraven för entreprenaden och det ställda kravet har en mycket stor inverkan på utformningen av anläggningen och därmed prissättningen. Att en yta som är belägen på samma nivå och som utgör en del av läktaren ska anses ligga ”i anslutning” till läktaren ”på annan nivå” är en tillämpning som är i direkt strid med ordalydelsen. En yta på läktaren ligger naturligtvis inte i anslutning till densamma. Inte heller ligger en sådan yta på annan nivå i förhållande till läktaren. Fabs AB:s tillämpning av aktuell bestämmelse i Upphandlingsprogrammet, dvs. att medräkna källarytor m.m. samt ytor på läktaren, står i direkt strid med dess ordalydelse.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Fabs AB anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det antagna anbudet uppfyller alla i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav. Bolaget anser att övriga anbudsgivare inte uppfyller grundkrav som anges i förfrågningsunderlagets utrymmesbeskrivning om rörelseytor dimensionerade till 0,5–1 m²/person. Det rör sig om ett byggentreprenadkontrakt som innefattar både projektering och utförande av bygg- och anläggningsarbeten. Huvudmålet för upphandlingen är att skapa en arena för sporter på elitnivå samt öka publikkapacitetsförmågan från 1 350 till ca 2 500 personer. Krav på anbuds form och innehåll framgår av AFB.31 där det anges vad anbudet ska innehålla. Fabs AB har i AFB.52 uttryckt tydligt att alla skall-krav ska anses vara uppfyllda om inte anbudsgivaren uttryckligen har reserverat sig mot något av dessa. Detta innebär att innehållet i förslagshandlingarna till anbudet inte är en fråga om förkastande av anbudet. Fabs AB har valt att genomföra upphandling i formen av totalentreprenad, och genom att använda funktions- och prestandatermer låtit anbudsgivarna bedöma och föreslå lösningar i sitt anbud. En kravspecifikation i funktionstermer innebär en beskrivning av vad som ska eller bör uppfyllas under vissa angivna förhållanden. Funktionen kan användas i kvalitativa mått eller i prestandatermer eller kvantitativa mått, baserade på användningen. I en generalentreprenad utgör de färdiga projekteringshandlingarna förfrågningsunderlag på vilket entreprenören lämnar anbud. Totalentreprenad innebär att entreprenören i förhållande till beställaren svarar för projektering och utförande. Vid totalentreprenad beskriver beställaren i förfrågningsunderlaget inte färdiga lösningar utan istället en planerad användning och beställarens krav och ”önskemål”. Förfrågningsunderlaget bör beskriva objektets användbarhet eller egenskaper genom angivande av funktionskrav. Därvid krävs att entreprenören av beskrivna egenskaper kan sluta sig till den användbarhet som åsytas. I en totalentreprenad svarar entreprenören inom ramen för sitt åtagande för att objektet uppfyller bestämd funktion, varvid entreprenören kan tillhandahålla utformning och tekniska lösningar efter eget val, om inte beställaren uttryckligen föreskriver detta. Har inte särskild funktion bestämts av

beställaren ingår i entreprenörens åtagande att objektet ska fungera för den planerade användningen som beställaren redovisat för entreprenören. Det finns inte skäl för en beställare av en totalentreprenad att närmare granska de av en entreprenör valda tekniska lösningarna i anbudet så länge beställaren i förfrågningsunderlaget angett en funktion. Denna totalentreprenadrättsliga princip anges i 1 kap. 3 § andra stycket ABT 06. I kommentaren till regeln fastställs att motivet till regeln är att det normalt inte kan krävas att beställaren tar ställning till huruvida redovisade funktioner eller tekniska lösningar i anbudshandlingarna uppfyller funktionskraven i förfrågningsunderlag samt att beställaren inte skall behöva bedöma varje detalj i anbudshandlingarna. Med hänsyn härtill har det inte funnits skäl för Fabs AB att granska annat än de uttryckliga reservationer som förelegat i anbudshandlingarna. Förfrågningsunderlaget och i detta angivna skall-krav ska tolkas mot bakgrund av att upphandlingen genomfördes som byggentreprenad i form av totalentreprenad. De skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget är entreprenadrättsliga skall-krav som måste varar uppfyllda vid utförandet av tjänsten/entreprenaden. I övrigt har anbudsgivaren/entreprenören den frihet som framgår av bestämmelserna och praxis för totalentreprenad att färdigställa projekteringen och leverera funktioner med utgångspunkt i det genom tilldelningsbeslutet antagna anbudet. De anbudshandlingar som är avlämnade av de tre anbudsgivarna är inte fullständiga projekteringshandlingar. Handlingarna utgör närmast vad som i projekteringskedet kallas för förslagshandlingar som endast visar förslag till principlösningar. Dessa förutsätter fortsatt projektering då bl.a. samtliga utförandekrav ska stämma. Vid utvärderingen fann Fabs AB att ingen av anbudsgivarna hade lämnat reservationer mot skall-kraven, varför inte heller något av anbuderna förkastades. Anbudens uppfyllande av funktionskraven granskades inte i detalj med hänsyn dels till att fullständig projektering inte gjorts och dels till att anbudsgivaren vid utförandet svarar för att dessa krav uppfylls. Upphandlande myndighet kan inte rimligen begära att anbudsgivarna i förslagshandlingar till anbud i detalj uppfyller samtliga skall-krav. Redan att upprätta

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

förslagshandlingar innebär stora ekonomiska insatser för att lämna anbud. Skulle anbudshandlingarna behöva uppfylla samtliga funktionskrav skulle orimliga resurser behöva läggas ned på projektering inför anbudslämnande. Effekten skulle bli att ingen eller få anbudsgivare skulle kunna lämna anbud. Vid utvärderingen sammanställdes de olika anbudssummorna m.m. och utvärderingen genomfördes i enlighet med de utvärderingskriterier och den poängsättning som är redovisade i punkten AFB.52. Vid genomgångarna av anbudshandlingarna kontrollerades anbudsgivarnas individuella lösningar av de väsentligaste funktionskraven i form av skall- och bör-krav, vilka skulle ligga till grund för poängsättningen inom utvärderingen. Värderingen av envars lösningar, utförande, genomförande samt system och rutiner gjordes i enlighet med AFB.52 och poängsattes. För tydlighetens skull bemöts även bolagets invändning avseende rörelseytor. Ordalydelsen utslutare inte att foajéer m.m. kan vara på annan nivå än entrén. Bolagets tolkning överensstämmer vare sig med lydelsen eller syftet med bestämmelsen. De två anbudsgivarnas anbudshandlingar visar i tillräcklig grad att aktuellt funktionskrav avseende rörelseytor kommer att kunna uppfyllas. Inte någon av anbudsgivarna har gjort någon reservation om att man inte kommer att uppfylla nämnda funktionskrav i förfrågningsunderlaget. Av de båda andra anbudsgivarnas ritningar över entréplan och läktare framgår att i förfrågningsunderlaget begärda utrymmen i förslagen uppgår till drygt 1 000 m². I enlighet med principerna för totalentreprenad kommer entreprenörerna att detaljstudera funktionsfrågorna och vid slutprojektering säkerställa att dessa är uppfyllda. De båda andra anbudsgivarna har sett andra möjligheter som inneburit mindre generösa men acceptabla gemensamma rörelseytor, vilket lett till lägre anbudspris. Bolagets högre poäng har inte kunnat kompensera sitt relativt sett höga pris. Detta är en konsekvens av upphandling med inslag av tävling avseende planlösningar m.m. Endast det förhållande att en av anbudsgivarna uppfattat nämnda förutsättning annorlunda än övriga anbudsgivare kan inte anses innebära att förfrågningsunderlaget är otydligt.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 15 kap. 16 § första stycket LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen (1) det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller (2) det anbud som har lägst pris.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Enligt 16 kap. 2 § ska rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Förfrågningsunderlaget avser en totalentreprenad och består bl.a. av administrativa föreskrifter, upphandlingsföreskrifter och entreprenadföreskrifter vid totalentreprenad. Inledningsvis uttalas att huvudmålet är att skapa en arena med publikkapacitetsförmåga på ca 2 500 personer mot dagens ca 1 350 personer, samt att anbudet ska innehålla bl.a. redovisning av tekniska lösningar som begärts i förfrågningsunderlaget och uppgifter om eventuella funktionskrav som inte uppfylls.

Vidare understryks att i förfrågningsunderlaget är beställarens krav angående funktion och utförande redovisade, samt att krav som grundas på lagar, författningar, föreskrifter och normer normalt inte redovisas. Det framhålls också

att det inte är tillåtet att reservera sig mot skall-krav. För stå- och sittplatser anges att de ska vara fördelade med 1 800 permanenta sittplatser och 350 flexibla "kombinationsplatser" för både sitt och stående, vilket ger maxkapaciteten 2 500 platser. Vid utvärderingen av anbud kommer beställaren att kontrollera hur förfrågningsunderlagets funktionskrav är uppfyllda, dvs. att värdera anbudens tillgodoseende av angivna skall- och bör-krav. Vid kontrollen utgår beställaren från att alla funktions- och programkrav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda såvida inte anbudsgivaren klart och tydligt och på lämplig plats anger om och i vilket avseende anbudet inte motsvarar de ställda kraven. Beställaren kommer att anta det anbud som bedöms vara det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till samtliga redovisade omständigheter.

I utrymmesprogrammet anges vid sammanställning av utrymmen/funktioner angående entréhall/foajéer följande. "Entréhall och foajéer med kapacitet för 2 000 besökare, bestående av befintlig entréhall med kompletterande utrymmen i anslutning till läktare på annan nivå, 0,5–1 m²/person, reception i entréhallen ca 20 m². Ett antal publika toaletter bör finnas i direkt anslutning till entréhallen och i samma nivå.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida upphandlingen strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principer som denna lag bygger på. Ett syfte med upphandlingsbestämmelserna är att sörja för att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2002 ref. 50 där följande uttalandes. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det

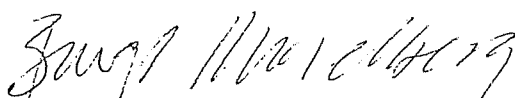
anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av intresse är även ett uttalande av EG-domstolen i mål C-19/00 Siac Construction Ltd som säger att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Bolaget har bl.a. invänt att övriga anbudsgivare lämnat anbud där det i alla delar inte kan utläsas att ställda krav kommer att uppfyllas. I förevarande fall är det fråga om en byggentreprenad i form av totalentreprenad och upphandlande myndighet har i förfrågningsunderlaget angett vilka krav som ska vara uppfyllda. Anbudsgivarna har haft möjlighet att reserverat sig mot de i förfrågningsunderlaget angivna kraven och om så inte skett har leverantörerna åtagit sig att uppfylla i förfrågningsunderlaget ställda krav. Fabs AB har genmält att de krav som angetts i förfrågningsunderlaget är entreprenadrättsliga krav i form av obligatoriska dels allmänna funktionsmässiga krav och dels specifika utförandemässiga krav. Fabs AB har också förklarat att anbudshandlingarna från de tre anbudsgivarna inte är fullständiga projekthandlingar, samt att dessa närmast utgör vad som i projekteringskedet kallas förslagshandlingar som endast utvisar förslag till principlösningar. Det understryks också att handlingarna förutsätter fortsatt projektering, då bl.a. samtliga utförandekrav ska stämmas av, och att det inte rimligen kan begäras att anbudsgivarna i förslagshandlingar ska uppfylla samtliga krav i detalj. Frågan är då om upphandlande myndighet har handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att ha utvärderat anbuden och besluta om tilldelning på sätt som gjorts. Likabehandlingsprincipen innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. En konsekvens

av detta är att den upphandlande myndigheten måste kontrollera att inkomna anbud inte avviker från sådana krav. Denna skyldighet kan dock normalt sett inte anses sträcka sig längre än till att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbudet och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet att också kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan således inte anses finnas, om det saknas anledning att ifrågasätta uppgifterna. Till det sagda ska också läggas att ritningsunderlagen är en redovisning av hur de upphandlade funktionerna och kvalitéerna ska uppnås och är således i första hand en fråga om hur projektet ska genomföras. Detta förhållande inverkar inte på utvärderingen av skall-kraven.

Fabs AB har oemotsagt anfört att inte något av de tre anbudet har reserverat sig mot i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav och att det inte skulle vara rimligt att kräva en mer detaljerad redovisning än som lämnats av anbudsgivarna. Med hänsyn till detta samt att det är fråga om en totalentreprenad har i sig inte gett anledning för Fabs AB att ifrågasätta uppfyllelsen. Det har inte kommit fram något som utgör skäl för förvaltningsrätten att ha en annan uppfattning i detta avseende. Inte heller vad bolaget i övrigt anfört om den upphandlande myndighetens förfarande vid utvärderingen och brister i förfrågningsunderlaget utgör skäl för ingripande enligt LOU. Förvaltningsrätten kan inte heller finna att tilldelningskriterierna har formulerats på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare inte har kunnat tolka kriterierna på ett enhetligt sätt. Mot denna bakgrund kan upphandlingen och förfrågningsunderlaget inte anses strida mot transparensprincipen eller LOU i övrigt. Eftersom det därmed saknas skäl för ingripande mot upphandlingen ska ansökningen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1b)


Bengt Hasselberg

/ MG

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

