



**SÖKANDE**

JSB Construction AB, 556401-1756

Ombud: Advokaterna Elisabeth Hallström och Ola Jönsson  
MAQS Advokatbyrå AB

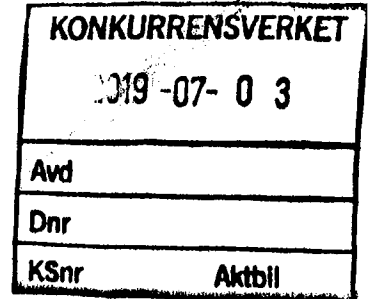
**MOTPART**

Eskilstuna Kommunfastigheter AB, 556499-5909

Ombud: Jur.kand. Anders Skåål  
LRF Konsult

**SAKEN**

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



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen *Trumtorp etapp 2, Odlaren Eskilstuna*, dnr 18/106, får avslutas först efter att Kommunfastigheter har gjort en rättelse med innebörden att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från JSB Construction AB ska beaktas.

**BAKGRUND**

Eskilstuna Kommunfastigheter AB (Kommunfastigheter) genomför upphandlingen *Trumtorp, etapp 2, Odlaren Eskilstuna*, dnr 18/106, som ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån erhållen poäng i utvärderingen av standard och kvalitet som viktas till 35 procent i förhållande till totalpris per m<sup>2</sup> boarea, som viktas till 65 procent. Av tilldelningsbeslut meddelat den 13 mars 2019 framgår att SN Strukton har antagits som leverantör. Vidare framgår att anbudet från JSB Construction AB (JSB) inte har kvalificerats för vidare utvärdering eftersom det inte ansågs uppfylla kravet enligt AFB.22 i de

administrativa föreskrifterna, avseende BTA (bruttototalarea) samt BOA (boarea).

**YRKANDEN M.M.**

**JSB** ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse med innebörden att en ny utvärdering genomförs, vid vilken anbudet från **JSB** beaktas. I andra hand yrkar **JSB** att upphandlingen ska göras om. **JSB** anför bl.a. följande.

Av de administrativa föreskrifterna, punkten AFB.22 framgår att viss detaljplan ingår som en del av upphandlingsdokumenten. I detaljplanen anger beteckningen e,000/00 största BTA i m<sup>2</sup> ovan mark för huvudbyggnad respektive komplementbyggnad. För i upphandlingen aktuella områden ger det huvudbyggnader vars BTA, efter komplettering av upphandlingsdokumenten, tillåts vara 3 350 respektive 2 785 m<sup>2</sup> ovan mark.

Beräkningen av BTA regleras i Svensk Standard SS 21054:2009 och i punkten 19.3 finns bestämmelser om vilken area som ska anses vara ovan respektive under mark. I detaljplanen finns inga bestämmelser om maximal total BTA, utan endast BTA ovan mark, och något krav avseende maximal total BTA finns inte heller i upphandlingsdokumenten i övrigt. I upphandlingen ställs således endast krav i den form som anges i detaljplanen, dvs. BTA ovan mark, varför BTA under mark inte ska räknas in vid bedömningen av om ett anbud uppfyller ställda krav. **JSB**:s anbud uppfyller kraven på BTA som anges i upphandlingen. En suterrängvåning ska inte per automatik räknas in i BTA ovan mark, och det saknas i upphandlingsdokumenten någon angivelse om att avsteg från Svensk Standard ska göras i ett sådant avseende. Mot denna bakgrund har **JSB**:s anbud på felaktiga grunder inte kvalificerats och utvärderats. Kommunfastigheter har därmed brutit mot principen om likabehandling enligt LOU, vilket har lett till att

JSB kan komma att lida skada i form av förlorade intäkter. Detta utifrån att bolaget lämnat det lägsta priset, vilket viktas till 65 procent, och att det rent faktiskt fanns en möjlighet att JSB skulle ha tilldelats kontrakt om anbudet hade utvärderats. Av praxis (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1414-18 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 423-18) följer att dessa omständigheter är tillräckliga för att skaderekvisitet ska anses vara uppfyllt.

Vad gäller Stadsbyggnadsnämndens utlåtande har det inte varit tillgängligt för anbudsgivarna innan anbudstidens utgång, varför det inte utgör en del av upphandlingsdokumenten och därmed saknar det relevans för frågan om en anbudsgivare uppfyller de ställda kraven. Stadsbyggnadsnämndens tolkning motsägs även av plan- och bygglagen (2010:900), av vilken framgår att regleringar i detaljplan av bebyggandets omfattning kan bestämmas över respektive under markytan. Om detaljplanen ska tolkas som Kommunfastigheter gör gällande brister den i tydlighet, dels genom att det överhuvudtaget krävs ett utlåtande för att förstå hur uppgifterna i detaljplanen ska tolkas, dels genom att det som framgår i utlåtandet inte står skrivet i detaljplanen. Följden av dessa oklarheter är att JSB inte har kunnat lämna ett optimalt anbud, då det inte för en normalt aktsam anbudsgivare har gått att förstå vilka krav som ställs och hur detaljplanen ska tolkas. Otydlig utformning av upphandlingsdokumenten innebär ett brott mot principen om öppenhet enligt LOU. Otydligheterna har påverkat JSB:s möjligheter att lämna ett optimalt anbud och lett till att JSB i vart fall riskerat att lida skada. Även dessa omständigheter är enligt praxis tillräckliga för att skaderekvisitet ska vara uppfyllt (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6090-18). Bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, varför upphandlingen ska göras om.

**Kommunfastigheter** motsätter sig JSB:s yrkanden och anför bl.a. följande. Av den aktuella detaljplanen kan utläsas vilken maximal BTA som ytan får

bebyggas med och till ledning för beräkningen kan, precis som JSB gör gällande, Svensk Standard användas. Detta medför att det relevanta värdet i förevarande fall är total BTA. Punkten 19.3 som JSB refererar till redogör endast för att BOA kan indelas i area ovan respektive under mark. JSB:s uppfattning om att endast BTA ovan mark ska beaktas är felaktig, vilket även framgår av ett ställningstagande som begärts in från Stadsbyggnadsförvaltningen i Eskilstuna kommun. Av detta framgår att detaljplanen inte medger den lösning som JSB presenterat i sitt anbud, med hänsyn till att största totala BTA då överskrids, samt att när det gäller suterränglösningar ska samtliga relevanta ytor inrymmas i största tillåtna BTA. Vidare utgör suterrängvåningar, till skillnad från källare, byggnation ovan mark. Vad gäller Svensk Standard kan det konstateras av det av avsnitt 9, punkten 9.3.1 kan utläsas att i BTA inräknas utrymmen som är mätvärda enligt avsnitt 5, av vilket framgår att mätvärda utrymmen är sådana som är tillgängliga samt har ett beträdbart golv och tillräcklig rumshöjd. De i anbudet redovisade suterrängvåningarna är exempel på utrymmen som är mätvärda. Kommunfastigheter delar uppfattningen att det följer av PBL att en byggnad kan vara såväl ovan som under mark, emellertid med den skillnaden att vissa delar av en byggnad rent definitionsmässigt inte kan falla inom ramen för begreppet ”under mark”, så som är fallet med en suterrängvåning. Eftersom byggnaderna i anbudet från JSB överskrider maximal BTA så som den kan utläsas från detaljplanen, uppfyller anbudet inte ställda krav och ska därför förkastas.

Den extensiva tolkning av detaljplanen som JSB har gjort stöds inte av hur den andra anbudsgivaren har valt att utforma sitt anbud och inte heller av Stadsbyggnadsnämndens tolkning eller av vad JSB har lagt fram. Svensk Standard och Stadsbyggnadsnämndens utlåtande utgör därutöver endast tolkningsdata av upphandlingen och är inte en del av densamma. Inte heller är de nödvändiga för att på ett korrekt sätt kunna tolka kravställningen i upphandlingen. Påståendet om att LOU inte medger upphandlingsdokument

som eventuellt kan tolkas olika av anbudsgivarna är felaktigt, eftersom inga upphandlingsdokument kan vara helt befriade från tolkningsutrymme eller rent av konkreta brister. Skäl för ingripande på den grunden har därför ställts högt i rättspraxis (se RÅ 2002:50). Upphandlingen är inte bristfällig i sådan hög grad att det finns skäl för ingripande. Om någon otydlighet överhuvudtaget föreligger består denna i att uttrycket ”ovan mark” i detaljplanen kan uppfattas utesluta alla ytor, även mätvärda, som ligger under marknivå. Formuleringen ska för en normalt omsorgsfull anbudsgivare inte behöva välla några bekymmer, utifrån att denne har insikt om reglerna i Svensk Standard om vad som är mätvärt. Den enda brist som kan läggas Kommunfastigheter till last i denna del är att man inte i upphandlingsdokumenten särskilt förtydligat att även yta under mark, så som källare eller suterräng, ska omfattas av den begränsning som anges i detaljplanen. Påståendet om att JSB lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är felaktigt, då bolaget har lämnat anbudet med lägst pris. Eftersom upphandlingen även innefattar utvärdering av kvalitetskriterier är det omöjligt att uttala sig om JSB överhuvudtaget skulle ha tilldelats kontraktet, eftersom anbudet aldrig har utvärderats.

## **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

### **Tillämpliga bestämmelser**

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

### **Upphandlingsdokumenten**

I upphandlingsdokumenten framgår av den allmänna projektbeskrivningen i punkt AFA.21 bl.a. att Kommunfastigheter inbjuder att lämna anbud på 70-80 lägenheter i 4 stycken flerbostadshus, varav ett ska vara trygghetsboende och resterade ska vara typhus mini samt typhus bas, samtliga med suterrängvåning.

Av punkt AFB.22 framgår att bl.a. detaljplan daterad 2017-07-18 utgör en del av förfrågningsunderlaget. Av detaljplanen framgår att utnyttjandegraden, e<sub>1000/00</sub>, anges i största bruttoarea i m<sup>2</sup> ovan mark för huvudbyggnad respektive komplementbyggnad. Vidare framgår att största BTA ovan mark för huvudbyggnad och komplementhus är maximalt 2 600 m<sup>2</sup> respektive 3 250 m<sup>2</sup>. Enligt en komplettering till upphandlingsdokumenten får tillåten BTA på tomt A överstigas med maximalt 100 m<sup>2</sup> och på tomt B med maximalt 185 m<sup>2</sup>.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

Frågan i målet är om JSB:s anbud uppfyller kraven på beräknad bruttoarea (BTA) i upphandlingsdokumentet och därför inte skulle ha förkastats vid utvärderingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsdokumentet saknas information om hur beräkningen av BTA ska göras och om de suterrängvåningar som enligt projektinformationen ska finnas ska beräknas på något särskilt sätt. Parterna i målet är överens om att det som anges i den aktuella detaljplanen är BTA ovan mark. De är också överens om att

beräkningen av BTA ska ske enligt Svensk standard, SS 21054:2009.  
Parterna har dock olika uppfattningar om den mätbara arean.

Kommunfastigheter anser att aktuella suterrängvåningar utgör mätbar area som ska ingå i total BTA och att JSB:s anbud därför överstiger upphandlingsdokumentets krav på maximal BTA, varför det var riktigt att förkasta det. JSB är däremot av uppfattning att det av Svensk Standard framgår att suterrängvåningar inte omfattas av begreppet BTA ovan mark.

Av Svensk Standard framgår av avsnitt 5 bl.a. att vid beräkning av BTA ska vissa förutsättningar vara uppfyllda för att ett utrymme ska betraktas som mätvärt. Dessa förutsättningar är tillgänglighet, beträdbart golv, samt tillräcklig rumshöjd. Av avsnitt 9 följer att BTA utgörs av mätvärda delar av våningsplan, begränsad av omslutande byggnadsdelars utsida eller annan angiven begränsning för mätvärdhet, samt att vid beräkning av BTA inräknas utrymmen som är mätvärda enligt avsnitt 5. Enligt avsnitt 19.3 kan bl.a. BTA underindelas efter golvets läge i förhållande till anslutande mark. Med area ovan mark avses utrymmen vars golv ligger helt över anslutande marknivå. Area under mark omfattar utrymmen vars golv ligger helt eller delvis under anslutande marknivå.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det således av Svensk Standard att en suterrängvåning vars golv ligger delvis under anslutande mark, innefattas av begreppet BTA under mark. En suterrängvåning ska därmed inte per definition inbegripas i begreppet BTA ovan mark, oaktat mätvärda ytor. Med hänsyn till det och till att Kommunfastigheter i upphandlingsdokumenten inte specificerat vad som avses med bruttoarea ovan mark eller annars angett hur begreppet BTA ska definieras inom ramen för upphandlingen anser förvaltningsrätten att kravet avseende största BTA som anges i detaljplanen ska tolkas på det sätt som JSB förordar, dvs. att del av byggnad vars golv ligger helt eller delvis under anslutande marknivå inte ska ingå i

den begränsning av största BTA som framgår av detaljplanen och den komplettering som har gjorts av Kommunfastigheter. Det har i målet inte framkommit annat än att JSB vid dessa förhållanden uppfyller det aktuella kravet. Kommunfastigheter har mot denna bakgrund inte haft fog för att utesluta JSB:s anbud från utvärderingen på angivna skäl och har därmed överträtt principerna i 4 kap. 1 § LOU om att behandla leverantörerna på ett likvärdigt sätt. Enligt förvaltningsrättens mening får JSB genom Kommunfastigheters förfarande anses lida eller riskera att lida skada. Det finns således förutsättningar för ett ingripande.

En utgångspunkt vid bedömningen av om en upphandling ska rättas eller göras om är att en mer ingripande åtgärd än vad som är nödvändigt inte bör tillgripas. Med hänsyn till vad som har framkommit i målet, framstår rättelse enligt förvaltningsrättens mening som en tillräcklig åtgärd. Ansökan ska därför bifallas och rätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett genom att JSB:s anbud tas upp till fortsatt prövning.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Annika Lowén  
Lagman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Felicia Stenström.





## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.