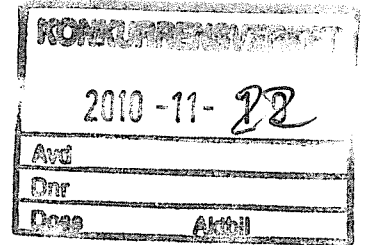




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM
2010-03-23
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7268-10 E
Enhet 2:2



SÖKANDE

Tommy Byggare AB, 556678-1943
Box 439
441 29 Alingsås

Ombud: Advokaten Roger Wier och jur kand Louise Gustafsson
Box 112 35
404 25 Göteborg

MOTPART

Fabs AB, 556048-9162
441 81 Alingsås

Ombud: Advokat Johan Rappmann
Box 2259
403 14 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningen.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet.

Dok.Id 957

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag – fredag 09:00-15:00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se				

TILLDELNINGSBESLUTET

Fabs AB, som är ett kommunalt fastighetsbolag i Alingsås, har genomfört en upphandling om modernisering och utveckling av Nohagahallen i Alingsås. Av tilldelningsbeslut den 16 oktober 2009 framgår att SEFA Byggnads AB (SEFA) tilldelats kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Tommy Byggare (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Fabs AB har accepterat ett anbud som inte uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav. För det fall att SEFA:s anbud anses korrekt brister förfrågningsunderlaget i kravet på transparens då Fabs AB inte har tydligt angivit i förfrågningsunderlaget vad Fabs AB tillmäter särskild betydelse. Vid en korrekt anbudsprövning hade det vinnande anbudet förkastats och bolagets anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga. – Fabs AB har ställt upp en rad olika skall-krav men lämnat åt anbudsgivarna att inkomma med förslag på hur hallen ska utformas. SEFA:s anbud uppfyller inte samtliga uppställda skall-krav och skulle rätteligen ha förkastats vid anbudskvalificeringen, dvs. före anbudsutvärderingen. Fabs AB har ställt upp som ett skall-krav att hallen ska inrymma 2 500 platser, varav 1 800 permanenta sittplatser och 350 flexibla kombinationsplatser som ger möjlighet att ha 700 ståplatser. Bakgrunden är bl.a. att Svenska Handbollsförbundet har krav på att elitserieklubbar ska ha en arena som klarar 2 500 personer i publiken och att Alingsås Handbollsklubb idag har dispens från detta krav. SEFA har dock endast redovisat 2 184 platser i bolagets anbud och uppfyller således inte detta skall-krav. Vidare erbjuder inte SEFA:s anbud några kombinationsplatser eller ståplatser överhuvudtaget. Även om ett antal sittplatser monteras bort och inrymmer stående istället erbjuder

SEFA:s anbud inte fler platser i hallen då det är ett skall-krav att ”man från samtliga platser ska se hela planen”. Det är inte möjligt att inrymma fler personer stående än sittande i SEFA:s förslag och anbudet uppfyller således inte detta skall-krav. Vidare är det ett skall-krav att hallen ska erbjuda tio åskådarplatser i bra läge för rullstolsburna medan SEFA:s anbud inrymmer ca sex rullstolar. Sammanfattningsvis erbjuder SEFA:s anbud varken tillräckligt antal publikplatser i hallen eller antal platser för rullstolsburna. – SEFA:s anbud erbjuder en TV-platta som uppgår till ca fyra meter och uppfyller inte ställda skall-krav. Vidare är TV-plattan inte fyra meter bred och uppfyller således inte heller skall-kravet ur detta perspektiv. Utrymmet för speakerplatserna ska uppgå till åtta kvadratmeter medan det i SEFA:s anbud är ca fem kvadratmeter. Dessutom har SEFA placerat en utåtgående hissdörr i speakerutrymmet, varför det ifrågasätts om det utrymmet överhuvudtaget kan möbleras. SEFA:s anbud uppfyller inte skall-kravet att hallen ska erbjuda utrymme för kommentatorer för TV och radio samt ett sekretariat. Sekretariatet ska vara placerat i angränsningen till planen eftersom sekretariatet har en funktion som ”tredje” domare och direktkontakt med domarna på planen vid match är nödvändigt. – Det entresolplan som SEFA har offererat har endast en utrymningsväg genom en trappa och det finns således inte två av varandra oberoende utrymningsvägar. Tilläggas ska att den trappa SEFA har redovisat mynnar ut i en annan brandcell, vilket är särskilt allvarligt ur brandskyddssynpunkt. SEFA har erbjudit en lösning som innebär att reglerna om brandskydd inte uppfylls. Om annan möblering väljs erbjuder SEFA inte en konferensdel som har utrymme för 100 sittande personer. Anbudet uppfyller således inte uppställda skall-krav för brandskydd, alternativt inte utrymmeskravet för sittande personer i konferensdel. Det finns ett krav att anbud ska offerera kapphyllor för 100 personer och enligt gällande praxis kräver varje ytterplagg på galge tio centimeter, dvs. det krävs ett utrymme i aktuellt kapprum om minst tio meter för att 100 ytterplagg ska kunna förvaras. SEFA:s anbud erbjuder en kapphylla som är sex meter och enligt gällande praxis

ger detta endast utrymme för 60 personer att förvara sina ytterplagg. – Receptionen ska kunna bemannas av fem personer längs disk medan SEFA:s anbud erbjuder plats för tre personer att arbeta samtidigt längs disk och uppfyller således inte aktuellt skall-krav. – Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudet erbjuda möjlighet till utskänkingsställen i foajéerna längs båda långsidorna. SEFA erbjuder endast sådana möjligheter på långsidan under södra läkaren och på långsidan under den norra läktaren. – Om förvaltningsrätten finner att SEFA:s anbud uppfyller samtliga uppställda skall-krav och att anbudet rätteligen har kvalificerats i anbudsprövningen har förfrågningsunderlaget inte varit tillräckligt klart och tydligt i sin utformning. Det framgår således inte vad Fabs AB har tillmätt särskild betydelse i upphandlingen. Om det varit känt för bolaget att det var möjligt att frångå dessa krav hade bolaget kunnat lämna ett betydligt mer konkurrenskraftigt anbud.

Fabs AB anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det antagna anbudet uppfyller alla i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav. Förfrågningsunderlaget, utvärderingen och tilldelningen av kontraktet strider inte mot kravet på transparens. Det framgår av förfrågningsunderlaget vad Fabs AB tillmäter betydelse och utvärderingen har skett i enlighet därmed. Fabs AB har inte brutit mot någon av de grundläggande principer som anges i 1 kap. 9 § LOU. Det rör sig om ett byggentreprenadskontrakt som innefattar både projektering och utförande av bygg- och anläggningsarbeten. Huvudmålet för upphandlingen är att skapa en arena för sporter på elitnivå samt skapa en ökad publikkapacitet om ca 2 500 personer. Entreprenadformen utgörs av totalentreprenad och ersättningsformen är fast pris utan indexreglering. Beträffande värderingsgrunder vid prövning av anbud framgår följande av förfrågningsunderlaget. Beställarens krav angående funktion och utförande är redovisade och det förekommer både skall-krav och bör-krav. Vid utvärderingen av anbud kommer beställaren att kontrollera hur förfrågningsunderlagets funktionskrav är uppfyllda, dvs. att värde-

ra anbudens uppfyllande av angivna skall-krav och bör krav. Vid kontrollen utgår beställaren från att alla funktions- och programkrav 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. Vid utvärderingen viktas pris till 70 procent av anbudssumman medan Fabs AB:s värdering av fyra olika övriga kriterier viktas inbördes lika mycket. Fabs AB har således uttryckt tydligt att alla skall-krav ska anses vara uppfyllda om inte anbudsgivaren uttryckligen har reserverat sig mot något av dessa, vilket innebär att innehållet i förslagshandlingarna till anbudet inte är en fråga om förkastande av anbudet. Fabs AB har genom att använda funktions- och prestandaermer låtit anbudsgivarna bedöma och föreslå lösningar i sina anbud.

Dåvarande Länsrätten i Vänersborg har den 26 oktober 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten har förordnat annat i målet.

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 förvaltnings-

domstol 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 en publikkapacitet 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 på funktion och utförande redovisade, samt att krav som grundas på lagar, författningar, föreskrifter och normer vanligtvis 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 sittande och stående, vilket ger maxkapaciteten 2 500 platser. Vid utvärderingen av anbud kommer beställaren att kontrollera hur förfrågningsunderlagets funktionskrav är uppfyllda, dvs. att bedöma om anbudet tillgodoser angivna skall- och börkrav. 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.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida upphandlingen strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principer som lagen 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 uttalades. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter 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. anfört att den vinnande anbudsgivaren lämnat ett anbud där det i alla delar inte kan utläsas att ställda krav kommer att uppfyllas. I förevarande fall är det fråga om en byggtreprenad i form av totalentreprenad och upphandlande myndighet har i förfrågningsunderlaget angett vilka krav som ska vara uppfyllda. Anbudsgivarna har haft möjlighet att reservera 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 sagt 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 projekteringsskedet 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 redovisa samtliga krav i detalj. Frågan är då om den upphandlande myndigheten har förfarit i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att likväl utvärdera anbudet 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 föreligga, om det inte finns 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 vad som har lämnats av anbudsgivarna. Med hänsyn till detta samt till att det är fråga om en totalentreprenad har det inte funnits anledning för Fabs AB att ifrågasätta

uppfyllelsen. Förvaltningsrätten har ingen annan uppfattning i detta avseende. Inte heller vad bolaget i övrigt anfört om den upphandlande myndighetens förfarande vid utvärderingen och om brister i förfrågningsunderlaget kan förvaltningsrätten finna vara skäl för ingripande enligt LOU. Mot denna bakgrund kan upphandlingen och förfrågningsunderlaget inte anses strida mot transpararensprincipen eller LOU i övrigt. Eftersom det därmed saknas skäl för ingripande mot upphandlingen ska ansökningen avslås.

Länsrättens interimistiska beslut från den 26 oktober 2009 upphör att gälla i och med denna dom. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av domen inte överprövas efter det att tio dagar gått från dess meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Det gäller även om domen överklagas inom den i bilagan angivna besvärstiden om tre veckor.

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

Bengt Hasselberg

/ MG



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 rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen 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 klagandes 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.