



**SÖKANDE**

Artifon AB, 556662-8318  
Norra Hamngatan 40  
411 06 Göteborg

**Ombud:**

Advokat Johan Tollgerdt och jur kand Annika Andersson  
Advokatfirman Lindahl KB  
Studentgatan 6  
211 38 Malmö

**MOTPARTER**

1. Lunds Universitet, 202100-3211  
Box 117  
221 00 Lund

2. Brekke & Strand Akustik AB  
Box 1084  
405 23 Göteborg

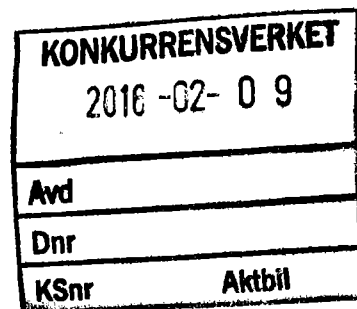
Ombud: Advokat Anders Brynje  
Advokatfirman Southlaw HB  
Malmöhusvägen 1  
211 18 Malmö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att Lunds universitets upphandling av "Akustikertjänster – inför omlokaliseringen av Musikhögskolan i Malmö vid Lunds universitet V2015/1066" inte får avslutas förrän rättelse gjorts så sätt att en ny utvärdering genomförs i vilken anbudet från Brekke & Strand Akustik AB inte ska beaktas.



## BAKGRUND

Lunds universitet genomför med ett öppet förfarande en upphandling avseende "Akustikertjänster – inför omlokaliseringen av Musikhögskolan i Malmö vid Lunds universitet V2015/1066". Enligt tilldelningsbeslut den 14 oktober 2015 har anbudet från Brekke & Strand Akustik AB (B&S) med akustikern Magne Skålevik antagits.

## YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

**Artifon AB** (Artifon) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att utvärderingen görs om utan att anbudet från B&S beaktas. Artifon anför bl.a. följande.

Anbudsgivare ska enligt förfrågningsunderlagets punkt 2.6 lämna två referensprojekt som ska uppfylla ställda krav. B&S har offererat akustikern Magne Skålevik och har angivit Konsthögskolan i Oslo (KHIO) som ett av två referensprojekt. Uppdraget har, såvitt får förstås, inneburit arbete med en tillbyggnad under 2013-2015 och arbete med en nybyggnation under år 1999-2003. Av förfrågningsunderlaget framgår att referensprojekt ska vara utförda under de senaste tio åren. Det är således endast tillbyggnaden som faller inom tioårskravet. Av kraven på vad referensprojekten ska ha inneburit framgår att de ska ha utförts inom rumsakustik design och formgivningsinsatser avseende konsertsalar avsedda för såväl akustiskt klingande som elförstärkt musik med vittgående akustiska krav inkl. rumsklang, klangfärg, medhörning från podiet, varierbar akustik m.m. Det framgår inte av B&S beskrivning av det aktuella referensprojektet att detta avsett en konsertsal. Begreppet "studios" ger närmare intrycket av att det är fråga om repetitionslokaler. Att det inte är fråga om någon operasal eller konsertsal har bekräftats av Ellen Christiansen från KHIO som i mail angett att den tillbyggnad

som gjordes 2013-2015 endast omfattade en dansstudio och två ”prøvesaler” (repetitionslokaler). Angivet referensprojekt uppfyller således inte i förfrågningsunderlaget ställda krav och anbudet skulle därför rätteligen ha förkastats och inte vidare prövats.

En anbudsgivare har enligt 11 kap. 12 § LOU möjlighet att åberopa annat företags kapacitet, exempelvis avseende teknisk kapacitet och yrkeskunskande. Magne Skålevik är anställd av B&S norska moderbolag Brekke & Strand Akustikk AS. För att B&S ska kunna offerera Magne Skålevik krävs således att Brekke & Strand Akustikk AS kapacitet åberopas i upphandlingen. B&S har dock inte till sitt anbud bifogat något intyg eller något annat bevis till styrkande av Brekke & Strand Akustikk AS kapacitet åberopas. I 11 kap. 12 § LOU görs ingen skillnad mellan att åberopa ett annat företag i samma koncern eller ett företag med vilket anbudsgivaren inte har någon koncerngemenskap. Det spelar således ingen roll att B&S är ett dotterbolag, att B&S och Brekke & Strand Akustikk AS har en gemensam hemsida eller att Magne Skåleviks CV är skrivet på brevpapper från B&S. När ett annat företags kapacitet åberopas måste ett intyg, som visar att anbudsgivaren förfogar över sådan kapacitet, ges in med anbudet. Lunds universitet har till sitt yttrande bifogat ett ”samarbetsavtal” mellan B&S och Brekke & Strand Akustikk AS. Det aktuella samarbetsavtalet innehåller mycket knapphändig information och avtalet är inte daterat. Samarbetsavtalet har vidare inte givits in med anbudet. Det är oklart om Lunds universitet begärt en komplettering av B&S eller av vilken annan anledning universitetet har tagit del av samarbetsavtalet. En komplettering av ett anbud får endast göras om det kan ske utan särbehandling (se 9 kap. 8 § LOU). Normalt sett innebär detta att en komplettering inte får innebära att anbudet tillförs något väsentligt nytt. En komplettering med nu aktuellt avtal skulle innebära att B&S anbud tillförs något väsentligt nytt och är därmed inte tillåten. Samarbetsavtalet är inte heller preciserat till uppdrag och tid och uppfyller därför inte heller kravet på ett sådant intyg som krävs enligt 11 kap. 12 §. Mot bakgrund av det

anförda uppfyller B&S således inte i förfrågningsunderlaget och LOU gällande krav och anbudet skulle därför ha förkastats även på denna grund.

Sammanfattningsvis konstateras att B&S anbud inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav och därför rätteligen skulle ha förkastats. Genom att så inte har skett har Artifon lidit eller riskerat att lida skada eftersom Artifon enligt tilldelningsbeslutet lämnat det ekonomiskt näst mest fördelaktiga anbudet, vilket innebär att Artifon skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen om anbudet från B&S hade förkastats.

**Lunds universitet** motsätter sig ett ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande. B&S har genom att svara ja på den obligatoriska frågan i förfrågningsunderlagets punkt 2.6 i sitt anbud angett att ska-kraven uppfylls. Enligt rättspraxis saknas skyldighet för en upphandlande myndighet att ifrågasätta riktigheten i lämnade uppgifter såvida inte omständigheterna föranleder annat. Lunds universitet har efter att Artifon väckt frågan kontaktat B&S via e-post med förfrågan huruvida deras referensuppdrag 2 lever upp till ska-kraven i förfrågningsunderlaget. B&S har svarat att Magne Skålevik arbetat tillsammans med KHIO under de senaste 10 åren och att operasalen på KHIO ensamt uppfyller de krav som Lunds universitet ställt på referensuppdrag. Lunds universitet har inte ansett sig haft anledning att därefter ytterligare ifrågasätta uppgifterna från B&S. Lunds universitet vill understryka att referensobjektet benämnt KHIO har utgjort ett referensuppdrag som i enlighet med förfrågningsunderlagets formulering har varit utfört under de senaste tio åren och utgjort ett projekt avseende konsertsalar. De i anbudet nämnda studiorna utgör ytor utformade för publika föreställningar, dvs. konsertsalar.

Oavsett om Magne Skålevik är anställd av Brekke & Strand Akustikk AS så har Lunds universitet betraktat det som självklart att B&S i egenskap av dotterbolag till Brekke & Strand Akustikk AS, med vilket B&S dessutom

har en gemensam hemsida med samtlig personal listad, skulle ha tillgång till Magne Skålevik. B&S har därmed inte åberopat någon extern kapacitet i syfte att upprätthålla kvalificeringskraven. Lunds universitet har inte haft skäl att ifrågasätta att B&S förfogat direkt över akustikern ifråga. Lunds universitet har t.o.m. uppfattat anbudet som att Magne Skålevik var anställd av B&S.

För det fall domstolen skulle anse att extern kapacitet åberopats menar Lunds universitet att följande fyra omständigheter talar för att B&S *på annat sätt* visat att leverantören faktiskt förfogar över nödvändiga resurser, både vid anbudsinlämnandet och när kontraktet fullgörs (jfr 11 kap. 12 § LOU). Dessa fyra omständigheter utgörs av att bolaget kunnat ge in aktuellt CV för akustikern, att detta CV var utskrivet på brevpapper från anbudsgivaren B&S, utskriften från hemsidan beträffande gemensam personal i de båda bolagen samt förekomsten av personalavtal utvisande möjligheten att begagna sig av all personal, oavsett i vilket av bolagen personalen är anställd. Enkom det faktum att B&S haft möjlighet att inge offererad akustikers CV och dessutom på anbudsgivarens brevpapper är ett fullgott sätt att visa förfoganderätt över nämnda personalresurs.

B&S har redovisat två godtagbara referensuppdrag som utförts av bolagets befintliga organisation. Lunds universitet har därmed inte haft fog för att utesluta B&S på grund av bristande kapacitet.

Det ska påpekas att Lunds universitet i sin bedömning av B&S anbud inför tilldelningsbeslut inte ansett att det förelegat någon situation som krävt en utvidgning av den upphandlande myndighetens undersökningsplikt eller på annan grund funnit skäl att ifrågasätta B&S anbud – hela anbudet såg formellt korrekt ut. Såsom målet utvecklats har viss undersökning ändå gjorts för att kunna bemöta Artifons påståenden och för att ytterligare kontrollera tjänsteleverantörens lämplighet i enlighet med de angivna kriterierna i för-

frågningsunderlaget. Denna kontroll har i synnerhet syftat till att garantera att den upphandlande myndigheten faktiskt kommer att kunna förfoga över nödvändig personalresurs som denne åberopat. Härutöver har bl.a. följande framkommit: ordet studios mer vidsträckt betydelse – att det faktiskt rör sig om ytor där publika föreställningar äger rum – samt att B&S och Brekke & Strand Akustikk AS innehar en gemensam hemsida som tydligt visar att samma personalresurser används i båda bolagen. Lunds universitet har nu även infordrat personalavtalet mellan B&S och Brekke & Strand Akustikk AS som ett bevis på tidigare beskriven förfoganderätt över akustikern. Det har inte förelegat några formella brister, varken i B&S anbud eller i den upphandlande myndighetens handläggning av upphandlingen.

**B&S**, som getts tillfälle att yttra sig, bestrider ansökan och anför bl.a. följande. B&S har sedan flera år anlåtats av Konsthögskolan i Oslo (KHIO) för utförande av akustiska tjänster. Med hänsyn till det långa samarbetet har B&S kommit att involveras i flera av de projekt som förekommit vid KHIO och dessa har pågått under omfattande tid och i någon mån flutit in i varandra. I anbudet till Lunds universitet har en grov uppdelning baserad på årsintervall gjorts av de uppdrag som utförts för KHIO:s räkning. Det referensuppdrag som B&S hänvisat till avseende tillbyggnaden av KHIO uppfyller dock ensamt förfrågningsunderlagets krav i omfrågat avseende. Det aktuella uppdraget omfattar ett antal olika delmoment av rumsakustisk karaktär och begreppet ”studio” har en mer vidsträckt betydelse än vad ordet i andra sammanhang möjligen har. Tre s.k. studios har inom ramen för tillbyggnadsprojektet uppförts av B&S, respektive studio är 160 kvm, 154 kvm och 110 kvm och det rör sig om ytor där publika föreställningar äger rum. Artifons påstående om att det skulle vara fråga om repetitionslokaler saknar därför grund.

Magne Skålevik är sedan 2005 anställd som akustiker vid Brekke & Strand Akustikk AS, som är moderbolag till B&S. Personalresurserna i bolagen är

gemensamma och av den anledningen presenteras de anställda på samma internetsida. Följaktligen är personal vid Brekke & Strand Akustikk AS stundtals verksam i Sverige och personal vid B&S stundtals verksam i Norge. B&S ägs för övrigt till fullo av Brekke & Strand Akustikk AS. Att betrakta Magne Skålevik som extern kompetens, vars användning kräver återopande av kapaciteten hos ett annat företag, vore med hänsyn till det nu anförda felaktigt. För övrigt ska tilläggas att det mellan Brekke & Strand Akustikk AS och B&S finns ett avtal utvisande möjligheten att begagna sig av all personal, oavsett i vilket av de två bolagen personalen är anställd. Några sådana avtal har dock inte efterfrågats av Lunds universitet inom ramen för upphandlingen.

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

##### *Tillämpliga bestämmelser*

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 11 kap 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt återropa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen ifråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Uppdraget i upphandlingen är att vara Musikhögskolans sakkunnige i arbetet med att projektera och upphandla en ny musikhögskola. Den kommande byggnaden ska bl.a. rymma en stor konsertsal, en mindre konsertsal, en Black box, undervisningsrum och övningsrum (se förfrågningsunderlaget punkt 1.2 och 5.5). Upphandlande myndighet har i punkt 2.6 i förfrågningsunderlaget ställt en rad krav avseende referensuppdrag.

Anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav får i regel inte antas eftersom ett annat förfarande normalt sett strider mot principerna om likabehandling och transparens och därmed föranleder skada, eller risk för skada, för anbudsgivare eller potentiella sådana. Ställda krav ska de facto uppfyllas. Även bristande kravuppfyllnad som framkommer först i domstol kan således ligga till grund för ett ingripande enligt LOU. En upphandlande myndighet som förlitar sig på anbudsgivares intygande om att visst krav är uppfyllt, utan att närmare kontrollera detta, tar således en viss risk.

Artifon gör bl.a. gällande att B&S referensuppdrag 2, Konsthögskolan i Oslo (KHIO), på vissa angivna grunder inte uppfyller ställda krav och att B&S därmed inte uppfyller kravet på referensuppdrag.

Under punkten 2.6. "Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt yrkeskunnande" anges bl.a. följande.

Akustikerns referensuppdrag

- Två (2) referensuppdrag **skall** lämnas med anbudet
- Den offererade akustikern **skall** ha genomfört båda referensuppdragen och då haft en likvärdig roll som i här efterfrågat uppdrag
- uppdragen **skall** vara utförda under de senaste tio åren och inkludera projektering



- Referensuppdragen **skall** beskriva projekt med byggnads- och rumsakustik (ljudstandard) för byggnad avsedd för musik
- Referensuppdragen **skall** vara projekt inom rumsakustisk design och formgivningsinsatser avseende konsertsalar avsedda för såväl akustiskt klingande som elförstärkt musik med vittgående akustiska krav inkl. rumsklang, klangfärg, medhörning på podiet, varierbar akustik, m m
- Referensuppdrag 1 och 2 **skall** beskrivas i en kortare presentation nedan
- Beskrivningen **skall** innehålla såväl referensperson hos beställare som referensperson hos brukare, med kontaktuppgifter för vart och ett av referensuppdragen.

Två referensuppdrag, som är utförda under de senaste tio åren och som uppfyller en rad preciserade krav, ska således enligt förfrågningsunderlaget bifogas anbudet. Det är upp till anbudsgivaren att precisera vilka referensuppdrag som åberopas.

B&S, som offererat akustikern Magne Skålevik, har som referensuppdrag i sitt anbud uppgett följande referensuppdrag och beskrivning av dessa.

#### Referensuppdrag 1

KILDEN (Teater och Konserthus)  
2005-2011 och 2013-2015

Roll: Uppdragsansvarig Akustik, Byggnadsakustisk projektering i Konsertsal, Opera- och Teatersal, Multisal, Övningssalar, Studios

#### Referensuppdrag 2

Konsthögskolan i Oslo (KHIO)  
2013-2015 Tillbyggnad: Nya studios för statens högskolor för Opera, balett och teater.  
1999-2003 Nybyggnation: Statens högskolor og scenhus för Opera, balett och teater.

Roll: Uppdragsansvarig Akustik. Byggnadsakustisk projektering och uppföljning i alla faser.

B&S referensuppdrag 1 Kilden (Teater och konserthus) är inte ifrågasatt i målet. Av B&S egna uppgifter i anbudet framgår emellertid att uppdraget för KHIO i samband med nybyggnation har gjorts under perioden 1999 -

2003. Att uppdrag i samband med nybyggnation utförts under denna tidsperiod framgår även av det besked som sökanden inhämtat från representant från KHIO om att operasalen på KHIO stod färdig år 2003. Det rör sig således inte i denna del om något uppdrag som utförts under de senaste tio åren. Uppdraget i samband med nybyggnationen kan därför inte utgöra något godkänt referensuppdrag enligt förfrågningsunderlaget. Frågan blir därmed om uppdrag för KHIO i samband med tillbyggnaden, som utförts under de senaste tio åren, ensamt uppfyller övriga krav på referensuppdrag.

Lunds universitet har såsom framgår ovan bl.a. ställt följande krav vad gäller referensuppdrag. *"Referensuppdragen skall vara projekt inom rumsakustisk design och formgivningsinsatser avseende konsertsalar avsedda för såväl akustiskt klingande som elförstärkt musik med vittgående akustiska krav inkl. rumsklang, klangfärg, medhörning på podiet, varierbar akustik, m m."*

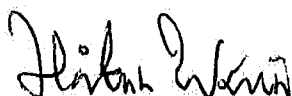
Av B&S beskrivning i anbudet av referensuppdraget framgår inte att det rör sig om sådana projekt avseende konsertsalar som efterfrågas. Såvitt framgår av handlingarna i målet har Lunds universitet inte heller kontaktat angiven referensperson hos KHIO för att få bekräftat att referensuppdraget motsvarar det beställda, trots att detta anges i förfrågningsunderlaget (jmf punkten 2.6). Enligt skriftlig uppgift som sökanden inhämtat från representant för KHIO har den tillbyggnad som gjorts endast avsett en dansstudio och två repetitionssalar, varav den ena för operabruk. Enligt B&S yttrande i förvaltningsrätten har det aktuella uppdraget omfattat ett antal olika delmoment av rumsakustisk karaktär och de tre s.k. studios som inom ramen för tillbyggnadsprojektet har uppförts av B&S är 160 kvm, 154 kvm och 110 kvm stora och avser ytor där publika föreställningar äger rum. Mot bakgrund av dessa uppgifter anser förvaltningsrätten att det aktuella referensuppdraget för KHIO, även om det rör ett uppdrag avseende publika ytor där föreställningar äger rum, inte kan anses avse konsertsalar avsedda för såväl akustiskt kling-

ande som elförstärkt musik med vittgående akustiska krav inkl. rumsklang, klangfärg, medhörning på podiet, varierbar akustik, m m. Referensuppdraget uppfyller därmed inte samtliga krav som ställs på efterfrågade referensuppdrag enligt punkt 2.6 i förfrågningsunderlaget. B&S har således inte uppfyllt kravet på två godkända referensuppdrag.

Genom att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget, och som därför borde ha förkastats, har Lunds universitet handlat i strid med LOU. Eftersom utvärderingen visar att Artifon har lämnat det näst lägsta utvärderingspriset, har Artifon lidit skada till följd härav, varför förutsättningar för ett ingripande enligt LOU föreligger redan på denna grund. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan ett sådant ingripande ske genom rättelse på så vis att en ny utvärdering görs utan att anbudet från B&S beaktas.

Med denna bedömning saknas anledning att även pröva frågan huruvida B&S kan anses förfoga över den aktuella personella resursen.

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



Håkan Wirén

Anna Aktermo har föredragit målet.



# 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.