



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Anna Aktermo

DOM
 2011-09-15
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 6875-11 E
 6937-11 E

KONKURRENSVERKET	
2011-09-16	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Nordplan Inredningar AB, 556207-1729
 Box 663
 601 15 Norrköping

Ombud: Advokaterna Pernilla Carlsson Rasiwala och Fredrik Elmér
 Nord & Co Advokatbyrå KB
 Box 1435
 111 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Skåne 6875-11 E
 291 89 Kristianstad

2. Riksarkivet 6937-11 E
 Box 12541
 102 29 Stockholm

Ombud för 1-2: Patrik Kastberg och Bengt Gulddager, Region Skåne

ÖVRIG BERÖRD

Constructor Sverige AB, 556275-3839
 Box 55043
 400 53 Göteborg

Ombud: Peter Larsson

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så vis att anbudsprövningen görs om, varvid upphandlande myndigheter kontrollerar/bedömer om anbuderna uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlagets kravspecifikation, punkterna 1.3, 2.2 och 2.3.

Dok.Id 74611

Postadress Box 4522 203 20 Malmö	Besöksadress Kalendegatan 6	Telefon 040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se	Telefax 040-97 24 90	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	---------------------------------------	--	--------------------------------	---

YRKANDEN M.M.

Region Skåne och Riksarkivet genomför en samordnad upphandling avseende anläggning i form av hyllsystem för kompaktförvaring som ska projekteras, tillverkas, vid behov mellanlagras, levereras, monteras och driftsättas i Region Skånes och Riksarkivets nya magasin, magasin 5, 6 och 7 (magasin 5 byggs åt Region Skåne och magasin 6 och 7 åt Riksarkivet). Upphandlingen handläggs av Region Skåne. Region Skåne har beslutat att tilldela Constructor Sverige AB (nedan Constructor) kontrakt avseende hyllsystem i magasin 5 och Riksarkivet har beslutet att tilldela Constructor kontrakt avseende hyllsystem i magasin 6 och 7 (gemensamt avtal). Nordplan Inredningar AB (nedan Nordplan) har ansökt om överprövning av Region Skånes och Riksarkivets upphandling av hyllsystem för kompaktförvaring hos förvaltningsrätten i Malmö respektive förvaltningsrätten i Stockholm. Av samordningsskäl har förvaltningsrätten i Stockholm beslutat att överlämna sitt mål till förvaltningsrätten i Malmö för gemensam handläggning.

Nordplan yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse av Region Skånes och Riksarkivets upphandling på så sätt att Constructors anbud utesluts och att utvärderingen görs om.

Region Skåne och Riksarkivet bestrider Nordplans ansökan om ingripande enligt LOU.

Parternas argumentation

Nordplan

Av förfrågningsunderlagets kravspecifikation, under punkten 1.3, framgår att tillåtna laster för golv på mark i magasin 5, 6 och 7 var 16 kN/kvm. I kompletterande förfrågningsunderlag 4 ändrades högst tillåtna laster till

17,2 kN/kvm. Av bl.a. kompletterande förfrågningsunderlag 3 framgår att den angivna lasten inte fick överskridas.

Av ritning bifogad Constructors anbud framgår, såvitt avser magasin 5 plan 2, bl.a. följande. Ett hyllkvarter är 60 kvm (6,8 m X 8,8 m). Vidare framgår att hyllkvarter omfattar 20 hyllsidor och varje hyllsida omfattar 147 hyllmeter. Sammantaget rymmer ett hyllkvarter 2 940 hyllmeter (20 hyllsidor x 147 hyllmeter). Av kompletterande förfrågningsunderlag 4 framgår att medelvikten i magasin 5 plan 2 uppgår till 40 kg/hyllmeter. Därutöver väger konstruktionen i sig 175 kg/kvm. Belastningen på bjälklaget per kvadratmeter kan därför beräknas enligt följande. $2940 \text{ hyllmeter} \times 40 \text{ kg}/60\text{kvm} = 1\,960 \text{ kg}/\text{kvm} = 20,9 \text{ kN}/\text{kvm}$ (1 kg=9,81 N). Av beräkningen framgår att Constructors anbud överskrider tillåtna laster med 3,7 kN/kvm eller 377 kg/kvm.

Av ritning bifogad Constructors anbud framgår, såvitt avser magasin 6, plan 2 bl.a. följande. Ett hyllkvarter är 56 kvm (6,2 X 9,0 m). Vidare framgår att ett hyllkvarter omfattar 18 hyllsidor och varje hyllsida omfattar 154 hyllmeter. Sammantaget rymmer ett hyllkvarter 2 772 hyllmeter (18 hyllsidor X 154 hyllmeter). Av kompletterande förfrågningsunderlag 4 framgår att medelvikten i magasin 6, plan 2, uppgår till 50 kg/hyllmeter. Därutöver väger konstruktionen i sig 175 kg/kvm. Belastningen på bjälklaget per kvadratmeter kan därför beräknas enligt följande. $2\,772 \text{ hyllmeter} \times 50 \text{ kg}/56\text{kvm} = 2475 \text{ kg}/\text{kvm} = 2650\text{kg}/\text{kvm} = 26,0 \text{ kN}/\text{kvm}$ (1 kg= 9,81 N). Av beräkningen framgår att Constructors anbud överskrider tillåtna laster med 8,8 kN/kvm eller 897kg/kvm.

Det säger sig självt att ett sådant överskridande av lasterna medför stora risker när bjälklagen endast är dimensionerade för 17,2 kN/kvm. Risken är t.ex. stor för att hela golvplattan går sönder eller sjunker. Skulle golvplattan gå sönder eller sjunka så kommer det att påverka hela funktionen för

arkivinredningen. Toleranserna för rälsen på vilka arkivhyllorna rullar (körs) har en tolerans på ca 1-2 mm/m. Om detta överskrids (kan hända om golvet sjunker) så kan arkivhyllorna börja rulla av sig själva, eller i värsta fall fastna och inte gå att förflytta. Åtgärdskostnaderna för sådana skador kan komma att uppgå till betydande belopp. Därutöver uppstår problem med hur dokumenten i arkivet ska förvaras under denna tid då arkivet måste åtgärdas.

Nordplan vill understryka att kravet på den maximala belastningen bör ha varit ett av de främsta kraven att förhålla sina anbud till och därför även för Region Skåne och Riksarkivet ett av de viktigaste att kontrollera.

Av förfrågningsunderlaget (kravspecifikation, punkt 2.2, 2.3) framgår att avståndet mellan hyllornas takplan och innertak, installation eller dylikt för ska vara 0,5 meter respektive 0,4 meter. Av Constructors anbud framgår att detta avstånd är mellan 0,30 och 0,35 meter respektive 0,20 meter. Anbudet uppfyller således inte föreskrivna krav på avstånd.

Att Region Skåne och Riksarkivet antagit Constructors anbud trots dessa brister visar att de antingen bortsett från avvikelserna från kravspecifikationen eller har undvikit att kontrollera uppgifterna i Constructors anbud och jämföra dem mot de obligatoriska kraven som uppställts i kravspecifikationen. Oavsett vilket är agerandet oförenligt med de grundläggande principerna i LOU.

För det fall förvaltningsrätten anser att Constructor uppfyller de obligatoriska kraven som ställs i upphandlingen, gör Nordplan gällande att det inte var förutsebart för anbudsgivarna att de krav som uppställdes i kravspecifikationen inte var nödvändiga att uppfylla i de anbud som ingavs i upphandlingen. För Nordplan har kraven framstått som obligatoriska eftersom det stipuleras vissa förutsättningar, bl.a. maximal golvbelastning, som den of-

fererade golvlösningen måste uppfylla. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att förutsättningar och krav som anges i kravspecifikationen inte skulle kontrolleras. Nordplans uppfattning att kraven var obligatoriska förstärks av de kompletterande frågor och svar som inkommit och lämnats i upphandlingen. I dessa anges bl.a. att stipulerade laster inte får överskridas. Det var sålunda ett obligatoriskt krav som anbudsgivarna skulle uppfylla. Det var i vart fall inte förutsebart att upphandlande myndigheter skulle bortse från detta krav vid bedömningen av anbud. Detta gäller oavsett om den föreslagna lösningen skulle utvärderas eller inte. Om förutsättningarna i kravspecifikationen inte behövde följas av anbudsgivarna borde det ha påtalats för anbudsgivarna i samband med den mängd frågor som ställdes rörande maximala golvbelastningen. Som svaren har utformats har upphandlande myndigheter inte alls klargjort detta utan tvärtom givit anbudsgivarna intrycket att förutsättningarna var högst betydelsefulla och viktiga att uppfylla i anbud. Om inte maxbelastningen i kravspecifikationen behövde följas av anbudsgivarna skulle de offererade prisuppgifterna per hyllmeter inte betyda något för de upphandlande myndigheterna. Uppgiften om pris ska ju nämligen, för att vara värdefull för de upphandlande myndigheterna och garantera likabehandling av anbudsgivarna, baseras på det beräknade antalet hyllmeter som går att få in i lokalen med anbudsgivarens offererade lösning, samt bl.a. med angiven maximal belastning på golvet.

Hade Nordplan förstått att Region Skåne och Riksarkivet inte avsåg följa kraven i kravspecifikationen eller jämföra anbudet med kravspecifikationen hade bolaget kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt. Skulle Nordplan ha förstått att det inte var nödvändigt att följa den angivna maximala belastningen på golvet kunde Nordplan ha räknat på många fler hyllmeter i sitt anbud och således ha offererat ett mycket lägre pris per hyllmeter. Ett sådant anbud skulle förstås ha varit mer konkurrenskraftigt. Det är dock inte rimligt att de upphandlande myndigheterna accepterar

sådana bristande anbud eftersom det innebär att de vid ett sådant bortseende från fakta inte kan veta vilket anbud som faktiskt är det mest fördelaktiga i upphandlingen.

Det är uppenbart att Nordplan, vars anbud utgör de enda kvarvarande i upphandlingen samt är det ekonomiskt näst mest fördelaktiga, riskerar att lida skada av Region Skånes och Riksarkivets agerande och antagande av Constructors anbud. Skulle Constructors anbud ha hanterats korrekt hade Nordplan tilldelats kontrakten.

Region Skåne och Riksarkivet

Av kapitel E1 i upphandlingsföreskrifterna framgår att utvärderingen av pris ska ske mot bakgrund av de priser som angetts i anbudsformuläret och att det vid utvärderingen inte tas hänsyn till vilken föreslagen lösning som angetts i respektive anbudsgivares anbud.

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att föreslagen lösnings kapacitet endast lämnas för Myndigheternas information och att varken föreslagen lösnings kapacitet eller den föreslagna lösningen i övrigt (t.ex. planritningar/skisser) kommer att beaktas vid utvärderingen av pris. Föreslagen lösning kommer dock att beaktas vid utvärderingen av föreslagen lösning, se kapitel E2 i upphandlingsföreskrifterna. Mot bakgrund av det utfall upphandlingen fått har utvärdering av föreslagen lösning inte skett då en sådan utvärdering inte kunnat påverka resultatet av upphandlingen.

Nordplan synes göra gällande att de förutsättningar som anges i kravspecifikationen punkt 1.3, inklusive förtydliganden i KFU 3-5, respektive punkt 2.2. är skall-krav som anbudsgivarna måste uppfylla för att kunna antas som leverantörer. Detta är inte korrekt. De aktuella förutsättningar som anges i kravspecifikationen är kontraktuella villkor som antagen anbudsgivare förbinder sig att följa genom att ingå det kontrakt som utgör en del av

förfrågningsunderlaget och är inte skall-krav som måste vara uppfyllda för att anbudsgivarna ska kunna antas som leverantörer.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarna varken är skyldiga att leverera viss mängd hyllor eller att Myndigheterna är skyldiga att köpa viss mängd hyllor. Inte heller är den föreslagna lösning som respektive anbudsgivare angett bindande för varken anbudsgivaren eller Myndigheterna. Avrop av hyllsystem m.m. kommer istället att ske i samband med avtalstecknande i vilket det antal hyllmeter som Myndigheterna avser köpa anges i kontraktet, se punkt 5.1 och 3.13 i kontraktet. Antagen anbudsgivare kommer i samband härmed att genomföra projektering och planering av hyllsystem m.m. för att säkerställa att hyllsystemets placering medger att de förutsättningar som anges i kravspecifikationen uppfylls. Innan Myndigheterna bestämt hur många hyllmeter som ska levereras och hur dessa ska fördelas i respektive magasin kan inga anbudsgivare med säkerhet veta att de, t.ex., uppfyller den förutsättning som anges i kravspecifikationen punkt 1.3. En leverantörs möjlighet att uppfylla förutsättningen är således beroende av den faktiska beställning som görs av Myndigheterna i samband med avtalstecknandet. Samma sak gäller den förutsättning som anges i punkt 2.2. Innan Myndigheterna angett hur många hyllmeter som ska placeras i respektive magasin kan det inte heller beräknas om förutsättningen är uppfyllt. Aktuella förutsättningar kan jämföras med andra vanligt förekommande kontraktuella villkor om t.ex. viss leveranstid. Innan beställning och leverans faktiskt skett kan ingen med säkerhet veta om kravet uppfylls samtidigt som antagen leverantör naturligtvis måste acceptera kravet som sådant. Kravet om leveranstid är således, i likhet med aktuella förutsättningar, beroende av framtida omständigheter som varken anbudsgivarna eller upphandlande myndighet kan ha kännedom om. Vad som anges i punkt 1.3, med förtydligande, och i punkt 2.2 i kravspecifikationen är således de premisser och förutsättningar som kommer att gälla då anta-

gen anbudsgivare levererar hyllsystem m.m. och utgör således villkor för hur kontraktet kan och får fullföljas.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att de aktuella förutsättningarna är villkor för hur kontraktet får genomföras och att förutsättningarna inte är skall-krav. Mot bakgrund av att de nu aktuella förutsättningarna inte utgör skall-krav kan en eventuell icke-uppfyllning av desamma inte medföra uteslutning.

Även för det fall det skulle konstateras att de aktuella förutsättningarna som anges i kravspecifikationen utgör skall-krav saknas skäl att utesluta Constructor. Bolaget har angett att samtliga krav i förfrågningsunderlaget accepteras. Skäl att misstro denna uppgift saknas. Av förfrågningsunderlaget framgår att de förutsättningar och krav som angetts i kravspecifikationen inte kommer att kontrolleras på särskilt sätt. Någon skyldighet att genomföra ytterligare kontroller för att säkerställa att anbudsgivarna uppfyller de angivna förutsättningarna och kraven finns inte. Mot bakgrund av vad Constructor angett i sitt anbud kan konstateras att Constructor uppfyller de aktuella förutsättningarna i kravspecifikationen.

Constructor har beretts tillfälle att yttra sig i målen och anfört bl.a. följande. Constructor har förstått och bekräftat att de uppfyller de krav som kommer att gälla för leveransen. Constructor noterar att Nordplans bevisning i den del som gäller tillåtna laster bygger på en felaktig tolkning av kravet. Regionen har i KFU-5 punkt 2 lämnat svar på fråga och tydligt angivit att linjebelastningen kan beräknas som en ekvivalent av den jämnt utbredda lasten som tidigare varit begränsningen. Detta innebär, enkelt uttryckt, att med rätt placering i räls i anläggningen så kan man nyttja den yta vilken fungerar som gångar samt öppna ytor och på så vis tillgodoräkna sig denna i lastfördelningen. I Nordplans uppställning inräknas endast den yta över vilken anläggningen täcker.

Vad gäller avstånd mellan tak och topplan så har Constructor inlämnat en ritningsillustration där mått inte framgår. Detta för att visa principen för lösningen som sådan. Att utifrån den dra några slutsatser kring hur färdig lösning kommer att se ut är inte korrekt då det skulle innebära att man måste göra en detaljerad projektering då det från hylla till hylla kan komma att skilja sig i utförande beroende på till exempel ventilationsrörens dragning. Att detta skulle redovisas i anbudet har Constructor inte uppfattat varit avsikten i förfrågan.

DOMSKÄL

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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ 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 har gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Region Skåne och Riksarkivet upphandlar anläggning i form av hyllsystem för kompaktförvaring i magasin 5, 6 och 7. Anbudsgivarna kan välja olika lösningar vad gäller utformningen av anläggning/hyllsystem som offereras.

Dock anges i förfrågningsunderlaget med vilka format och inom vilken ungefärlig yta magasinen ska inredas. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering sker enligt principen om mest ekonomiskt fördelaktiga anbud och att utvärderingskriterierna är pris och föreslagen lösning. Av förfrågningsunderlagets kravspecifikation framgår vilka förutsättningar och krav som gäller för hyllsystem som ska upphandlas. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan detta inte uppfattas som annat än obligatoriska krav, alltså sådana som måste uppfyllas för att ett anbud ska kunna antas. En motsatt ståndpunkt kan annars få till följd att det inte med framgång skulle gå att bedöma "Föreslagen lösning". Den ställer i sig krav på en lösning som bl.a. är väl utformad för beställarens verksamhet och med snabb och säker åtkomst till arkiverat material. Det ankommer på upphandlande myndighet, och ligger i dess intresse, att se till att de obligatoriska kraven upprätthålls. Om det av ett anbud kan utläsas att det som offereras i anbudet inte uppfyller något eller några av de obligatoriska krav som ställs på det som upphandlas får anbudet följaktligen inte antas.

Nordplan gör gällande att vinnande anbudsgivare Constructor offererar hyllsystem som överstiger maxbelastning som anges i förfrågningsunderlagets kravspecifikation punkt 1.3, med förtydligande, såvitt avser magasin 5 och 6 samt att anbudet inte uppfyller kravet på avstånd mellan hyllornas takplan och innertak som anges i punkt 2.2 och 2.3. Av upphandlande myndigheters yttranden i målen framgår att myndigheterna inte anser att kravspecifikationen utgör sådana obligatoriska krav som kan medföra uteslutning av anbud och att upphandlande myndigheter inte har kontrollerat anbuden i detta hänseende närmare. Även om det skulle anses vara obligatoriska krav så godtar upphandlande myndigheter Constructors uppgift om att samtliga krav accepteras.

Förvaltningsrätten bedömer såsom framgått ovan, att det rör sig om sådana obligatoriska krav och anser att upphandlande myndigheter vid sin bedöm-

ning av om kraven är uppfyllda inte kan nöja sig med att konstatera att en anbudsgivare i sitt anbud uppgett att samtliga krav i förfrågningsunderlaget accepteras, i vart fall inte om det finns andra uppgifter i anbudet enligt vilka kan bedömas om visst krav är uppfyllt eller inte. Upphandlande myndighet har inte har prövat om anbuden uppfyller kraven enligt punkterna 1.3, 2.2 och 2.3. Bristen kan därför enligt förvaltningsrätten ha drabbat Nordplan som kan ha lidit eller komma att lida skada. Grund för rättelse föreligger därför.

Förvaltningsrätten anser att rättelse av Region Skånes och Riksarkivets gemensamma upphandling ska ske genom att anbudsprövningen görs om varvid upphandlande myndigheter kontrollerar/bedömer om anbuderna uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlagets kravspecifikation, punkterna 1.3, 2.2 och 2.3.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b LOU)


Madeleine Westberg



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, anledning förekommer till ändring i det slut vartill 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU