



**SÖKANDE**

Francks Kylinindustri i Stockholm AB, 556461-5705

Ombud: Advokat Sebastian Katsinas  
Advokatfirman Glimstedt Östergötland KB  
Box 1234  
600 42 Norrköping

KONKURRENSVERKET	
2019-10-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**MOTPART**

Uppsala kommun, Sport- och rekreationsfastigheter AB, 556911-0744

Ombud: Advokat Hugo Norlén och biträdande jurist Peter Wahlbäck  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 1203  
751 42 Uppsala

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Sport- och rekreationsfastigheter AB (Sportfastigheter) genomför upphandling av kylanläggning för bandyarena, "Studenternas – ombyggnad bandyarena. Projekt nr: 172022. Objekt 133. Delentreprenad, TE 5 – Kylcentral". I tilldelningsbeslut den 16 januari 2019 har annan anbudsgivare än Francks Kylindustri i Stockholm AB (bolaget) antagits.

**Bolaget** yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen rättas på så sätt att anbuden från Industri & Laboratoriekyl AB (Industrikyl) respektive Huurre Sweden AB (Huurre) inte ska beaktas vid en ny utvärdering.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

*Referensobjekt och referenser - Sammanblandning av kvalificeringskrav och tilldelningskriterier*

I upphandlingsunderlaget, punkt AFB.52, framgår att anbudsgivare ska ha genomfört minst två jämförbara projekt samt att offererade arbetsledare ska ha genomfört minst två liknande entreprenader kravställs att anbudsgivarna ska ange referensobjekt för jämförbara projekt/liknande entreprenader. Vidare anges att beställaren kommer att ta kontakt med referenserna under utvärderingen. Det saknas information om såväl vilka frågor referenserna fått likväl om hur svaren dokumenterats och bedömts. Det är oklart om referensobjekten har bedömts såsom kvalificeringskrav eller inom ramen för utvärderingen av anbudet. Uppställningen av kraven talar för att det är fråga om kvalificeringskrav. Oklarheten beträffande om uppställda krav är att hänföra till kvalificerings- eller utvärderingsfasen, samt att det är omöjligt att bedöma om och på vilket sätt bristerna påverkat det konkurrensuppsökande skedet och/eller kvalificeringen/utvärderingen, innebär att det redan här föreligger sådan brist i upphandlingen att den ska göras om.

Vid bedömningen av referenserna enligt AFB.52 hänvisas vidare till begreppen "kvalitet, tidshållning och samarbetsförmåga". Dessa begrepp är oklara och subjektiva och strider därmed mot LOU.

I upphandlingsunderlaget preciseras inte heller vad som avses med "jämförbara projekt" eller "liknande entreprenader" utom att Sportfastigheter anger att med liknande entreprenader avses byggnation av kylcentraler för försörjning av ispister med liknande tekniska krav och storlek. Det finns inte angivet några objektiva grunder eller parametrar som ska utvärderas ifråga om jämförbarhet och likvärdighet. Sportfastigheter borde ha angett i vart fall ett antal olika bedömningsgrunder i fråga om jämförbarhet och likvärdighet, t.ex. att det ska vara fråga om kylanläggning till bandyplan, kylanläggningens kapacitet t.ex. effekt, areal isyta, driftkrav avseende årstid och temperatur etc.

#### *Ljudnivåkrav*

I upphandlingsunderlagets "Rambeskrivning Kylcentral" uppställs krav på ljudnivåer. Vad avser ljudnivå i "övriga utrymmen" hänvisas till *Rambeskrivning Bygg* samt *Rambeskrivning VVS*. Ingen av dessa handlingar är uppräknade i förteckningen över handlingar som utgör underlag gällande den aktuella upphandlingen. I "Rambeskrivning Kylcentral" anges vidare att ljudnivåkravet utomhus ska vara "Enligt BBR" (Boverkets byggregler). I BBR återfinns föreskrifter och allmänna råd om diverse olika byggnormer etc., bland annat om ljudkrav. BBR innehåller dock inte enbart ett ljudkrav som gäller för alla situationer och byggnader utan ett flertal olika krav utifrån omgivande bebyggelse och dess användning. Det är inte möjligt att utifrån det av Sportfastigheter formulerade kravet såsom en hänvisning i dess helhet till BBR sluta sig till vilket ljudkrav som ska uppnås. Även denna otydlighet strider mot kravet på att ett förfrågningsunderlag ska vara klart och tydligt formulerat.

Sportfastigheter har nu anfört att ljudnivåkraven "utomhus" samt "i övriga

utrymmen” inte skulle vara tillämpliga på upphandlingen gällande kylcentral. Det finns dock inget som stödjer denna tolkning. Det är inte heller orimligt att en upphandlande myndighet skulle uppställa krav på högsta ljudnivå utomhus eller i övriga utrymmen vid uppförande av en kylcentral. Eftersom kylanläggningen och de därtill hörande installationerna utgör del av ny byggnad skulle det heller inte vara anmärkningsvärt att föreskriva att ljudkrav enligt BBR ska gälla för kylcentralen. Även för det fall kylanläggningen inte skulle avses utgöra del av byggnaden är det möjligt att föreskriva och hänvisa till ett regelverk som BBR vad gäller uppfyllandet av vissa angivna krav. Eftersom ljudkrav i allra högsta grad påverkar såväl utförande som pris för en kylcentral har frågan om tillämpliga ljudkrav stor betydelse för vilket utförande och därmed vilket pris som lämnas i upphandlingen.

Av ”Rambeskrivning Kylcentral” framgår att gaskylare ska placeras utomhus på tak för kylning av CO<sub>2</sub>. Dimensioneringen och kapaciteten av gaskylarnas effekt påverkar vilka ljud som uppstår samt nivån på ljuden, vilket bland annat innebär att en gaskylare som relativt sett kan anses vara tystgående kräver såväl stora växlarytor som tysta fläktar, vilket i sin tur är kostsamt och därmed ger en direkt påverkan på anbudet. Det är inte rimligt att göra gällande att krav på viss ljudnivå utomhus inte omfattas av upphandlingen samtidigt som det är föreskrivet att gaskylare ska placeras utomhus. Konsekvensen av Sportfastigheters uppfattning skulle vara att gaskylare ska placeras utomhus utan någon som helst hänsyn till eller uppfyllande av kraven i BBR. Enligt BBR så ska bland annat ljudklassning, zoner m.m. identifieras och vilka krav som uppställs i det enskilda fallet styrs bland annat av närområdets användning (t.ex. rekreationsområde, bostadsområde, skolverksamhet, vårdverksamhet etc). Bristfällighet och otydlighet beträffande ljudnivåkraven påverkar direkt den tekniska lösning, det utförande och det pris som en leverantör väljer att lämna anbud på. Bolaget hade kunnat offerera en billigare kylanläggning

om det hade varit så att det inte funnits något som helst krav på maximal ljudnivå annat än i själva kylmaskinsutrymmet. Bolaget har utgått ifrån och offererat en kylcentral inkluderandes sådana gaskylare som enligt bolagets uppfattning skulle gett upphov till lägsta möjliga ljudnivåer. Om Sportfastigheter tydligt angett att det inte uppställdes några som helst ljudkrav på/från kylanläggningen hade bolaget kunnat offerera en betydligt bullrigare men också billigare anläggning.

Redan den omständigheten att förfrågningsunderlaget varit utformat på ett otydligt och icke-transparent sätt, bland annat gällande vilka ljudnivåkrav som uppställts, innebär att det inte kan uteslutas att bolaget hade kunnat offerera ett ekonomiskt fördelaktigare anbud om bristerna inte förelegat.

#### *Krav på energieffektivitet*

I "Rambeskrivning Kylcentral" anges vidare att en energieffektiv anläggning ska byggas. Vare sig i rambeskrivningen eller i övriga delar av upphandlingsunderlaget konkretiseras och preciseras den allmänt hållna beskrivningen. Sportfastigheter har, efter fråga om vad som avses med energieffektiv anläggning, svarat att rimlig förångningstemperatur anses vara -15 C för att uppnå en energieffektiv anläggning. Av detta svar framgår inte om den rimliga förångningstemperaturen om -15 C är ett krav eller inte. Inte heller framgår om förångningstemperaturen är den enda parameter som tillmäts betydelse. Det är alltså oklart vilka krav som uppställs samt om det enda uppställda konkreta kravet i denna del är ett ska-krav eller inte. Det är vidare oklart hur Sportfastigheter bedömt leverantörernas anbud, eftersom Sportfastigheter inte begärt in några anbudshandlingar på det tekniska utförandet och den tekniska prestandan på den anläggning som leverantörerna offererat.

*Industrikyls och Huurres referensobjekt*

Bolaget är väl medvetet om att det inte uppställts något krav på att referensuppdragen enbart får avse kylanläggningar som försörjer utomhusplaner eller att uppdragen måste avse bandyplaner. Dock avser både Industrikyls och Huurres referensobjekt inomhusbanor avseende ishockeybanor. Ishockeyrinkar är betydligt mindre än bandybanor. Att dessa anbudsgivares referensobjekt avser isplaner inomhus som är betydligt mindre än den upphandlade anläggningen till en bandyplan innebär att anbuden inte uppfyller uppställt krav på jämförbara/likvärdiga referensobjekt. Därtill är kontraktssumman avseende några av dessa anbudsgivares referensobjekt ca hälften av kontraktssumman i förevarande upphandling, varför det ifrågasätts att referensobjekten till sin omfattning kan anses vara jämförbar med anläggningen i upphandling.

*Ansvar för oklarheter*

Bolaget har under anbudstiden ställt 25 frågor till Sportfastigheter. Bolaget har varit engagerat och angeläget om att försöka reda ut oklarheter i syfte att kunna inkomma med ett korrekt konkurrenskraftigt anbud som uppfyllde alla krav. Det kan dock inte åläggas en enskild leverantör ansvar för att kvalitetsgranska och säkerställa ett förfrågningsunderlag i dess helhet. Gällande rätt innebär inte heller att en leverantör har en skyldighet att uppmärksamma den upphandlande myndigheten på samtliga eventuella fel och oklarheter under upphandlingen vid äventyr av att annars inte ha möjlighet att påtala fel och oklarheter under en överprövningsprocess.

Oförutsebarheten i upphandlingsunderlaget och kvalificeringen/utvärderingen har medfört att bolaget inte kunnat avge ett anbud med tillräcklig och erforderlig insikt i hur underlaget skulle tillämpas och hur kvalificeringen/utvärderingen skulle ske. Brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget av det slag det är fråga om i denna upphandling innebär att

förfrågningsunderlaget brister i transparens och förutsebarhet, vilket i sig innebär att skaderekvisitet är uppfyllt (jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6642-13). Det är tillräckligt att det inte är osannolikt att bolagets anbud kunnat utformas på annat sätt om det inte funnits brister i förfrågningsunderlaget för att ingripande i upphandlingen ska ske, vilket är fallet i detta mål (jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 622-04).

**Sportfastigheter** bestrider bifall till bolagets ansökan och anför bland annat följande.

Projektet som upphandlingen avser genomförs som delad entreprenad, där övriga delar i projektet Studenternas bandyarena upphandlas separat, bland annat själva ispisterna (inklusive rörsystemet under isbanan för försörjning av kylan).

*Kvalificeringskrav och tilldelningskriterier*

Utifrån upphandlingsdokumentens utformning och med beaktande av vilket slag av uppgifter som efterfrågats måste det stått klart för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör att krav på referensentreprenader i AFB.52 avser att fastställa anbudsgivares förmåga och lämplighet att utföra entreprenaden. Kravet utgör således ett kvalificeringskrav oavsett om det av misstag på ett ställe har angetts att referenserna kommer att kontaktas under "utvärderingen". Syftet med referenstagningen är enbart att säkerställa att anbudsgivarna har den erfarenhet som krävs för att utföra uppdraget, d.v.s. ett kvalificeringskrav. I upphandlingsunderlaget anges att referenserna ska intyga att uppdragen har genomförts med för beställaren godkänt resultat. Referenspersonerna har fått frågor om huruvida de anser att anbudsgivaren i det projekt som angivits fått godkänt resultat avseende *kvalitet, tidshållning* och *samarbetsförmåga*. Dessa bedömningskriterier har varit kända på förhand, och an-

budsgivarna har därför haft möjlighet att lämna referenser på samma villkor. Sportfastigheter vill framhålla att man inte har givit poäng eller på annat sätt utvärderat referenserna. Det är därför oklart vad den påstådda sammanblandningen eller den påstådda skadan som bolagets lidit med anledning därav skulle bestå av. I upphandlingsunderlaget har det vidare inte bedömts nödvändigt med någon uttrycklig definition avseende "jämförbara projekt" eller att konkretisera vad som utgör entreprenader med "liknande tekniska krav och storlek". Bedömningen om kravet på "jämförbara projekt" och "liknande entreprenader" är uppfyllt har gjorts i förhållande till det nu aktuella projektet i dess helhet och vad som angetts i upphandlingsdokumenten. Vad bolagets påstådda skada vad gäller kvalificeringskrav och referenstagnung skulle bestå av har inte på ett tydligt sätt konkretiserats (jfr HFD 2013 ref. 53). Eftersom bolaget inte heller har agerat för att klarlägga en påstådd oklarhet som framförts först under överprövningsprocessen, har bolaget inte visat att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada (jfr EU-domstolens avgörande, C-538/13, e *Viglio*).

#### *Ljudnivåkrav*

Även om "*Rambeskrivning Kylcentral*" hänvisar till "*Rambeskrivning Bygg*" och "*Rambeskrivning VVS*" utgör dessa inte del av upphandlingsdokumentationen. "*Rambeskrivning Bygg*" och "*Rambeskrivning VVS*" hänför sig till en annan entreprenad och kraven som anges däri är således inte relevanta för den nu aktuella upphandlingen. Totalt ställdes 25 frågor från bolagets sida under anbudstiden. Detta talar starkt emot att bolagets faktiskt utgått från att "*Rambeskrivning bygg*" och "*Rambeskrivning VVS*" varit relevanta för att kunna lämna anbud. Eftersom bolaget inte har agerat för att klarlägga en påstådd brist som framförts först under överprövningsprocessen, har man inte visat att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada (jfr EU-domstolens avgörande, C-538/13, e *Viglio*). I vart fall har bolaget inte visat på vilket sätt den påstådda bristen har påverkat möjligheterna att lämna anbud och bolaget kan därför inte anses ha lidit eller



riskerat att lida någon konkret skada (jfr HFD 2013 ref. 53).

*Ljudnivåkravet i Upphandlingen är förenligt med LOU*

Det enda relevanta ljudnivåkrav som ställs på den efterfrågade kylanläggningen är kravet på max 85 dB(A) 1 m från kylaggregatet i kylmaskinutrymmet. Vad gäller gaskylarna så har inget specifikt ljudnivåkrav ställts. Således har det inte funnits något uttalat ljudnivåkrav för anbudsgivarna att förhålla sig till i denna del. Anledningen till att BBR och övriga rambeskrivningar trots allt omnämns i upphandlingsdokumentationen är enbart ett redaktionellt misstag och inget som kan ha påverkat anbudsgivarnas möjligheter att lämna anbud. Det framgår därvid tydligt av upphandlingsdokumentationen att entreprenaden i upphandlingen är en delentreprenad som avser installation av kylanläggning, som i sin tur ska inrymmas inomhus och uppe på ett tak på en teknikbyggnad som uppförts genom en separat entreprenad. Det måste därför ha stått klart för varje rimligt omsorgsfull anbudsgivare att hänvisningen till ett ljudnivåkrav "utomhus" som skulle följa av BBR inte kan vara tillämpligt eller relevant i upphandlingen. Mot bakgrund av vad bolaget anfört tycks bolaget inte heller ha tillmätt den redaktionella missen någon betydelse, eftersom bolaget inte förhållit sig till ljudnivåkraven "i övriga utrymmen" och "utomhus". Det ligger i sakens natur att en anbudsgivare offererar en anläggning som precis klarar kraven i en upphandling för att kunna offerera ett så lågt pris som möjligt. Det finns inget att vinna på att offerera en anläggning som har långt bättre ljudprestanda än vad som är nödvändigt för att uppfylla kraven i upphandlingen. Bolaget har i vart fall inte visat på vilket sätt någon av de påstådda otydligheterna skulle ha påverkat bolagets möjligheter att lämna anbud eller på vilket sätt anbudet hade utformats annorlunda. Bolagets kan därför inte heller på denna grund anses ha lidit eller riskerat att lida någon konkret skada (jfr HFD 2013 ref. 53).

*Kravet på en energieffektiv anläggning*

I "Rambeskrivning Kyla" framgår följande krav.

Kylanläggningen skall konstrueras för att ge de bästa förutsättningarna för bra Bandyis. Med detta som grundförutsättning skall en energieffektiv anläggning byggas. Detta innebär att anläggningen i varje driftsläge inte skall använda mer energi än nödvändigt. Detta skall uppnås genom en effektiv systemlösning där varvtalsreglering av pumpar, fläktar och kompressorer utnyttjas för att skapa energieffektiv drift. Anläggningen skall vidare konstrueras så att vinterns låga utetemperatur utnyttjas för energieffektiv drift.

Energiåtervinningen från kylanläggningen skall vara hela fotbolls anläggningens första energikälla (sedan fjärrvärme som reserv och spets värme). Energi skall återvinnas vid så låg temperatur som möjligt för att därmed ge energi effektiv drift. Det skall läggas stor vikt vid att inte någon enskild mindre värmebrukare höjer arbetstemperaturen för hela anläggningen.

Datoriserad styr- och övervakningsanläggning för kylanläggning installeras. Apparatskåp för drift placeras i maskinutrymmet samt med utrustning för drift- och övervakning av Bandypister. Möjlighet till uppkoppling via Modbus till SÖ. Modbus gränssnitt ingår i denna entreprenad.

Utrustning för separat elenergimätning av kylanläggning installeras i AS. Möjlighet till uppkoppling via M-bus till SÖ. M-bus 2 gränssnitt ingår i denna entreprenad.

Kylsystem

*Allmänt*

Kylanläggningen skall ha minst två kompressoraggregat med flera kompressorer för att få tillfredställande driftsäkerhet. Kylkretsens kompressorer skall minst en kompressor i varje aggregat vara varvtalsreglerade. Anläggningen skall vidare vara konstruerad så att enbart den energi som skall återvinnas skall lyftas till en hög temperatur. Övrigt energiöverskott skall kunna kylas till uteluften vid en optimalt låg temperatur. För att uppnå detta skall kylkretsen vara utrustad med elektroniska expansionsventiler. Anläggningen skall vara utrustad med varvtalsreglerade pumpar och konstruerad för ett varierande flöde över kylmaskinerna. Vid del lastdrift skall alla värmeväxlarytor utnyttjas för att ge energieffektiv drift.

Kylanläggningen skall vara utrustad med ett styrsystem som kan styra kylaggregat, istemperaturreglering med tillhörande pumpar och fläktar. Anläggningens driftsvärde skall presenteras övervakas och loggas i PC. All programvara skall ingå i åtagandet.

Kylaggregaten skall producera klimatkyla för kontorshuset vid fotbollsanläggningen. Effektbehov max sommartid 1150 kW 10 till 15°C.

KB11 förses med Expansionskärl med pump och kärl med utbytbar butylbälg samt integrerad avluftning/avgasning.

KB12 förses med Expansionskärl med pump och kärl med utbytbar butylbälg samt integrerad avluftning/avgasning samt blandningskärl.

KB13 förses med Expansionskärl med pump och kärl med utbytbar butylbälg samt integrerad avluftning/avgasning.

Sportfastigheter har under *Frågor och svar* uppgett att en rimlig förångningstemperatur anses vara - 15 C för att uppnå en energieffektiv anläggning. Läses hela beskrivningen så är det tydligt att en energieffektiv anläggning uppnås med en systemlösning där leverantören projekterar med varvatsreglering av pumpar, fläktar och kompressorer. Sportfastigheter har inte bedömt att det varit nödvändigt att ange någon exakt prestanda då kylanläggningen kommer köras under många olika driftförhållanden. Däremot ska kylanläggningen uppfylla gällande lagkrav enligt Eko-designförordningen (EG nr 641/2009) som anger att pumpar högst får ha ett energieffektivitetsindex (EEI) på 0,23. Om dessa krav uppfylls uppnås Sportfastigheters krav på en energieffektiv kylanläggning. Genom att lämna anbud i upphandlingen accepterar anbudsgivaren de villkor och krav som ställts. Någon ytterligare motivering från anbudsgivarna avseende vad exakt som kommer att levereras har i denna del inte bedömts vara nödvändigt.

Bolaget har inte visat på vilket sätt någon av de påstådda otydligheterna skulle ha påverkat bolagets möjligheter att lämna anbud eller på vilket sätt anbudet hade utformats annorlunda. Bolaget kan därför inte heller på denna grund, anses ha lidit eller riskerat att lida någon konkret skada (jfr HFD 2013 ref. 53). Om bolaget verkligen hade ansett att kraven var så otydliga i denna del så kunde man vidare ha ställt frågor. I vart fall ska denna passivitet tillmätas betydelse vid bedömningen av transparensprincipen (jfr EU-domstolens avgörande, C-538/13, *eVigilo*).

*Industrikyls och Huurres anbud*

Bedömningen om kravet på "jämförbara projekt" och "liknande entreprenader" är uppfyllt har gjorts i förhållande till det nu aktuella projektet i dess helhet och vad som angetts i upphandlingsdokumenten. Därtill har anbudsgivarna intygat att de uppfyller de tekniska kraven genom att kryssa i två rutor i anbudsformuläret. Både Industrikyls och Huurres referensuppdrag avser kylanläggningar som försörjt ispister med kyla. Sportfastigheter har inte uppställt något krav att referensuppdragen enbart får avse kylanläggningar som försörjer utomhusbanor eller att uppdragen måste avse bandyplaner då detta skulle medföra en konkurrensbegränsande effekt då antalet potentiella leverantörer som har erfarenhet av kylanläggningar för fullstora bandyplaner utomhus är begränsat. Av samma skäl valde Sportfastigheter att inte heller ställa som krav att anbudsgivaren ska ha genomfört projekt med en eller flera CO<sup>2</sup>-anläggningar. Det finns inte några avgörande skillnader mellan en kylanläggning som försörjer inomhus- eller utomhusbanor (dvs. hockey- respektive bandyplaner) med kyla. Det relevanta i upphandlingen är att anbudsgivaren har erfarenhet av kylanläggningar för isbanor vilket både Industrikyl och Huurre har visat. Det följer även av praxis att det måste finnas ett utrymme för den upphandlande myndigheten att kontrollera om de uppställda kraven är uppfyllda genom en samlad bedömning av åberopade referensobjekt (jfr Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3147-09 och Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 3183—3184-18). Därtill har Sportfastigheter ett visst tolkningsföreträde avseende kraven i upphandlingen, förutsatt att tolkningen inte innebär ett åsidosättande av LOU eller upphandlingsprinciperna (jfr Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2225-16 och Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 1873-18, 1878-18, 1879-18 och 1881-18). Sportfastigheters tolkning av begreppen "*jämförbara projekt*" och "*liknande entreprenader*" är således tydlig och förutsebar och därmed förenlig med LOU. Att inte utvärdera Industrikyls och Huurres anbud hade däremot stridit mot LOU och lika-behandlingsprincipen.

*Ansvar för oklarheter*

Enligt gällande rätt så ska bolagets passivitet i att begära förtydliganden av de otydligheter som bolaget nu åberopar i målet beaktas vid bedömningen om bolaget faktiskt inte har kunnat förstå upphandlingsdokumenten (se EU-domstolens avgörande, C-538/13, e *Vigilo*, som bekräftats av både Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 18875-18 och Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr 5702-18). Bolaget har ställt många frågor i upphandlingen, främst gällande den tekniska beskrivningen. Däremot har bolaget inte ställt några frågor gällande de påstådda otydligheter i underlaget som bolaget gör gällande och som framförts först under överprövningsprocessen.

Att de påstådda otydligheterna avseende kvalificeringskrav och tilldelningskriterier, referenskravet, ljudnivåkravet och kravet på en energieffektiv anläggning först har kunnat påtalas vid tilldelningsbeslutet stämmer inte. Att bolaget inte har kunnat offerera ett lägre pris på sin anläggning beror under alla omständigheter inte på att upphandlingsdokumenten varit otydliga, utan enbart på grund av att bolaget aktivt valt att inte pressa sina priser lika mycket som konkurrenterna. Bolagets passivitet att påtala påstådda otydligheter i ett tidigare skede ska beaktas vid bedömningen om bolaget faktiskt inte har kunnat förstå upphandlingsdokumenten (dvs. i bedömningen om transparensprincipen uppfyllts).

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt,

genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sitt förfrågningsunderlag och det ankommer på myndigheten att avgöra vilket behov den har och vilka egenskaper föremålet för upphandlingen ska vara behäftat med. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte överträds (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (RÅ 2009 ref. 69).

LOU ger inte närmare besked om hur upphandlingsdokumenten ska vara utformade utöver vad som kommer till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna om krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 bland annat uttalat att upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlade myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte överträds.

Av relevanta delar av upphandlingsdokumenten framgår följande.

**AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet**

Tekniska krav

Anbudsgivare ska ha genomfört minst två jämförbara projekt under de tre senaste åren.

Styrks genom angivande av uppgifter i anbudsformuläret.

Offererade arbetsledare ska, var och en, ha genomfört minst två liknande entreprenader\* under de senaste fem åren.

Entreprenaderna ska ha utförts med för beställaren godkänt resultat med avseende på kvalitet, tidshållning och samarbetsförmåga. Beställaren kommer att ta kontakt med referenserna under utvärderingen.

\* Med liknande entreprenader avses byggnation av kylcentraler för försörjning av ispister med liknande tekniska krav och storlek.

**Rambeskrivning Kyla (s. 9)**

**Ljudkrav**

**Ljudnivåkrav**

I kylmaskinsutrymme:

Ljudnivå från kylaggregat 1 m avstånd fritt fält: Max 85 dB(A).

**Utomhus:**

Enligt BBR

**I övriga utrymmen**

Ljudnivåer i övriga utrymmen se rambeskrivning bygg samt VVS.

Förvaltningsrätten anser att det förvisso får anses åligga en rimligt noggrann och omsorgsfull anbudsgivare att läsa samtliga dokument som är relevanta i en upphandling och att ställa frågor om uppgifter i underlagen framstår som motstridiga och svårtolkade. Domstolen finner dock att det av Sportfastigheters åberopade avgörandet från EU-domstolen C538/13 p.54 – 58, eVigilo, inte kan utläsas att bolaget med anledning av eventuell passivitet under anbudstiden i sig inte skulle kunna riskera att lida skada på grund av felaktigheter i upphandlingsunderlaget.

Bolaget har anfört att upphandlingsunderlaget är otydligt i fråga om kraven på referensuppdrag, ljudnivåkrav samt krav på en energieffektiv anläggning.

Vad gäller referensuppdragen har det i underlaget har angetts att dessa skulle utvärderas och även bedömas utifrån vissa angivna kriterier (kvalitet, tidshållning och samarbetsförmåga). Sportfastigheter menar att formuleringen om utvärdering utgör en felskrivning men vidhåller, så vitt det får förstås, att angivna kriterier har använts i kvalificeringsfasen. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte möjligt att använda så pass vaga kriterier som det här är fråga om varken för kvalificering eller utvärdering utan att riskera att bryta mot transparensprincipen i LOU. Eftersom bolaget emellertid har kvalificerat sig i upphandlingen och kriterierna inte heller synes ha legat till grund för någon utvärdering finner förvaltningsrätten att bolaget inte har lidit skada av otydligheten. Någon grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därför inte i denna del.

Även i fråga om ljudnivåkravet medger Sportfastigheter att det funnits felaktigheter i underlaget med bland annat missvisande hänvisningar till andra upphandlingar. Sportfastigheters upphandlingsunderlag är således också i denna del långt ifrån optimalt utformat. Det har dock inte framgått av bolagets talan att bolaget på grund av otydligheten skulle ha missuppfattat vad som var föremålet för upphandlingen, nämligen en delentreprenad avseende kylsystem. Förvaltningsrätten finner redan av denna anledning att det bör ha stått klart för bolaget att hänvisningarna till ramavtalen Bygg och VVS inte var relevanta i upphandlingen. Någon anledning för anbudsgivarna att anta att det fanns ytterligare krav på ljudnivåer än det enda uttalade kravet på 85 dB i kylmaskinsutrymmet har därmed saknats. Det har heller inte framkommit att övriga anbudsgivare uppfattat underlaget på samma sätt som bolaget gör gällande. Bolaget har anfört att man på grund av bristerna i underlaget lämnat ett mindre konkurrenskraftigt anbud genom att offerera en tystare anläggning än



vad man annars skulle ha gjort. Bolaget har inte närmare utvecklat vilka faktiska ljudnivåkrav man i detta fall ansett sig haft anledning att utgå ifrån. Bolaget har dessutom gett uttryck för att man, även med ledning av bland annat Boverkets byggregler, inte kunnat förstå vilka krav som skulle uppfyllas. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att bolaget inte heller kan anses ha konkretiserat hur man kunnat lida eller riskera lida skada på grund av bristerna i upphandlingen.

Vad gäller kravet på en energieffektiv anläggning innehåller upphandlingsunderlaget som bolaget påpekat inte några konkreta krav som kan beaktats vid bedömningen av om kylanläggningen är energieffektiv. Vagheten i vad som efterfrågas är sådan att Sportfastigheter svårligen hade kunnat förkasta något anbud med motiveringen att kravet på en energieffektiv anläggning inte uppfylls. Däremot har bolaget inte heller här visat på vilket sätt ottydligheterna i underlaget skulle ha påverkat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget har därmed inte visat att man lidit eller riskerat lida skada på grund av kraven heller i denna del.

*Anbudet från Industrikyl och Huurre*

Bolaget har anfört att de referenser som Industrikyl och Huurre angett i sina anbud inte uppfyller kravet på att vara jämförbara uppdrag eller av liknande omfattning som det som nu upphandlas. Som bolaget självt har påpekat har dock inte kravet på omfattning närmare preciserats i upphandlingsunderlaget. Kravet har därvid en så pass öppen utformning att det inte kan utläsas något egentligt krav vare sig på exempelvis driftkrav, storlek på isyta eller att referensobjektet ska överstiga en viss kontraktssumma. Vid sådant förhållande har den upphandlande myndigheten ett visst utrymme att bedöma vad som kan anses vara liknande arbeten (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 2225-16 och Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 2493-15). Förvaltningsrätten finner därmed att Sportfastigheter, genom att godta de referenser som Industrikyl och Huurre angett,

inte har förfarit felaktigt utifrån det kvalifikationskrav som anges i upphandlingsunderlaget. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller på denna grund.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det inte har kommit fram skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05).

Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren



## Hur man överklagar

FR-05

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

### 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.

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

### 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 avvisar 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 rättstillämpningen.
- 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.