

FOYEN

ADVOKATFIRMA AB

Jakobsbergsgatan 22, Box 7229, SE-103 89
STOCKHOLM, Sweden, Tel +46 (0)8-506 184
00, Fax +46 (0)8-506 184 70, info@foyen.se,
Reg.no. 556583-7134, Domicile Stockholm,
www.foyen.se

Länsrätten i Stockholms län

115 76 STOCKHOLM

ANSÖKAN OM ÖVERPRÖVNING OCH INTERIMISTISKA ÅTGÄRDER ENLIGT 16 KAP 1 § LOU

Sökande:

1. Berg Arkitektkontor AB, 556549-4712
Box 150 55, 104 65 STOCKHOLM
2. KOD Arkitekter AB, 556635-5839
Norrtullsgatan 36, 113 45 STOCKHOLM
3. Marge Arkitekter AB, 556622-4597
Repslagargatan 15 A, 118 46 STOCKHOLM
4. ÅWL Arkitekter AB, 556517-6012
Folkungagatan 92 B, 116 22 STOCKHOLM

Ombud:

Advokat John Hane
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 STOCKHOLM,
tel.08- 506 184 00, fax 08-506 184 70
e-post: john.hane@foyen.se

Motpart:

Kommittén för Sveriges deltagande i världsutställningen Expo
2010 i Shanghai, Box 90, 101 21 STOCKHOLM

Saken:

Upphandling av arkitekttjänst enligt lagen (2007:1091) om
offentlig upphandling, nu fråga om ansökan om ingripande
enligt 16 kap LOU

1. YRKANDEN

Marge Arkitekter AB, ÅWL Arkitekter AB, Berg Arkitekter AB och KOD Arkitekter AB (härefter gemensamt benämnda Arkitekterna) yrkar att länsrätten förordnar att den ifrågavarande upphandlingen skall göras om, alternativt att länsrätten förordnar om annan lämplig rättelse.

Arkitekterna yrkar vidare att länsrätten genom interimistiskt förordnande beslutar att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

2. SKÄL

2.1 BAKGRUND

2.1.1 Sveriges regering har beslutat att delta i världsutställningen 2010 som äger rum under perioden 1 maj - 31 oktober i Shanghai, Kina under temat ”*Better City, Better Life*”, dvs. om stadsliv och stadsmiljö i vid bemärkelse. Världsutställningar har genomförts sedan 1850-talet och för närvarande äger en större sådan rum vart femte år, den senaste under 2005. Syftet för Sverige att delta är bl.a. att ge en positiv bild av Sverige i utlandet, att främja svenskt näringsliv, att skapa ökad attraktionskraft för investering och turism i Sverige, samt att främja forsknings- och kulturutbyte. Deltagandet finansieras av staten, näringslivet och andra intressenter. Riksdagen har därvid godkänt att anslå 70 miljoner kr för den svenska paviljongen, utställningen och programverksamheten vid paviljongen. Det förutsätts vidare att näringslivet tillskjuter/bidrar med lika mycket till.

2.1.2 Regeringen genom Utrikesdepartementet har tillsatt en kommitté benämnd *Kommittén för Sveriges deltagande i världsutställningen Expo 2010 i Shanghai* (härefter Kommittén). Kommittén disponerar de medel som tillskju-

tits dels av Staten, dels de medel som kommer att tillskjutas av andra finansiärer för att uppföra den tillfälliga svenska paviljongen samt för utställningen och programverksamheten vid världsutställningen. Mot denna bakgrund har Kommittén genom ett förfrågningsunderlag den 11 april 2008 gått ut med en offentlig upphandling av en tjänst som består i att som generalkonsult utföra programarbete och detaljprojektering vad gäller paviljongens utformning, inklusive att upprätta förfrågningsunderlag – på kinesiska – för upphandlingen av den erforderliga byggentreprenaden. Av Kommittén valt upphandlingsförfarande är s.k. öppet förfarande jämlikt 4 kap 1 § LOU. Förfrågningsunderlaget för upphandlingen av generalkonsulten bifogas, **Bilaga 1**. Det skall här framhållas att endast arkitektfirmor kan komma ifråga för detta uppdrag som generalkonsult.

2.2 FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

2.2.1 Förfrågningsunderlaget (härefter FFU) har strukturerats enligt nedanstående:

1. Beställarinformation.
2. Upphandlingsföreskrifter (FFU sidorna 2-7)
3. Avtalsföreskrifter (FFU sidorna 7-11)
4. Bilaga 1 (inkluderad i FFU som sidorna 7-30) har införts information och krav beträffande paviljongens närmare utformning.
5. Vidare återfinns ett antal underbilagor (ej bifogade denna ansökan):
 - A: Kommunikativ plattform för en gemensam Sverigebild i utlandet
 - B: Designing Material Sweden
 - C. Teknisk dokumentation beträffande avfuktning/luftkonditioneringsutrustning från Munthers.

2.2.2 Beträffande kraven på paviljongens utformning skall följande framhållas. Under rubriken Tematik och Estetik (FFU sidorna 14-15, avsnitt 4.1.3) anges att paviljongen specifikt skall kommunicera svenska värden och skapa igenkänning och särskiljning från andra länder. Vad gäller materialval (FFU sidorna

28 f) anges bl.a. att material skall väljas som dels skall tillverkas i Sverige, dels i sig skall förknippas med Sverige. Vidare anges (FFU avsnitt 5.2) att design och konstruktionslösningar skall anpassas så att produkter som marknadsförs av svenska företag som beslutat finansiera Sveriges deltagande på världsutställningen också används, däribland Trelleborg AB:s golv, Munthers luftkylning, Fagerhults belysning, torksortiment från SCA och SSAB:s plåtbeklädnader till väggar och tak.

2.2.3 Även om något uttryckligt krav inte ställts på att endast en svensk arkitektfirma kan antas för uppdraget – vilket krav heller inte skulle gått att förena med LOU och de bakomliggande EG-direktiven – ligger det onekligen i själva idén med Sveriges deltagande att svensk arkitektur skall uttolka det specifikt svenska och visas upp på världsutställningen. Det ligger också nära till hands att tro att i Sverige verksamma arkitekter har en inte obetydlig konkurrensfördel jämfört med exempelvis tyskar, danskar och spanjorer, genom den vinkling mot svensk byggnadstradition, materialval och image som kravspecifikationen fullt naturligt innehåller. Arkitekterna vill med detta framhålla att upphandlingen primärt och i princip uteslutande vänder sig till den svenska arkitektmarknaden. I vad mån förfrågningsunderlaget inbjuder till effektiv konkurrens – vilket Arkitekterna som anförs nedan bestrider – skall således bedömas primärt efter marknaden för i Sverige verksamma arkitekter.

2.2.4 Kommitténs kvalificeringskrav på anbudsgivande företag återfinns under avsnitt 2.5.1 (FFU sidorna 5-6) och citeras nedan för den rätta förståelsen av Arkitekternas rättsliga grunder, samt numreras för ökad överskådlighet:

- i) Dokumenterad förmåga och erfarenhet av att rita och konstruera offentliga byggnader såväl i Sverige som utanför Sverige med likartat användningsområde (museum, bibliotek, hörsal, terminalbyggnad, restaurang).
- ii) Dokumenterad förmåga av att rita och konstruera tillfälliga byggnader.

- iii) Dokumenterade förmåga att själv eller med hjälp av underkonsulter lösa frågor beträffande kylning av byggnader i klimat liknade det som föreligger i Shanghai under maj – oktober.
- iv) Anbudsgivare skall beskriva den tänkta projektorganisationen i företaget och därvid visa att företaget har personell kapacitet att genomföra uppdraget utan att frånvaron av enstaka nyckelpersoner försenar projektet. Företaget måste således visa att man har en sådan kapacitet i sin egen organisation eller genom avtal med andra att uppdragets genomförande inte är avhängligt av enskilda arbetstagare.
- v) Anbudsgivaren skall uppvisa god ekonomisk uthållighet, bl.a. genom att anbudsgivarens företag skall ha varit verksamt inom området under minst 4 år.
- vi) Om anbudsgivarens företag har säte i Sverige skall anbudsgivaren uppvisa intyg från Skatteverket om betalda skatter (SKV blankett 4820). Om anbudsgivarens företag ej har säte i Sverige skall motsvarande uppgifter styrkas på annat sätt.

2.2.5 När fråga är om arkitekttävlingar - något som den nu under upphandling omfattade tjänsten i allt väsentligt innebär - brukar dessa genomföras som *projekttävlingar på tjänsteområdet*, en upphandlingsform som finns reglerad i 14 kap LOU. Av jämförande intresse är att vid en sådan tävling (se 14 kap 7 § LOU) är dels att det är en från de deltagande tävlande helt oberoende jury som avgör vilket bidrag som vinner tävlingen, dels att juryns ledamöter till minst en tredjedel skall vara arkitekter om det är förslag och ritningar från arkitekter som skall bedömas. Vid öppna projekttävlingar utgår alltid ersättning i form av ett första pris till vinnaren och normalt har också juryn en prissumma att fördela till i första hand andra- och tredjepristagarna. Vid inbjudna projekttävlingar utgår lika stor ersättning till alla inbjudna som levererar förslag i enlighet med tävlingsförutsättningarna.

2.2.6 Kommittén har för den ifrågavarande upphandlingen emellertid valt att inte genomföra någon projekttävling. Istället har upphandlingen lagts upp som ett öppet förfarande där man valt att väga in estetiska egenskaper som ett av flera

anbudsutvärderingskriterier. Kommittén har också inför denna ansökan muntligen bekräftat att utvärderingen av anbud kommer att göras av en grupp personer utan kompetens om arkitektur. Anbudsutvärderingskriterierna har angivits under kod 2.5.2 i förfrågningsunderlaget (FFU), sid. 6 och citeras nedan.

<u>Kriterier</u>	<u>Viktning</u>
1. Anbudsgivarens idéskiss över hur anbudsgivaren tänker sig att paviljongen skall gestaltas. Denna idéskiss skall översiktligt beskriva paviljongens exteriöra intryck, generella inre planlösning samt några intresseväckande funktioner/kvaliteter.	40 %
2. En ungefärlig uppskattning från en oberoende expert i Shanghai beträffande den totala kostnaden beräknad såsom kostnaden att uppföra, med fast utrustning utrusta och demontera paviljongen. Vid beräkning av dessa kostnader skall beaktas vad som anges i bilaga 1, avsnitt 6.2 och 6.3. Uppskattat avyttringsvärde av paviljongen, konstruktionselement och utrustning skall också anges.	40 %
3. Anbudsgivarens offererade pris för att utföra uppdraget.	20 %

2.2.7 Det sistnämnda utvärderingskriteriet, priset, finns närmare definierat under kod 2.1.3 (FFU sidorna 2-3). Som framgår därav erbjuds anbudsgivande företag - om man tilldelas uppdrag - dels en fast ersättning, dels en i förfrågan närmare definierad möjlighet att få använda den svenska paviljongen som plattform för egen marknadsföring och imagebyggande verksamhet i Kina. Dessa "ersättningsformer" infattar bland annat en rätt att få exponera namnet på ansvarig arkitekt i paviljongens huvudentré, att i text eller annan form beskriva tankarna bakom arkitektens arbete, att i utställningsdelen få visa exempel på ett flertal andra byggnader arkitekten ritat, samt att på samma villkor som för de medfinansierande företagen få disponera del av VIP-avdelningen för egen programverksamhet under del av världsutställningen. Kommittén har således med en betydande detaljeringsgrad definierat och beskrivit den till synes kostnadsfria marknadsföring vinnande leverantör kan påräkna utöver den i anbudet offererade fasta ersättningen för att utföra uppdraget.

2.2.8 Slutligen skall framhållas att sista dag för anbuds ingivande (FFU sidan 5) angivits till den 4 juni och sedermera ändrats till den 9 juni 2008. Denna ansökan avser således en upphandling för vilken ännu inte lämnats tilldelningsbesked, utan för närvarande befinner sig under anbudstiden. Jämlikt EG-rättslig praxis äger potentiella leverantörer ansöka om överprövning vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan, i förvarande fall genom utformningen och annonseringen av det aktuella förfrågningsunderlaget. Mer härom nedan.¹

2.3 RÄTTSLIG ARGUMENTERING

2.3.1 Allmänt

I den från den 1 januari 2008 gällande LOU återfinns de regler som styr upphandlingsförfarandet och som tidigare rubricerades ”huvudregel om affärs-mässighet” i 1 kap 9 §. Lagtexten lyder som följer:

”Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.”

I kravet på att upphandlingar *skall genomföras på ett öppet sätt* ligger enligt etablerad EG-rättspraxis² ett krav på att de spelregler den upphandlande myndigheten ställer upp för sin upphandling – kvalificeringskraven och anbudsutvärderingskriterierna - skall vara så utformade att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan avgöra vilka krav som ställs, vilka bevis som krävs för att uppfylla kraven, samt vad som kommer att läggas till

¹ EG-domstolens avgörande C-26/03 – *Stadt Halle*

² Se bl.a. EG-domstolens avgörande i målen C-87/94 *Kommissionen ./. Belgien* och C-340/02 *Kommissionen ./. Frankrike*

grund för utvärdering. Detta brukar också uttryckas som principen om transparens och förutsebarhet.

2.3.2 *Kvalificeringskraven*

Arkitekterna tar till en början upp hur Kommitténs kvalificeringskrav till sin utformning strider mot principen om transparens och förutsebarhet. Till en början anmärks dock att kvalificeringskrav – enligt lag och rättspraxis - skall avse anbudsgivares *ekonomiska* samt *tekniska och yrkesmässiga kapacitet* (11 kap 1 § LOU) och att den upphandlande myndigheten äger rätt att ställa krav på en viss lägsta nivå för erhållande av ett kontrakt i dessa hänseenden förutsatt att kraven har ett samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta.

2.3.3 Arkitekterna gör gällande att de under avsnitt 2.2.4 i denna överprövning uppräknade kraven, av undertecknad numrerade i)- vi), till sin utformning strider mot principen mot transparens/förutsebarhet. Vad avser skrivningen ”*Dokumenterad förmåga och erfarenhet*” som återfinns under kraven i) – iii) framgår det inte av kravens ordalydelse eller utvecklas/framgår någon annanstans i förfrågningsunderlaget på vilket sätt och med vilken dokumentation anbudsgivarna skall styrka sin förmåga och erfarenhet.

Under punkten iv) anges vidare att det krävs en viss ”*anbudsgivare skall beskriva den tänkta projektorganisationen i företaget och därvid visa att företaget har personell kapacitet att genomföra uppdraget*”. Det krävs således en viss personalstyrka för att anbudsgivare skall kvalificera sig. Hur denna projektorganisation skall se ut eller vilken personell kapacitet som krävs framgår inte av kravets ordalydelse eller finner sin förklaring på annat ställe i förfrågningsunderlaget.

Det går därmed inte för en anbudsgivare att avgöra om hans eller hennes erfarenhet, förmåga eller tillgängliga resurser är tillräckliga för att uppfylla den upphandlande myndighetens krav och om så är fallet, vilka bevis för dessa omständigheter som skall bifogas anbudet.

- 2.3.4 Den upphandlande myndigheten har i punkten v) angivit att anbudsgivare skall visa ”god ekonomisk uthållighet”. Det framgår inte, utöver att detta anses styrkt genom någon form av bevis för att anbudsgivaren varit verksamt inom området under minst fyra år, vad som avses med detta kvalificeringskrav. Kvalificeringskravet uppfyller inte – då det inte preciserats – kravet på transparens/förutsebarhet.³
- 2.3.5 Sammanfattningsvis har den upphandlande myndigheten - genom dessa skrivningar - i princip betingat sig fri prövningsrätt vad det gäller frågan huruvida en anbudsgivare är kvalificerad eller inte. Den upphandlande myndigheten kan – mot bakgrund av utformningen av kvalificeringskraven - helt godtyckligt avgöra huruvida en anbudsgivare är kvalificerad eller inte – ett förhållande som står i direkt strid med principen om förutsebarhet och transparens.
- 2.3.6 Arkitekterna gör vidare gällande att det krav som uppställs under punkten iii) inte står i rimlig proportion till kontraktsföremålet och därmed strider mot proportionalitetsprincipen. Det utesluter vidare potentiella anbudsgivare vilka normalt befinner sig i en jämförbar konkurrenssituation med de anbudsgivare som uppfyller det ställda kravet. Det åligger en upphandlande myndighet att göra en bedömning – en proportionalitetsprövning – över kvalificeringskraven så att dessa inte utesluter leverantörers deltagande utan att objektiva grunder härför föreligger.⁴

³ Se Kammarrätten i Stockholms avgörande i målen 1419-05 och 8859-07.

⁴ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2005) s. 426

NOU anförde följande i ett yttrande:

Proportionalitetsprincipen hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer, och nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen, även i de fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet.

Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna.⁵

NOU anförde vidare:

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts skall genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna skall tolkas i "funktionella termer", d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas.⁶

⁵ NOU Ärende Dnr 2005/0138-21

⁶ NOU Ärende Dnr 2005/0138-21, De Búrca, G., *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, Yearbook of European Law vol. 13, 1993, sid. 146 och bl.a. av EG-domstolens avgörande i målet C-234/03 *Contese*

Det i punkt i) uppställda kravet innefattar bl a att anbudsgivande företag skall ha dokumenterad erfarenhet av att rita och konstruera offentliga byggnader med likartat användningsområde *utanför* Sverige. Arkitekterna ifrågasätter om inte kravet på likartat användningsområde i sig är väl snävt utformat. Att därtill inkludera att den erfarenheten skall vara från utlandsuppdrag, medför att ett mycket litet antal i Sverige verksamma arkitektföretag klarar det kvalificeringskravet.

Det i punkt iii) uppställda kravet – dokumenterad erfarenhet av att själv eller genom underkonsulter lösa frågor rörande kylning i klimat liknande det i Shanghai – innefattar en ytterligare avgränsning av konkurrensen. Det kravet innebär i praktiken att anbudsgivare som redan varit verksamma i Shanghai särbehandlas – ett brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare. Referenser från denna region torde vara det bevis som efterfrågas av den upphandlande myndigheten, vilket favoriserar leverantörer redan verksamma i staden trots att referenser/dokumenterad förmåga från andra regioner med annat klimat skulle tjäna det syfte som kvalificeringskravet avser att uppfylla.⁷ Det innebär bara som exempel att potentiella anbudsgivare med mycket god erfarenhet och förmåga att hantera kylning av byggnader i andra typer (t.ex. varmare) klimat och anbudsgivare med en mycket god förmåga och erfarenhet av förhållandena i norra Kina diskrimineras och särbehandlas på omotiverad grund.

Vare sig kravet på dokumenterad erfarenhet av utlandsprojekt avseende likartade projekt (i) eller specifik erfarenhet av projektering av kyla på breddgrader motsvarande Shanghai (iii) är rimligt i förhållandet till föremålet för upphandlingen och står i strid med principen om likabehandling av anbudsgivare och

⁷ EG-domstolens avgörande i målet C-315/01, *GAT ./. Österrike*, Generaladvokat Geelhoeds förslag till avgörande, stycke 53-56.

icke-diskrimineringsprincipen. Vidare – och särskilt viktigt – är den negativa effekt som tillämpningen av kravet får i praktiken i form av den absoluta majoriteten av Sveriges arkitektföretag utesluts genom kravet (mer härom nedan), just när det specifikt svenska framhållits som ledstjärna för gestaltningen. Kravet är därför oproportionellt och överdrivet jämfört med det eftersträvade syftet.

2.3.7 *Anbudsutvärderingskriterierna*

Arkitekterna gör vidare gällande att anbudsutvärderingskriterierna (uppräknade under 2.2.6 ovan) till sin utformning står i strid med principerna om förutsebarhet/transparens, likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet på följande grunder.

2.3.8 *Kriterium nr 1 – Idéskissen*

Kommittén har efterfrågat en idéskiss och avser således att med 40 procents vikt bedöma estetiska kvaliteter utifrån denna skiss. Inom arkitekt- och konsultbranschen förekommer begrepp som *skiss* och *ritning*, vilka i sin tur läggs till grund för bygglovsansökan och – efter färdig projektering – färdig bygghandling. Ett begrepp som idéskiss är i och för sig inte definierat varken till sitt innehåll eller sin omfattning i någon lag- eller branschälla, men är gängse förekommande vid sidan av skiss som ett uttryck för en av flera möjliga idéer för exempelvis en gestaltning. Både vad gäller skiss och det möjligen ännu vagare uttrycket idéskiss gäller dock att någon enhetlig definition av hur pass detaljerad en sådan handling skall vara inte finns. Begreppet kan således rymma allt ifrån en mycket rudimentärt redovisad idé till en betydligt mer utvecklade handling, i vilken tänkta lösningar presenteras mer utförligt. I detta fall kan det som efterfrågas tolkas som allt ifrån en mer lös illustration av en översiktligt redovisad idé till en mer genomarbetad och fullgången presentationshandling. Ur det ena kan utläsas allmänna tankar och idéer. Av det

andra framgår mer precist hur arkitekten tänkt sig att lösa uppgiften. Det är uppenbar skillnad mellan en skiss som redovisar en idé och en skiss som presenteras i form av ett förslag. Redan härigenom föreligger en osäkerhet för anbudsgivarna om hur pass detaljerad den skiss de har att presentera i sitt anbud skall vara. En osäkerhet som Kommittén hade kunnat råda bot på genom att lämna en mer preciserad beskrivning av vilken detaljeringsnivå på idéskisserna man kräver av anbudsgivarna.

Som referenspunkt kan nämnas att det vid projekttävlingar inte är ovanligt att den eller de skisser som ges in som tävlingsbidrag är begränsad till gestaltning – dvs. exteriör och generell inre planlösning – vilket kan uppgå till bortemot 10 – 15 procent av hela arbetet med att ta fram en färdig projektering till bygghandlingar inklusive alla installationer för el, ventilation, värme, kyla, vs m.m. Genom Kommitténs begäran om att en *översiktlig* beskrivning skall lämnas ges en viss vägledning. Detta står dock i strid mot Kommitténs samtidigt uttryckta önskemål om att ”några intresseväckande funktioner/kvaliteter” skall presenteras. Detta kan inrymma i stort sett vad som helst och öppnar för att de skisser som Kommittén har att bedöma, kommer att skilja sig högst väsentligt vad gäller graden av detaljeringsnivå och i vilken utsträckning något mer än en översiktlig beskrivning av låt säga valda installationer görs.

2.3.9 I rättspraxis har klarlagts att ett förfrågningsunderlags kravspecifikation – för att vara i linje med principen om förutsebarhet/transparens – skall vara utformat på ett sådant sätt att det för anbudsgivarna med någorlunda säkerhet kan avgöras vilka tjänster som efterfrågas⁸ och att alternativa tolkningar av kraven inte skall vara möjliga.⁹ Av FFU framgår inte – med någon acceptabel detalje-

⁸ Kammarrätten i Sundsvall, mål 2509-06, Sue Arrowsmith, a.a. s. 1140 och Kommissionens grönbok COM (2004) 327, stycke 44.

⁹ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4552-07

ringsgrad - omfattningen på den idéskiss som anbudsgivarna skall bifoga anbudet och som – i hög utsträckning (40 %) – skall ligga till grund för anbudsutvärderingen. Det föreligger en uppenbar risk att den upphandlande myndigheten inte erhåller jämförbara anbud utan erhåller anbud vilka måste kompletteras för att kunna jämföras. Förfrågningsunderlag som innehåller brister av sådant slag att anbuden först efter kompletteringar kan göras jämförbara är principiellt behäftade med sådana brister att upphandlingen måste göras om.¹⁰

2.3.10 Arkitekterna bestrider inte att det i och för sig skall vara möjligt att bedöma estetiska egenskaper i ett anbud utan att genomföra en projekttävling. Huruvida så kan ske även på detta vis, utan att tillgodose projekttävlingens krav på fackmässig bedömning genom arkitekters närvaro i en utvärdering är inte klarlagt. Arkitekterna konstaterar hursomhelst att det öppnar för en i hög grad godtycklig och därmed oförutsebar bedömning som är oförenlig med LOU:s krav på öppenhet – dvs. i strid med principen om förutsebarhet/transparens.

2.3.11 *Kriterium nr 2 – den oberoende expertens kostnadsuppskattning*

Inledningsvis vill Arkitekterna framhålla att kriterium nummer 2 är oförenligt med det första utvärderingskriteriet. Det går enligt Arkitekternas mening nämligen inte att göra någon seriös kostnadsuppskattning av paviljongens produktionskostnader på grund av enbart en skiss, än mindre på en idéskiss vilken förutsätts vara en betydligt mer rudimentär handling än en skiss. Det är vidare oklart huruvida det är upp till anbudsgivande företag att själv konsultera någon oberoende expert i Shanghai eller Kommittén vidtalat en sådan för att i Kommitténs ställe kostnadsuppskatta uppförandet av paviljongen efter de idéskisser anbudsgivarna givit in. Även om klagörande besked i den frågan skulle kunna erhållas genom frågor till Kommittén under anbudstiden, innebär detta en

¹⁰ Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 2947-07

betydande osäkerhet för anbudsgivarna om vilka spelregler som gäller, samt kan konstateras att båda förfaringssätten strider mot LOU:s krav på förutsebarhet och transparens.

- 2.3.12 Det faller vidare på sin egen orimlighet att en förutsebar och transparent bedömning låter sig göras om det skulle vara upp till respektive anbudsgivande företag att själv föranstalta om en kostnadsuppskattning från någon oberoende byggnadstekniskt sakkunnig i Shanghai, med följd att varje anbudsgivare anlitar varsin sakkunnig. För det fall Kommittén istället avsett – vilket förefaller mer troligt – att anlita en egen sakkunnig i Shanghai, kommer en sådan granskning hursomhelst att lida av att någon enhetlighet i fråga om detaljeringsgrad i ingivna skisser inte kommer att kunna erhållas. Någon rättvisande jämförelse mellan de olika idéskisserna och därmed mellan olika anbud kan därmed inte göras.
- 2.3.12 Arkitekterna vill vidare framhålla att endast en handfull arkitektföretag i Sverige har tillgång till etablerade kontakter i Kina som möjliggör för dem att – under anbudstiden – etablera en kontakt i Shanghai för att hinna/kunna ta fram en kostnadsuppskattning. Även om Kommittén, som Arkitekterna i första hand antagit, själv tillhandahåller den expertisen, ligger det i varje seriös anbudsgivares intresse att i anbudsfasen stämma av vilka ungefärliga produktionskostnader olika handlingsalternativ på skisstadiet för med sig. Det nu sagda medför en otillbörlig konkurrensfördel för företag med etablerade kontakter i Kina som i sin tur strider mot principen om icke diskriminering.
- 2.3.13 Arkitekterna ifrågasätter inte i sig att Kommittén har rätt att låta tredje man – oberoende expert – bedöma en sådan sak som produktionskostnad för olika

idéskisser. Det förutsätter dock, enligt EG-domstolens rättspraxis¹¹, att expertutlåtandet i alla viktiga avseenden grundas på objektiva omständigheter som enligt branschens regler får anses som relevanta och lämpliga för den bedömning som gjorts. Mot bakgrund av vad som ovan anförts beträffande förväntade väsentliga olikheter i respektive anbudsgivande företags idéskissers detaljeringsgrad, bestrider Arkitekterna hur som helst att ett sådant utlåtande kommer att kunna göras i linje med de krav EG-domstolen fastställt.

2.3.14 *Det tredje kriteriet - priset*

Det är vanligt förekommande med arkitekttävlingar och det förhållandet att en arkitekt vunnit en sådan tävling medför i sig sådan prestige och marknadsföring att någon ytterligare draghjälp på den för arkitekten relevanta marknaden normalt inte behövs. I förevarande fall har Kommittén som en del i sin arvodering av vinnande arkitekt erbjudit en rad förmåner i form av publicitet och marknadsföring av arkitekten under Världsutställning ägnat åt att ge draghjälp för vinnande arkitekts etablering och/eller förmåga att attrahera nya uppdrag i Kina. Det är uppenbart att Kommittén därmed önskat hålla nere det fasta pris som respektive anbudsgivare begär i möjligaste mån. Emellertid föreligger en betydande konkurrenssnedvridning däri att endast ett fåtal arkitektföretag i Sverige kan anses ha förutsättningar, intresse och kapacitet för att på allvar konkurrera om uppdrag i Kina. Enligt uppgifter från Sveriges Arkitekter¹² finns bland Sveriges totalt cirka 1 500 arkitektföretag endast ett par stycken som veterligt har etablerade kontakter i Kina och därutöver ytterligare tre – fyra stycken som kan förväntas ha intresse och kapacitet för att skaffa sig det. Även om den aktuella tjänsten avser ett uppdrag att som gene-

¹¹ EG-domstolens avgörande i mål C-19/00 *SIAC* och *Sue Arrowsmith*, a. a. s.519.

¹² Sveriges Arkitekter är arkitekternas branschorganisation som innesluter omkring 95 % av Sveriges yrkesverksamma arkitekter som medlemmar. Sveriges Arkitekter har som branschorganisation agerat för att försöka förmå Kommittén att ändra upphandlingsreglerna för den ifrågavarande upphandlingen, av i huvudsak

ralkonsult svara för hela projekteringen – med eller utan anlitan-
de av under-
konsulter för olika fackområden – vilket uppdrag Arkitekterna inser långt ifrån
samtliga av landets 1 500 arkitektföretag har resurser för att utföra, medför
Kommitténs upphandling att konkurrensen när det gäller att *gestalta* den
svenska paviljongen, inskränks till ett mycket begränsat antal i Sverige verk-
samma arkitektföretag.

2.3.15 *Vidare om proportionaliteten*

Som anförts ovan (2.3.14) är upphandlingen skräddarsydd för ett litet antal
mycket stora arkitektföretag med etablerade kontakter i Kina som har intresse
för att bryta sig in på den kinesiska marknaden och därför har utrymme för att
som marknadsföringskostnad skära bort en annars förväntad intäkt av sitt
arvode och därför kan offerera en låg anbudssumma.

Samma obalans återfinns i det sätt på vilket övriga anbudsutvärderingskriterier
ställts upp. De vaga och i viss mån motstridiga uppgifterna om vad en idéskiss
förväntas innehålla, i kombination med att en *ungefärlig* (här kursiverat) kost-
nadsuppskattning av produktionskostnaden för den skisserade paviljongen
jämfört något så svårbedömt som avyttringsvärde, är liktydigt med en uppmun-
tran till anbudsgivande företag att utföra så mycket projektering som möjligt
redan i anbudsskedet för att på så vis bättra sina odds till en förmånlig bedöm-
ning.

Det är en sak att i en projektering ta hänsyn till ekonomiska ramar, vilket låter
sig göras genom olika val av kvalitetsnivåer och funktioner under resans lopp.
Det är emellertid något helt annat att göra en seriös och någorlunda tillförlitlig
uppskattning av produktionskostnaderna för färdig byggnad på underlag av en

samma skäl som anförts i denna ansökan. Se vidare www.sverigesarkitekter.se. En debattartikel på temat Sverige
"verkar vilja befästa sitt rykte som ett arkitekturens u-land" var vidare införd på SvD kultur 080518.

eller flera arkitektskisser. Arkitekterna framhåller att för att en sådan uppskattning skall vara möjlig att göra, det torde erfordras att en sådan skiss är så pass detaljerad i fråga om funktionskrav, valda installationer och dess kvalitetsnivåer, att bortemot 30 – 40 procent av hela uppdraget (att projektera till färdiga bygghandlingar) måste genomföras. Det innebär att vad Kommittén frågar efter redan i anbudsskedet är skisser som är liktydiga med att 30 – 40 procent av uppdraget redan utförts.

En grov uppskattning av den direkta kostnaden för ett arkitektföretag att ta fram en sådan skiss, utifrån de krav som presenterats för paviljongen i FFU, landar på cirka 300 000 kr exklusive eventuella kontakter med tekniska konsulter i Kina för att bedöma produktionskostnader. Det är en betydande kostnad – oproportionerlig hög i förhållande till det förväntade arvodet av uppdraget - för att ge in ett anbud som ytterligare begränsar konkurrensen.

Arkitekterna gör således gällande att Kommitténs utformning av förfrågningsunderlaget i denna del strider mot principen om proportionalitet. Det är olämpligt och ineffektivt att kräva att anbudsgivare skall tvingas att utan ersättning – bortsett från det vinnande anbudet – nedlägga den tid, kraft och monetära resurser som kravspecifikationen förutsätter. Det är vidare inte nödvändigt för att nå det eftersträfvade syftet och Kommittén kunde ha valt att begränsa uppdraget på ett sätt som orsakat väsentligt mindre kostnader för anbudsgivarna. Det finns flera olika sätt att göra detta. Ett vanligt förekommande sätt är att genom projektävling först inbjuda till kvalificering och därigenom välja ut 3 – 4 arkitektföretag, vilka i nästa steg får i uppdrag att mot lika ersättning till alla leverera sina förslag till utformning. En sådan process kan tidsmässigt hanteras inom samma tid som den tid Kommittén har till förfogande för den pågående upphandlingen. Utformningen av upphandlingen kommer nu istället att få den effekten att en mycket stor del av Sveriges

arkitektföretag inte kommer att kunna delta då de orimliga resurser som anbudsgivningen slukar inte kan mobiliseras på vinst och förlust av anbudsgivarna och det är således dessas intressen och rättigheter att få delta i en upphandling som man – om förfrågningsunderlaget varit utformat på ett lagenligt sätt – kunnat delta i. I relation till det eftersträvade syftet – som det får förstås är att få in förslag på paviljongens utformning – är konsekvenserna därför oproportionella och kraftigt överdrivna.

2.3.16 Utöver det ovan anförda har Kommittén av för Arkitekterna outgrundliga skäl valt att till sina upphandlingsföreskrifter, foga avtalsföreskrifter som utformats på ett sensationellt oförmånligt sätt för anbudsgivande företag som näppeligen förekommer vid upphandling av andra arkitekttjänster i Sverige. Det förhållandet, som utvecklas nedan, inskränker ytterligare den konkurrens som LOU ändå förutsätter att den offentliga myndigheten effektivt skall söka.

2.3.17 Under avsnitt 3.5.1 i FFU anges:

"Med ändring av ABK 96 § 6.1 åligger det konsulten att om beställaren framställer skadeståndskrav visa att fel och/eller vårdslöshet inte föreligger från konsultens sida."

ABK 96 är – för länsrättens kännedom – ett standardavtal som tillkommit som resultat av förhandlingar mellan Bygandets Kontraktskommitté ("BKK") som företrädare för beställare och Arkitekts- och Ingenjörsföretagen som företrädare för konsulterna. Staten ingår i BKK genom Banverket och Fortifikationsverket. ABK 96, **Bilaga 2**, utgör således en välavvägd branschöverenskommelse som innehåller rimliga villkor för båda parter – konsulter och beställare. ABK 96 § 6.1 lyder:

"Konsulten ansvarar, med nedan angivna begränsningar, för skada som han orsakat beställaren genom vårdslöshet eller försummelse."

2.3.18 Till vägledning beträffande den närmare innebörden av den ovan citerade bestämmelsen finns även en kommentartext inlagd direkt i ABK 96 till vilken också hänvisas. Fråga är om en i juridisk mening klar skadeståndsregel som är omgärdad av rättspraxis och som lika med annan skadeståndsrätt i kommersiella avtalsrelationer bygger på att den skadelidande har bevisbördan för sitt påstående att dess avtalspart orsakat och ansvarar för en skada. Kommittén har infört en omvänd bevisbörda som innebär att Konsulten har att exculpera sig för att undgå skadeståndsansvar. Arkitekterna kan svårligen se att något för Kommittén vare sig kommersiellt eller juridiskt vägande behov kan föreligga att göra en så ingripande förändring i ett väl etablerat och synnerligen spritt standardavtal. Arkitekterna framhåller att resultatet av det uppdrag Kommittén handlar upp innefattar att leverera färdiga bygghandlingar som i sin tur läggs till grund för ett förfrågningsunderlag – på kinesiska – för upphandling av entreprenadarbetena med att uppföra paviljongen att utföras på plats i Shanghai. I uppdraget ligger därmed också att anlita ett antal sannolikt lokala underkonsulter för färdigprojektering av ventilation, el m.m. För den Konsult som antas av Kommittén, medför den omvända bevisbördan i praktiken att Konsulten själv har att hantera och vid behov kostnadsreglera varje anspråk på ytterligare ersättning från den av Kommittén så småningom antagna byggentreprenören i Shanghai grundat på påstådda brister i bygghandlingarna. Det medför i sin tur ett krav på lokal närvaro under den tid paviljongen uppförs och delaktighet i mellan Kommittén och lokala entreprenörer tecknade kontrakt som vida överstiger uppdragets egentliga ramar.

2.3.19 Under avsnitt 3.5 i FFU anges vidare att; "Konsulten skall skriftligen försäkra att komplett uppdragsresultat levererats." Någon motsvarighet till en sådan regel finns vare sig i ABK 96 eller i internationella konsultavtal som FIDIC's Client/Consultant Model Services Agreement. Arkitekterna uppfattar att bestämmelsen är liktydig med en garanti/försäkran från Konsulten att de ritningar som så småningom levereras i alla avseenden också är kompletta och utan någon korrigering eller ändring kan läggas till grund för byggnation. Den gängse ordningen är annars att parterna i samråd överenskommer om detaljeringsgraden i uppdraget, vilka ritningar som skall tas fram och när de skall levereras. Bestämmelsen i kombination med den ovan beskrivna omvända bevisbördan vad gäller Konsultens skadestånds-ansvar, understryker Kommitténs synbarligen starka intresse av att friskriva sig från så mycket sedvanligt byggherreansvar som möjligt. Detta får till följd att Konsulten får ikläda sig ett betydligt mycket större ansvar för oförutsedda kostnader vid byggnationen än gängse förekommer vid uppdrag som generalkonsult, vilket i förening med att entreprenaden skall utföras i Shanghai innefattar helt okalkylerbara risker som ytterligare kan förväntas dämpa konkurrensen i den ifrågavarande upphandlingen.

2.3.20 I sammanhanget poängteras vidare att det av Kommittén förestavade förseningsvitet – avtalsföreskrifterna avsnitt 3.4.3 (FFU sid 10) – på 200 tkr per vecka även det är exempellöst högt i förhållande till uppdragets omfattning och därav förväntad arvodesnivå.

2.4 *SKADAN, SKADELIDANDE, TALERÄTT*

Av EG-domstolens avgörande C-26/03 – *Stadt Halle* framgår följande:

"Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentlig kontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Medlemsstaterna har följaktligen inte rätt att låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om det aktuella upphandlingsförfarandet har nått ett bestämt stadium."

Av den ovan anförda domen följer att en ansökan om överprövning utan vidare kan ges in och prövas även i tiden innan en upphandling avslutats med ett tilldelningsbesked. Arkitekterna framhåller att det annars krävts att de måste lägga ned en oproportionellt antal timmar och kostnader på att med de kvalificeringskrav och utvärderingskriterier Kommittén ställt upp, helt förgäves ge in anbud. Följaktligen finns en självklar rättighet att få en upphandlings laglighet prövad även i denna abstrakta form, dvs utan att någon skadelidande anbudsgivare manifesterat sitt intresse för att tilldelas ett visst kontrakt genom att ge in anbud.

Arkitekterna består som inledningsvis anförts av fyra var för sig välrenommerade och erfarna arkitektföretag som samtliga haft intresse för att – om rimliga tävlingsvillkor erbjudits – ge in anbud för att få uppdrag att utforma den svenska paviljongen till världsutställningen i Shanghai. Samtliga sökanden har också teknisk förmåga och kompetens för att själva och/eller genom underkonsulter – jmf 11 kap 12 § LOU – ta på sig uppdrag som generalkonsult åt Kommittén och således ansvara för färdig projektering inom alla teknikområden och inte bara gestaltning/design av paviljongen.

Samtliga sökanden är således väl kvalificerade för ett sådant uppdrag och därmed skadelidande i LOU:s mening. Skadan består i att man av ovan anförda skäl inte bedömt det kommersiellt möjligt att ge in anbud för uppdrag

där man annars bedömt att man skulle haft goda möjligheter att tilldelas kontrakt.

En kortare presentation av respektive sökande bifogas, **bilaga 3 – 6**. I korthet kan beträffande dessa anföras. Berg Arkitektkontor AB har en för svenska förhållanden mycket omfattande erfarenhet av att projektera arenarelaterade uppdrag såsom Globen, den nya nationalarenan för fotboll (Råsunda) m fl samt har erfarenhet av ett flertal internationella uppdrag. KOD Arkitekter AB har en omfattande referenslista avseende i första hand bostäder, men har också erfarenhet av utlandsprojekt (Norge och Chile). Marge Arkitekter har tilldelats utmärkelser i ett antal svenska och internationella arkitekttävlingar. ÅWL Arkitekter AB har ett sextiotal anställda och är ett av Sveriges ledande arkitektföretag i fråga om projektering av bostäder och har härutöver stor erfarenhet av publika anläggningar som arenor och upplevelsecenter.

Upphandlingen har påbörjats och torde av ovan anförda skäl inte medföra den konkurrensutsättning LOU förutsätter. Annan rättelse än att Länsrätten förordnar att upphandlingen görs om torde inte kunna komma ifråga.

2.5 *INTERIMISTISKT YRKANDE*

På sätt redogjorts för i denna ansökan har Kommittén genom sin utformning av förfrågningsunderlaget agerat i strid med LOU och de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna. Det är inte osannolikt att länsrätten kommer att bifalla Arkitekternas ansökan och denna är inte ogrundad.¹³ Om Kommittén tillåts slutföra ifrågavarande upphandling innan Länsrätten genom dom avgör denna ansökan, medför det en betydande rättsosäkerhet för den eller de arkitektföretag som må komma att ge in anbud trots det ovan anförda. Det

medför även en osäkerhet för Arkitekterna ifråga om upphandlingen kommer avslutas med tilldelningsbesked före Länsrättens prövning av målet. En inhibition av Länsrätten må följas av ett beslut av Kommittén att förlänga tiden för anbuds ingivande som kan anpassas i tiden till dess att Länsrätten slutligt prövat målet. Ett interimistiskt förordnande må också kunna bidra till att potentiella anbudsgivare avstår från att nu lägga ned tid och resurser trots allt på att ge in anbud, för att istället avvakta om Länsrättens prövning leder till bifall och en ny upphandling istället genomförs med konkurrensneutrala kvalificeringskrav och anbudsutvärderingskriterier. Arkitekterna hemställer därför att Länsrätten snarast prövar Arkitekternas yrkande om inhibition.

Stockholm den 20 maj 2008



John Hane

Registreringsbevis och fullmakter bifogas.

- Bilagor:
1. Förfrågningsunderlag
 2. ABK 96
 3. Presentationsmaterial för Berg Arkitektkontor AB
 4. Presentationsmaterial för KOD Arkitekter AB
 5. Presentationsmaterial för Marge Arkitekter AB
 6. Presentationsmaterial för ÅWL Arkitekter AB

¹³ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 5739-05