



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I FALUN**  
Föredragande  
Matilda Ståhl

**DOM**  
2019-06-10  
Meddelad i Falun

Mål nr  
1936-19

**SÖKANDE**

Serneke Bygg AB, 556621-6908

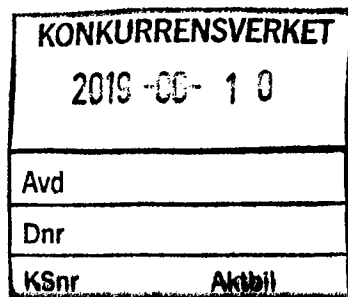
Ombud: Advokat Per-Owe Arfwedson och biträdande jurist Erik Sollenberg  
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB  
Skeppsbron 32  
111 30 Stockholm

**MOTPART**

Kungsbacka kommun  
Stadshuset  
434 81 Kungsbacka

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Serneke Bygg AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 251201

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 S-791 21 Falun	Kullen 4	023-383 00 00 E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenifalun@dom.se">forvaltningsrattenifalun@dom.se</a> <a href="http://www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se">www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se</a>	023-383 00 80	måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00

### **BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Kungsbacka kommun (kommunen) gör en upphandling av Frillesåsskolan om- och nybyggnation (dnr 19/9). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av upphandlingsprotokollet, daterat den 9 april 2019, framgår att ett anbud från Serneke Bygg AB (Serneke) inte ansetts uppfylla samtliga kvalificeringskrav som ställts.

**Serneke** ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs där bolagets anbud utvärderas. Serneke anför i huvudsak följande. Bolagets anbud har förkastats eftersom kommunen ansett att anbudet inte uppfyller ett referenskrav. Bolagets anbud uppfyller referenskravet och skulle rätteligen har utvärderats. Kommunens tillämpning av referenskravet strider mot likabehandlings-, transparens- och proportionalitetsprincipen samt mot 15 kap. 11 § LOU. Bolaget har gått miste om möjligheten att tilldelas kontraktet i upphandlingen och har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

**Kommunen** anser att ansökan om överprövning ska avslås. Kommunen anför i huvudsak följande. Sernekes anbud har förkastats på rätta grunder och kommunen har efterlevt de genomsjapsrättsliga principerna, inklusive likabehandlings- och transparensprincipen.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### **Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning**

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad Serneke anført är visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i

LOU och att detta har medfört att Serneke har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

### Upphandlingsdokumenten

I AFB.52 i upphandlingsdokumenten anges följande.

#### Referensuppdrag



Projektchef, platschef och projekteringsledare som ska ansvara för och arbeta i detta projekt, ska under perioden januari 2014 fram till sista anbudsdag ha genomfört 2 (två) stycken referensobjekt enligt följande:

1. Ett projekt ska avse ny- eller ombyggnad av utbildningsbyggnad med pågående verksamhet med en kontraktssumma om lägst 50 miljoner SEK
2. Ett projekt ska avse en husbyggnadsentreprenad med en kontraktssumma om lägst 50 miljoner SEK

Observera att inlämnade referensuppdrag ska vara avslutade och godkända, dvs. godkänd slutbesiktning ska ha genomförts under denna period.

Beställaren förbehåller sig rätten att avgöra om inlämnat/inlämnade referensuppdrag motsvarar efterfrågad erfarenhet.

Beställaren förbehåller sig vidare rätten att använda s.k. egenreferens (dvs. tidigare erfarenhet av anbudsgivaren). Denna referens kommer att behandlas lika externa referenser. Egenreferensen kommer i förekommande fall att ersätta "Referensuppdrag nr ett (1)".

### Är upphandlingsdokumenten otydliga?

#### *Vad Serneke anför*

Kommunen har ställt krav på referensuppdrag som har genomförts under perioden januari 2014 fram till sista anbudsdag. För en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör är den rimliga tolkningen av kravet att referensuppdrag som har påbörjats före 2014 tillåtna. Det har inte ställts något krav på att referensuppdraget ska ha påbörjats inom den angivna tidsperioden. Eftersom kommunen inte tydliggjort att referensuppdraget ska vara påbörjat inom den angivna tidsperioden är det inte möjligt att kräva detta i efterhand eftersom det skulle strida mot likabehandlings- och transparensprincipen.

*Vad kommunen anför*

Kravet framgår i sin helhet uttryckligen av upphandlingsdokumenten och har inte på något sätt i efterhand förändrats i utformning eller innebörd.

*Förvaltningsrättens bedömning*

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.

Högsta förvaltningsdomstolen har vidare, i HFD 2013 ref. 5, uttalat att överprövningen inte tar sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om den upphandlande enheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Endast om den upphandlande myndigheten tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angetts i upphandlingsdokumenten kan det således bli aktuellt att ingripa mot en upphandling på denna grund.

Av upphandlingsdokumenten framgår att referensuppdragen ska vara genomförda under perioden från januari 2014 till sista anbudsdag. Serneke gör gällande att även referensuppdrag påbörjade innan januari 2014 ska anses uppfylla kravet. Förvaltningsrätten anser inte att det finns stöd i upphandlingsdokumenten för att även uppdrag påbörjade innan januari 2014

ska anses uppfylla kravet. Begreppet ”genomfört” måste förstås så att de referensuppdrag som åberopas ska vara genomförda i sin helhet under perioden, det vill säga både påbörjade och slutförda. Kommunen har således inte agerat i strid med likabehandlings- eller transparensprincipen när man har tillämpat kravet på så sätt.

**Strider kravet på referenser i AFB.52 mot 15 kap. 11 § LOU?**

*Vad Serneke anför*

Kommunen får inte begära någon annan bevisning än den som tas upp i 15 kap. 11 § LOU och de beviskrav som ställs ska tolkas och tillämpas på det sätt som avses i bestämmelsen. Första punkten i 15 kap. 11 § LOU innebär som utgångspunkt att referensuppdragen ska ha slutförts inom den angivna tidsperioden. Bestämmelsen tillåter inte att den upphandlande myndigheten ställer krav på när referensuppdragen ska vara påbörjade och något krav på hur länge ett uppdrag ska ha pågått får inte ställas.

*Vad kommunen anför*

Bestämmelsen i 15 kap. 11 § som Serneke hänvisar till avser leverantörens tekniska kapacitet och inte yrkeskunnande hos antalet nyckelfunktioner och det kan därför ifrågasättas om bestämmelsen överhuvudtaget är tillämplig på aktuellt krav.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att 15 kap. LOU inte reglerar vilka kvalificeringskrav som får ställas utan endast rör egen försäkran och vilken utredning som får begäras in från leverantörer. Vilka kvalificeringskrav som får ställas regleras i 14 kap. LOU.

I 14 kap. 1 § LOU anges bl.a. att en upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får endast avse behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell

ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. I 14 kap. 5 § anges att ett krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

I 15 kap. 6 § LOU anges att den utredning en upphandlande myndighet får begära att leverantören ska lämna in till myndigheten anges i 7–15 §§ och att denna utredning bl.a. ska visa att leverantören uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–5 §§. I 15 kap. 11 § LOU 1 p. anges att en upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs tekniska kapacitet i form av en förteckning över genomförda byggentreprenader under högst de fem senaste åren, åtföljda av intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna har utförts på ett tillfredsställande sätt.

Den upphandlande myndigheten får således ställa krav på leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet så länge kraven har anknytning till det som ska anskaffas och står i proportion till detta. Förvaltningsrätten anser inte att det faktum att efterfrågade referensuppdrag ska vara genomförda under en viss period innebär att kommunen ställt krav på hur länge ett uppdrag ska ha pågått. Serneke har vidare inte anfört omständigheter som visar att det krav som ställts står i strid med bestämmelserna i 14 kap. LOU. Serneke har heller inte visat att kommunen har begärt in sådan utredning som strider mot bestämmelserna i 15 kap. LOU. Serneke har således inte visat att kravet i AFB.52 formulerats i strid med bestämmelserna i LOU.

**Är kravet på referenser oproportionerligt?**

*Vad Serneke anför*

Kommunens tolkning av referenskravet får orimliga konsekvenser genom att kravet i onödan utestänger anbudsgivare som påbörjat ett långvarigt uppdrag innan tidsperiodens början men där huvuddelen av uppdraget genomförts och uppdraget avslutats inom tidsperioden. Detta innebär att likvärdiga referensuppdrag utesluts utan sakligt motiverade skäl i strid med proportionalitetsprincipen. Med kommunens tolkning är det uteslutet att anbudsgivarna lämnar referensuppdrag som pågått längre än fem år. Det finns inte sakligt motiverade skäl att utesluta referensuppdrag endast på grund av att de har pågått under längre tid än fem år. Tidpunkten för påbörjandet av ett uppdrag saknar också betydelse vid bedömningen av om en anbudsgivare besitter en viss erfarenhet eftersom det är först när uppdraget är slutfört som anbudsgivaren kan anses ha tillgodogjort sig den fullständiga erfarenheten från uppdraget.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (se prop. 2006/07:128 s. 132). En upphandlande myndighet har stor frihet att själ välja vilka krav som ställs på den vara eller tjänst som upphandlas så länge kraven inte strider mot de grundläggande principerna och övriga bestämmelser i LOU.

Serneke har gjort gällande att kravet på att referensuppdragen ska vara påbörjade och avslutade inom den angivna tidsperioden medför att anbudsgivare som genomfört likvärdiga uppdrag men som påbörjats innan tidsperioden utestängs utan sakligt motiverade skäl. Kommunen har valt att kräva att referensuppdrag som åberopas ska vara genomförda under

perioden januari 2014 fram till sista anbudsdag. Förvaltningsrätten konstaterar att kravet har framgått tydligt av upphandlingsdokumenten samt att kravet har en tydlig koppling till vad som upphandlas. Det faktum att referensuppdrag som påbörjats före den angivna tidsperioden inte kan anses uppfylla kravet medför inte att kravet är utformat i strid med proportionalitetsprincipen.

#### **Uppfyller Serneke kravet på referenser?**

##### *Vad Serneke anför*

Ett av bolagets referensuppdrag genomfördes under perioden 2013 – december 2014 och uppdraget slutfördes således under 2014. Referensuppdraget ska således anses uppfylla kravet på referenser.

##### *Vad kommunen anför*

Det referensuppdrag som Serneke har angett faller utanför den tidsram som angetts och är därmed inte en fullgod referens. Sernekes anbud uppfyller därmed inte kravet på referensuppdrag och har därför diskvalificerats.

##### *Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att kravet ska förstås på så sätt att referensuppdragen ska vara genomförda i sin helhet under den angivna tidsperioden, det vill säga både påbörjade och slutförda. Eftersom ett av Sernekes referensuppdrag påbörjats före den angivna tidsperioden kan bolagets anbud inte anses uppfylla kravet. Det har således varit korrekt av kommunen att förkasta Sernekes anbud.

#### **Sammanfattning**

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att Serneke inte har visat att kommunen har förfarit i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU vid utformningen eller



tillämpningen av upphandlingsdokumenten. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (FR-05).

Hanna Berglund  
rådman



## Hur man överklagar

FR-05

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

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

### 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.

### 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.

