



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**

**DOM**  
2017-02-09  
Meddelad i Jönköping

Mål nr  
4888-16

**SÖKANDE**

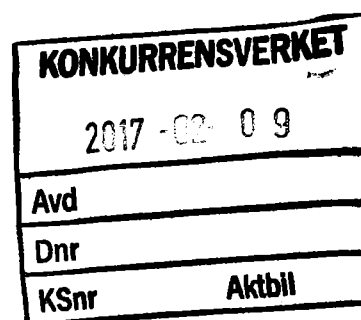
NCC Sverige AB, 556613-4929  
170 80 Solna

Ombud: Advokaten Carl Bokwall och biträdande juristen Gabriella Kiluk  
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB  
Funckens gränd 1  
111 27 Stockholm

**MOTPART**

Borås Energi och Miljö AB  
Box 1713  
501 17 Borås

Ombud: Advokaten Magnus Myrbäck  
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB  
Box 4501  
203 20 Malmö



**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Borås Energi och Miljö AB:s yrkande om att målet ska avskrivas.

Förvaltningsrätten avslår NCC Sverige AB:s ansökan om överprövning.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Borås Energi och Miljö AB (Borås Energi) genomför en upphandling avseende en totalentreprenad av en ny friliggande byggnad för kraftvärmeverk. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förhandlat förfarande enligt

Dok.Id 217180

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00  
**E-post:** forvaltningsrattenijonkoping@dom.se  
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00-16:00

LUF. Enligt tilldelningsbeslut har Serneke Anläggning AB (Serneke) tilldelats kontraktet.

NCC Sverige AB (NCC) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen rättas på så vis att Sernekes anbud förkastas vid en ny utvärdering.

Borås Energi yrkar i första hand att målet ska avskrivas. I andra hand yrkas att ansökan ska avslås.

NCC motsätter sig att målet ska avskrivas.

#### VAD PARTERNA ANFÖR

##### *NCC*

Ett obligatoriskt krav i upphandlingen var att anbudssökande skulle ge in tre referensprojekt. För att kravet ska vara uppfyllt krävs bl.a. att referensuppdragen är av "liknande karaktär" i förhållande till upphandlingsföremålet. Upphandlingsföremålet är ett kraftvärmeverk. En sådan byggnad är uppförd för industriändamål och det medför att referensuppdragen måste ha likheter med sådana byggnader. De byggnader Serneke åberopat i sina referensprojekt är av ett helt annat slag, det rör sig om två olika kontorsbyggnader samt en multisportarena. Dessa byggnader är av en annan karaktär än industribyggnader. Serneke uppfyller därmed inte samtliga krav i upphandlingen.

För att avgöra om referensuppdrag är av liknande karaktär i förhållande till upphandlingsföremålet måste göras en avgränsning av vilka projekt som kan anses likna upphandlingsföremålets karaktär. Denna avgränsning ska ske utifrån upphandlingsföremålet. Upphandlingsföremålet är att uppföra en byggnad för ett kraftvärmeverk. Bedömningen och avgränsningen av vilka referensprojekt som kan godtas måste ske utifrån vad som kan anses vara

närliggande till sådana byggnadstyper. NCC gör inte gällande att referensprojekt måste avse just kraftvärmeverk. Ett sådant krav skulle begränsa konkurrensen och betraktas som oproportionerligt. Industribyggnader är dock i förhållandet till en byggnad för kraftvärmeverk ett avsevärt bredare begrepp. Det innefattar ett flertal byggnader med skiftande industriella funktioner, men där det tekniska kunnandet och erfarenheten hos den som uppfört byggnader för tung industriell produktion är likartad.

Byggnation av industrianläggningar omfattar en rad karakteristiska särdrag. De laster industribyggnader ska vara utformade för och hantera är ofta mer dynamiska och tyngre än vad som generellt gäller för andra byggnader, exempelvis kontorsbyggnader. Industribyggnader innefattar flera processinstallationer exempelvis installation av panna och turbin, de har ofta höga bjälklagshöjder och täcker stora spännvidder. Detta ställer helt andra krav på byggnadernas konstruktion och byggteknik jämfört med andra byggnader. Uppförandet av industribyggnader kräver särskild erfarenhet att isolera vibrationer och svängningar från installationer (t.ex. maskiner), det krävs särskild erfarenhet att bygga höga byggnader, särskilda insikter och erfarenheter kring hur grunden gjuts och utformas samt hur samordningen mellan leverantörerna och övriga sidoleverantörer sköts. Byggnader som uppförts i annat syfte, som t.ex. kontorsbyggnader, har andra kännetecken, egenskaper och tekniska utmaningar. Det är därför naturligt att endast godkänna referensuppdrag som är industribyggnader eller byggnader som innefattar tung industriproduktion.

Har man ställt ett krav om att referensprojekten ska vara av liknande karaktär kan man inte välja att fokusera på andra krav istället, som omfattning, byggnadsmaterial och liknande. Kravet kan då uppfyllas av en rad byggprojekt som är "stora" och vars kontraktsvärde överstiger 50 MSEK även om byggnaden till sin karaktär kraftigt skiljer sig från det aktuella upphandlingsföremålet trots att dessa byggnaders karaktär och byggtekniska utma-

ningar skiljer sig från en byggnad för kraftvärmeproduktion. Kvalificeringskravet skulle då inte fylla sin funktion att säkerställa att anbudsgivare har tillräckligt tekniskt kunnande och erfarenhet att uppföra den typ av byggnad som motsvaras av upphandlingsföremålet.

Inte något av Sernekes referensprojekt avser en industrianläggning varför de saknar, eller har endast i begränsad utsträckning de särdrag som är kännetecknande för industribyggnader. Av beskrivningen av projekten framgår inte att de innehåller någon form av industriell verksamhet eller har krävt processinstallationer av det slag som krävs vid uppförande av industrianläggningar. NCC konstaterar att ett av Sernekes referensobjekt är en kontorsbyggnad som uppskattningsvis är ca 10 meter hög medan det framgår av de ritningar Borås Energi tillhandahållit att kraftvärmeverksbyggnaden ska vara ca 50 meter hög. Den kontorsbyggnad som Serneke åberopat kan därmed knappast sägas vara av liknande karaktär som upphandlingsföremålet. Sernekes referensuppdrag motsvarar därmed inte det tekniska kunnandet och erfarenheterna som krävts enligt referenskravet. Serneke borde därmed inte ha kvalificerats i upphandlingen. Att inte beakta karaktären på referensuppdragen innebär att Borås Energi frångår lydelsen i sitt krav vilket strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

#### Anbudets giltighet

Det är först genom Borås Energis yttrande som NCC tagit del av Borås Energis begäran om förlängning av anbudet. Så snart NCC fick del av Borås Energis senaste yttrande har NCC förlängt giltigheten av sitt anbud i enlighet med Borås Energis begäran. Av de administrativa föreskrifterna till upphandlingen framgår att eventuella tillägg till förfrågningsunderlaget och därmed all kommunikation under upphandlingen skulle ske via Tendsign. Anbudgivarna hade anmodats att registrera en kontaktperson med vilken kommunikation skulle ske. NCC utsåg en kontaktperson och angav även en e-postadress till denne. Därefter har NCC bevakat denna e-post såväl under

upphandlingen som efter tilldelningsbeslut. Någon begäran om förlängning har inte skickats till den av NCC angivna e-postadressen. Efter att tilldelningsbeslut meddelats skickas Borås Energis meddelanden inte till alla anbudsgivare utan endast till den e-postadress som angetts av den valda avtalsleverantören. Skyldigheten att kontrollera frågor och svar inte endast förlita sig på de meddelanden som skickas till den angivna e-postadressen sträcker sig enligt förfrågningsunderlaget fram till och med anbudstidens slut.

Eftersom Borås Energi inte tillsåg att begäran om förlängning skickades till den e-postadress som NCC angett har Borås Energi inte följt de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Detta innebär att Borås Energi har en skyldighet att beakta NCC:s förlängning av anbudets giltighet. Något upphandlingsrättsligt hinder för Borås Energi att godta NCC:s förlängning föreligger inte. Borås Energis begäran om förlängning skedde först efter att anbudstiden löpt ut. Därmed kan inte det förhållande att NCC:s anbuds giltighetstid löpt ut åberopas som skäl att inte godta NCC:s förlängning. Eftersom NCC:s anbud är förlängt har inte ändamålet med NCC:s talan fallit och NCC lider fortfarande skada av de brister som anförts.

#### *Borås Energi*

Aktuellt kvalificeringskrav är utformat så att åberopade referensprojekt ska likna föremålet för upphandlingen till storlek och innehåll. Tvistefrågan gäller om referensprojekten liknar föremålet för upphandlingen till storlek och innehåll. I avsaknad av exakt definition av detta kriterium måste ledning hämtas från hur Borås Energi i anbudsfrågan närmare beskrivit föremålet för upphandlingen. Borås Energi har huvudsakligen fokuserat på hur aktuell byggnad ska vara utformad och vilka byggnadsmaterial som kan komma ifråga. Detta beror på att upphandlingen i allt väsentligt går ut på att uppföra en byggnad, dvs. själva skalet. Aktuellt kvalificeringskrav innebär en hel-

hetsbedömning av om de referensprojekt anbudssökanden redovisat till storlek och innehåll liknar föremålet för upphandlingen.

Det har inte uppställts något krav på att referensuppdragen ska avse industribyggnader och än mindre industrianläggningar. Det är visserligen korrekt att byggnaden ska innehålla ett kraftvärmeverk och därför kan beskrivas som en industribyggnad. Av detta kan man emellertid inte dra slutsatsen att upphandlingen skulle innefatta en lång rad särdrag som upphandlingar av andra entreprenader avseende industribyggnader kan innefatta. I sammanhanget kan noteras att olika typer av industribyggnader torde ha väsentligt olika särdrag. Borås Energi har inte uppställt krav på att anbudssökanden ska visa att denna har gedigen erfarenhet och tekniskt kunnande kring de problemställningar som man kan ställas inför vid uppförande av en byggnad för tyngre industriell produktion. Ansvar för dimensionering och detaljprojektering av stålstomme, fundament och övriga eventuella konstruktioner som hanterar dynamiska laster och avvibrering med anledning av aktuella processinstallationer innefattas i sidoentreprenaderna och inte i upphandlingen. Borås Energi ansvarar för samordningen mellan entreprenörerna. Upphandlingen avser endast uppförande av en byggnad i enlighet med Borås Energis anvisningar som inte kräver specifik erfarenhet av uppförande av byggnader för tyngre industriell produktion.

NCC har inte visat att det av kvalificeringskravet eller av anbudsinbjudan skulle framgå att de åberopade referensuppdragen ska utvärderas utifrån de påstådda särdrag som NCC gör gällande är karaktäristiska för industribyggnader. Att tolka in sådana särdrag är i strid med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. I anbudsinbjudan undantas dessutom flertalet av dessa moment uttryckligen från upphandlingen.

Sernekes referensprojekt avser nya kontorskomplex vid Göteborgs Energis befintliga lokaler, uppförande av en ny multisportanläggning innehållande

en skidanläggning inomhus och en fotbollsplan m.m. samt uppförande av ny byggnad som utgörs av en verkstads- och laboratoridel samt kontors- och konferensutrymme. Borås Energi har bedömt att de referensprojekt Serneke åberopar liknar föremålet för upphandlingen till storlek och innehåll. Vid denna bedömning har hänsyn tagits till omfattning, komplexitet och byggnadsmaterial i förhållande till den beskrivning av upphandlingsföremålet som ges i anbudsinvitan. Samtliga av Sernekens angivna referensuppdrag överstiger med god marginal gränsen på 50 MSEK samt avser stora byggnader som kan mäta sig med komplexiteten och särdragen i aktuell upphandling och har uppfyllt kraven om att vara genomförda med gott resultat. Uppförande av kontors- och verkstadskomplex innefattar typiskt sett fler och minst lika komplicerade installationer inom områdena el, ventilation och VA jämfört med skalbyggnaden för kraftvärmeverk.

#### Anbudets giltighet

Giltighetstiden för samtliga anbud gick ut 30 november 2016. Mot bakgrund av överprövningsprocessen har Borås Energi bett samtliga anbudsgivare att förlänga giltighetstiden för sina anbud. Samtliga anbudsgivare har fått samma information beträffande det förhållandet att anbudstidens giltighet höll på att löpa ut. NCC har inte lämnat in någon bekräftelse av att förlängning av deras anbud gjorts. För denna fråga saknar det betydelse om Borås Energi bett anbudsgivare att förlänga sina anbud eller om Borås Energis begäran kommit rätt person tillhanda hos NCC. Ansvaret för denna fråga ligger hos leverantören. Det existerar därför inte längre något giltigt anbud från NCC som kan antas av Borås Energi varför rättelse inte längre är möjlig. Borås Energi gör på denna grund i första hand gällande att ändamålet med NCC talan fallit och att målet ska skrivas av. Av samma skäl kan NCC inte heller längre anses lida skada på grund av det påstådda upphandlingsfelet varför Borås Energi i andra hand gör gällande att NCCs ansökan om överprövning ska avslås.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### *Gällande regler*

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 24 § LUF behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

### *Anbudsinbjudan*

#### 1.1.6 AFD.1 Omfattning (utdrag ur anbudsinbjudan)

Inom Sobacken skall en ny friliggande byggnad för kraftvärmeverk uppföras. Fliseldad panna, turbin, ställverk och tillhörande utrustning ingår inte i denna upphandling. Markarbeten för grundläggning och anslutning till kringliggande mark ingår ... Byggnaden kommer att ha en byggyta av ca 4 000 kvm och en höjd av ca 45 m. ... Byggnaden skall uppföras med stomme av stål och betong... Ytterväggar skall utföras av förslagsvis prefabricerade betongelement (ljudkrav), prefabricerade sandwichelement med ytskikt av plåt samt glaspartier. Taktäckning utföres med bärning av betong och med bärning av plåt. Installationer för byggnaden ingår. Installationer består av allmän el, ventilation och VA. Installation av en hiss ingår...

#### 1.3.3 AFB.52 Prövning av Anbudssökandes lämplighet (utdrag ur anbudsinbjudan)

##### *Krav avseende teknisk förmåga och kapacitet*

Anbudssökande respektive tilltänkt arbetsledare hos Anbudssökande ska ha tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för att kunna genomföra det uppdrag som upphandlingen avser. Som bevis på detta ska anbudsansökan innehålla följande:

- uppgifter om Anbudssökandes dokumenterade erfarenhet av tre (3) st. för upphandlingen relevanta referensprojekt utförda under de senaste fem (5) åren. Tre (3) projekt ska åberopas, varken fler eller färre. Omfattningen för respektive referensprojekt ska redovisas.



Åberopade referensprojekt ska till karaktär och omfattning likna föremålet för denna upphandling. Referensprojekten ska vara genomförda med fullgott resultat (slutbesiktigade), utifrån krav gällande för respektive referensprojekt. Respektive referensprojekt ska ha ett ordervärde överstigande 50 MSEK per projekt. Anbudssumman för respektive referensprojekt ska redovisas. Samtliga tre (3) referensprojekt ska redovisas enligt ”Formulär referenser”, bilaga AFB.52.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att något kontrakt ännu inte tecknats och att upphandlingen därmed inte är att anse som avslutad i den mening som avses i LUF. Vid tidpunkten för ansökan om överprövning var NCC:s anbud fortfarande giltigt. En domstol bör i princip endast avskryva en ansökan om överprövning när upphandlingen i fråga har avslutats (jfr RÅ 2008 not 26). Borås Energis yrkande om att målet ska avskrivas ska därför avslås.

Frågan om den omständigheten att NCC:s anbuds giltighetstid kan ha löpt ut kan enligt förvaltningsrättens mening beaktas först om det finns skäl för ingripande i upphandlingen i enlighet med LUF (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3467-13). Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till om finns skäl för ingripande enligt LUF.

NCC gör gällande att anbudet från Serneke inte uppfyller kvalificeringskraven avseende teknisk förmåga och kapacitet i anbudsinbjudan då åberopade referensprojekt inte har liknande karaktär i jämförelse med upphandlingsföremålet. NCC menar att kraven ska tolkas så att liknande referensprojekt ska avse industribyggnader. Borås Energi har genmält att Serneke har uppfyllt kvalificeringskravet i denna del. Borås Energi menar att kravet ska tolkas som så att åberopade referensprojekt ska likna upphandlingsföremålet avseende omfattning, material och teknisk komplexitet. Det är ostridigt i målet att kravet inte ska tolkas som att liknande karaktär innebär att referensprojekten ska avse kraftvärmeverk.

Förvaltningsrätten konstaterar att någon uttrycklig definition av vad som Borås Energi avsett med begreppet av "liknande karaktär" inte återfinns i anbudsinbjudan. En rimlig utgångspunkt i förevarande fall är därmed att begreppet ska definieras utifrån den beskrivning ifråga om upphandlingsföremålet som uppställts i underlaget. De moment som uttryckligen framgår där får utgöra utgångspunkten för bedömningen av om referensprojekten kan avses vara av liknande karaktär med upphandlingsföremålet. Borås Energi har i anbudsinbjudan i punkt 1.1.6 AFD beskrivit omfattningen av vad upphandlingen avser. Däri anges att entreprenaden avser att uppföra en ny friliggande byggnad av ett kraftvärmeverk. Vidare anges närmare byggnadens storlek, material för byggnadens stomme, ytterväggar och taktäckning samt att installationer av el, ventilation, VA och hiss ingår. Ur det som anges i anbudsinbjudan kan inte utläsas att arbetet avser någon del av det som NCC anfört är karakteristiska kärnegenskaper för industribyggnader. Grund för att kravet på likvärdighet med upphandlingsföremålet ska tolkas på specifikt det sätt NCC har gjort gällande har därmed inte framkommit.

Förvaltningsrätten finner det heller inte visat att Borås Energi vid sin bedömning av det vinnande bolagets referensuppdrag tagit ovidkommande hänsyn eller avvikit från kriterierna i anbudsinbjudan. Vad som har framkommit i denna del utgör därmed heller inte skäl att ingripa mot upphandlingen. Sammantaget föreligger inte skäl att ingripa mot upphandlingen på de av NCC åberopade grunderna. Ansökan ska därför avslås.

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

Veronica Lindström

Rådmannen Veronica Lindström har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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