



**SÖKANDE**

Sydskiffer AB, 556207-2396  
Seldonsvägen 5  
302 62 Halmstad

**MOTPART**

Malmö kommun

Ombud: advokaten Annika Andersson och jur.kand. Hanna Wackå  
Advokatfirman Lindahl KB  
Studentgatan 6  
211 38 Malmö

**SAKEN**

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

KONKURRENSVERKET	
2019-04-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Sydskiffer AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

---

## BAKGRUND

Malmö kommun genomför en upphandling av renovering av yttertak och fönster på Slottet Kv. Stadsbiblioteket 1 (projektnummer 5700). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU.

Efter utvärdering av inkomna anbud beslutade Malmö kommun den 16 november 2018 att anta anbudet från Sydskiffer AB. Anbudet från Helsingborgs Byggplåt AB diskvalificerades. Kommunen har därefter återkallat tilldelningsbeslutet och har den 27 november 2018 beslutat att anta anbudet från Helsingborgs Byggplåt AB.

## YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

**Sydskiffer AB** (Sydskiffer) ansöker om överprövning av upphandlingen. Sydskiffer yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till grund för sin ansökan anför Sydskiffer bl.a. följande. Byggplåt har för vart och ett av referensuppdragen angett samma text under punkterna ”a) Projekt” och ”c) Referens”, nämligen olika kyrkonamn. Då det inte går att utläsa vem som varit beställare av respektive projekt uppfyller inte Byggplåt det obligatoriska kravet på att ange referens. Byggplåt har inte heller visat att man angett fyra olika referenspersoner. Som referensprojekt har Byggplåt åberopat uppdrag utförda av Takskifferspecialisten AB och till sitt anbud bifogat ett intyg från detta bolag. Av intyget följer att Takskifferspecialisten står till Byggplåts förfogande vid *ingående* av entreprenadkontrakt avseende aktuell upphandling. Det framgår dock inte att Takskifferspecialisten ställer sina resurser till förfogande under tiden kontraktet ska fullgöras. Byggplåt har därmed inte uppfyllt den bevisbörda som åligger bolaget enligt 14 kap. 6 § LOU.

I Byggplåts anbud har angetts att Takskifferspecialisten har utfört fyra olika referensuppdrag som innefattar skifferläggning och koppar-/aluminiumtäckning. Vad gäller referensuppdrag 2 framgår emellertid inte att det varit Takskifferspecialisten som utfört arbetet med koppar-/aluminiumtäckning, utan att bolaget anlitat en underentreprenör för utförande av plåtarbetena. Takskifferspecialisten har därför rätteligen saknat möjlighet att ange att man utfört koppararbeten avseende referensuppdrag 2.

De referensuppdrag som lämnats av Byggplåt är inte av likartad karaktär som de arbeten som nu upphandlas. På stadsbiblioteket ska samtliga koppararbeten göras om, till ett uppskattat värde om ca 6,5 miljoner kr. Byggplåts referensuppdrag omfattar enklare plåtarbeten med betydligt mindre ekonomisk omfattning. Det kan även konstateras att inget av referensuppdragen har kopparplåttäckning. Sydskiffer har kontaktat fyra oberoende plåtkonsulter och låtit dessa utgå från antikvariska rapporter från tre av referensuppdragen samt bildbilaga avseende stadsbiblioteket. Samtliga plåtkonsulter uppger att entreprenaderna på kyrkorna inte går att likställa med stadsbiblioteket.

Vidare har kommunen inte uppställt något krav på att anbudsgivarna ska ge in intyg om att de viktigaste entreprenaderna genomförts på ett tillfredsställande sätt. Kommunens utformning av kravet på angivande av referenser är således inte förenligt med 15 kap. 11 § 1 LOU. Vikten av att upprätthålla kravet på likabehandling torde vara tillämpligt även om det i förevarande fall rör sig om en förenklad upphandling.

För det fall förvaltningsrätten inte delar uppfattningen om att kravet på angivande av "referens" i anbudsformuläret respektive "olika referenspersoner" i AFB.52 rätteligen innebär ett krav på angivande av vem som varit beställare av respektive referensprojekt samt att dessa skulle ha utförts för olika beställare görs i andra hand gällande att upphandlingsdokumenten

har varit otydligt utformade i denna del. För det fall förvaltningsrätten skulle anse att kommunen inte tydligt efterfrågat information om vem som varit beställare av respektive referensprojekt görs vidare gällande att kravet på att referensprojekten ska ha utförts för olika referenspersoner varit omöjligt att kontrollera och därmed öppnat upp för godtycklighet. Genom kommunens agerande i aktuell upphandling har Sydskipper lidit skada.

**Malmö kommun** anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. I AFB.52 uppställs inget krav kopplat till *vem* som har varit beställare avseende angivna referensprojekt eller att angivna referensprojekt måste ha utförts av olika beställare. Vidare saknar det betydelse att anbudsgivaren eller det företag vars kapacitet anbudsgivaren åberopar i viss omfattning har använt sig att underentreprenörer, då det i förfrågningsunderlaget inte uppställs något krav som innebär att referensprojekten inte får ha utförts med hjälp av underentreprenörer.

Kravet på vad som anses vara av likartad karaktär har efter fråga i ”Frågor och svar”-funktionen i Tendsign förtydligats enligt följande: *Anbudsgivare eller anbudsgivares underentreprenörer ska lämna referenser på skiffertak och aluminiumplåttäckning eller kopparplåttäckning*. Det saknar betydelse att vissa arbetsmoment varit större eller mindre i enskilda referensprojekt och att projekt har mindre ekonomisk omfattning. Byggplåt uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda krav på referensprojekt. Oaktat ovanstående måste definitionen *likartad karaktär* ges en vidsträckt tolkning och kan inte innebära att referensprojekt måste vara av exakt samma storleksordning och komplexitet som den entreprenad som nu upphandlas.

Sydskipper anför att Byggplåts intyg om åberopande av annat företags kapacitet inte uttryckligen omfattar uppdragstiden och att Byggplåt därför inte skulle ha uppfyllt bevisbördan enligt 14 kap. 6 § LOU. Det kan

konstateras att bestämmelsen i 14 kap. 6 § LOU inte är tillämplig i aktuell upphandling. Det saknas även formkrav för hur en leverantör ska visa att denne förfogar över nödvändiga resurser vid fullgörandet av kontraktet. Genom åberopat intyg står det klart att Takskifferspecialisten ställer sina resurser till Byggplats förfogande för den aktuella upphandlingen. Endast det faktum att Takskifferspecialisten använt ordet ingående, istället för t.ex. genomförande eller fullgörande, medför inte att det finns skäl att betvivla att Takskifferspecialisten faktiskt ställer sina resurser till förfogande vid fullgörandet av ett eventuellt kontrakt.

Vid upphandling som genomförs som ett förenklat förfarande finns det inte något krav på att en förteckning över genomförda byggentreprenader ska vara åtföljd av intyg enligt 15 kap. 11 § 1 LOU. Om förvaltningsrätten skulle komma fram till att denna bestämmelse ska utgöra vägledning för tillämpningen även enligt 19 kap. LOU är det av central betydelse att samtliga omständigheter som anges ska vara uppfyllda när teknisk kapacitet ska bevisas. Det finns inget som hindrar att en upphandlande myndighet utifrån en referensförteckning själv inhämtar uppgifter om entreprenadens utförande från angivna kontaktpersoner. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att erfarenhet visas genom referenser och kommunen har genomfört referenstagning i samband med kvalificeringen av anbudsgivare. Referenspersonernas svar har nedtecknats i en skriftlig handling, vilket motsvarar ett sådant skriftligt intyg som krävs enligt 15 kap. 11 § 1 LOU. Även om kommunen inte har begärt in skriftligt intyg om att referensprojekten genomförts på ett tillfredsställande sätt så har uppgifterna redovisats på ett godtagbart sätt.

Sydskiffer anför att upphandlingen ska göras om på grund av att kravet på referenser är otydligt. Av AFB.52 framgår endast krav på att anbudsgivare ska ange fyra olika *referenspersoner*, med vilket avses fysiska personer och

inte beställare. Det är därför uppenbart att begreppet *referens* syftar på en fysisk person. Syftet med att kommunen har efterfrågat uppgifter är att möjliggöra referenstagning och således kontrollera att anbudsgivare har erforderlig kapacitet i enlighet med förfrågningsunderlaget ställda krav. Det har därmed inte varit av betydelse vem som angetts som beställare för respektive referensprojekt. Vidare kan tilläggas att de frågor som referenspersonerna enligt AFB.52 har att besvara är generella och kan besvaras av annan än företrädare för beställaren av referensprojektet.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten 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 efter rättelse gjorts.

De grundläggande principerna om likabehandling och transparens innefattar ett krav på att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt

för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Sydskiffer gör gällande att Byggplåt inte uppfyllt de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Detta på grund av att det inte går att utläsa vem som varit beställare av Byggplåts referensprojekt, att intyget om att Takskifferspecialisten AB ställer sina resurser till förfogande endast gäller vid ingående av entreprenadkontrakt avseende aktuell upphandling, att en underentreprenör till Takskifferspecialisten AB har utfört ett av referensprojekten samt att referensuppgiften inte är av likartad karaktär som aktuell upphandling.

Av punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Anbudsgivaren ska i anbudet ange fyra referenser med olika referenspersoner från genomförda projekt av likartad karaktär. Projekten ska ha omfattat omläggning av skiffertak med kopparplåttäckning.

Förvaltningsrätten konstaterar vid sin bedömning att det i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska ange fyra olika referenser. Däremot finns inget uttalat krav om att anbudsgivare även ska ange beställaren av respektive referensprojekt. Med denna utgångspunkt finns det inte skäl att förkasta Byggplåts anbud med hänvisning till vad Sydskiffer anfört i denna del.

Byggplåt har gett in ett intyg där det framgår att Takskifferspecialisten AB står till Byggplåts förfogande med erforderliga resurser vid ingående av

utförandeentreprenad inom Stadsbiblioteket i Malmö. Av 19 kap. 23 § LOU framgår att en leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet samt att leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Enligt förvaltningsrätten har det inte kommit fram annat än att det ingivna intyget utgör tillräcklig bevisning för att Takskifferspecialisten AB står till Byggplåts förfogande med erforderliga resurser under hela uppdragets fullgörande och inte endast i samband med kontraktets ingående. Det finns därför inte skäl att förkasta Byggplåts anbud på denna grund.

De referensprojekt som Byggplåt lämnat uppgift om har utförts av Takskifferspecialisten AB. Vad gäller referensprojekt 2 har Takskifferspecialisten AB anlitat en underentreprenör för utförande av en del av uppdraget. Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon uttrycklig begränsning med innebörd av att referensprojektet ska ha utförts utan anlitan av underentreprenör. I förevarande fall har Takskifferspecialisten AB ansvarat för projektet och det arbete som underentreprenörerna har utfört. Att Takskifferspecialisten AB har anlitat en underentreprenör kan inte anses innebära att referensprojekt 2 inte uppfyller uppställda krav i förfrågningsunderlaget. Skäl för ingripande på denna grund föreligger därmed inte.

Härefter uppkommer frågan om de av Byggplåt lämnade referensuppdragen brister i uppfyllelse i förhållande till kravet på likartad karaktär enligt förfrågningsunderlaget. Det aktuella uppdraget omfattar renovering av yttertak och fönster på Malmö stadsbibliotek. Av punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ange fyra referenser med olika referenspersoner från genomförda projekt av likartad karaktär. Det har i förfrågningsunderlaget inte uppställts några närmare specifikationer på vad som utgör ett projekt av likartad karaktär. Något



krav på att referensprojekten ska vara av en viss omfattning har exempelvis inte uppställts. I ”frågor och svar”-funktion har kommunen angett att anbudsgivare eller anbudsgivares underentreprenörer ska lämna referenser på skiffertak och aluminium- eller kopparplåttäckning. Byggplåt har tillsammans med anbudet inkommit med uppgifter om fyra olika referensprojekt gällande uppdrag som innefattat skiffertak och aluminium- eller kopparplåttäckning på kyrkor. Mot denna bakgrund finner rätten inte att annat är visat än att Byggplåt har lämnat referensuppdrag som uppfyller kravet på likartad karaktär.

Sydskiffer gör även gällande att upphandlingen ska göras om med anledning av att kommunen inte uppställt något krav på att anbudsgivarna ska ge in intyg i enlighet med 15 kap. 11 § 1 LOU, att upphandlingsdokumenten har varit ottydligt formulerande gällande vad som avses med ”referens” och ”referensperson” samt att kravet på att referensprojekten ska ha utförts för olika referenspersoner har varit omöjligt att kontrollera.

Malmö kommun har i punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget angett att anbudsgivaren i anbudet ska ange fyra referenser med olika referenspersoner från genomförda projekt av likartad karaktär. Något krav på att anbudsgivaren ska inkomma med intyg avseende referensprojekten har inte uppställts. Av 15 kap. 11 § 1 LOU framgår 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, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna har utförts på ett tillfredsställande sätt. Förvaltningsrätten konstaterar att den aktuella upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i 19 kap. LOU. I enlighet med 19 kap. 2 § LOU är bestämmelsen i 15 kap. 11 § 1 LOU inte tillämplig vid denna typ av upphandling. I 19 kap. LOU saknas bestämmelser om vilken typ av utredning av en leverantörs tekniska

kapacitet som en upphandlande myndighet får begära. Även om intyg inte har begärts in om att referensprojekten utförts på ett tillfredsställande sätt så har uppgifterna ändå redovisats och dokumenterats på ett godtagbart sätt genom företagen referenstagning. Enligt förvaltningsrätten har det mot bakgrund härav inte framkommit att kommunen, genom att inte begära in intyg avseende referensprojekten, har behandlat anbudsgivarna på ett icke likvärdigt sätt.

Sydskipper kan enligt rätten inte heller anses ha visat att kommunens tolkning av kravet på referenser står i strid med transparensprincipen. Som tidigare har angetts framgår det av upphandlingsdokumenten endast krav på att anbudsgivare ska ange fyra referensprojekt med olika referenspersoner, vilket måste uppfattas som fysiska personer som kan lämna relevant information om hur en entreprenör har utfört sitt uppdrag.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten sammantaget att Sydskipper inte förmått visa att Malmö kommun i den aktuella upphandlingen har agerat i strid med bestämmelserna i LOU eller någon av de upphandlingsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU föreligger således inte. Ansökan härom ska därför avslås.

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

Anders Mattsson

Marie Nilsson har föredragit målet.



## 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 nyårs-afton, 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 avisar 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.