



Meddelat i Göteborg

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-02-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**KLAGANDE**

SERNEKE Bygg AB, 556621-6908

Ombud: Advokat Johan Rappmann och jur.kand. Johanna Vincent  
Advokatfirman Glimstedt AB  
Box 2259  
403 14 Göteborg

**MOTPARTER**

1. Fabs AB, 556048-9162

Ombud: Jur.kand. Svante Hjertén och jur.kand. Sara Karlsson  
Gärde Wesslau Advokatbyrå  
Kungstorget 2  
411 17 Göteborg

2. Betonmast AB, 556931-4080

Ombud: Advokat Jan Andersson och jur.kand. Styrmir Olafsson  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 28 januari 2015  
i mål nr 12248-14, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling; fråga om talerätt

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avvisar överklagandet.

**YRKANDEN M.M.**

SERNEKE Bygg AB (Serneke) överklagar förvaltningsrättens dom.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I målet uppkommer fråga huruvida Serneke har talerätt gentemot förvaltningsrättens dom.

Av 33 § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) följer att förvaltningsrättens beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot. Av praxis om talerätt i mål om offentlig upphandling framgår att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet (se bl.a. HFD 2011 ref. 85 och HFD 2012 ref. 2).

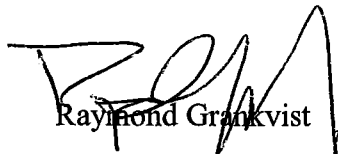
I detta mål har förvaltningsrätten, efter att Betonmast AB ansökt om överprövning, beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan utvärderingen rättats på så sätt att Betonmast AB tillgodoräknas meritpoäng för visst referensuppdrag.

Förvaltningsrättens dom innebär inte att upphandlingen avbryts, att någon annan leverantör utpekats som vinnare eller att Serneke utesluts från det vidare förfarandet. Kammarrätten anser därför att förvaltningsrättens dom inte har en sådan precis och påtaglig betydelse för Serneke som krävs för att talerätt ska finnas. Vad som blivit utfallet genom den nya utvärdering som genomförts av Fabs AB enligt tilldelningsbeslut den 2 februari 2015 saknar därvid betydelse. Kammarrätten antecknar att det är möjligt att ansöka om överprövning med avseende på detta nya tilldelningsbeslut.

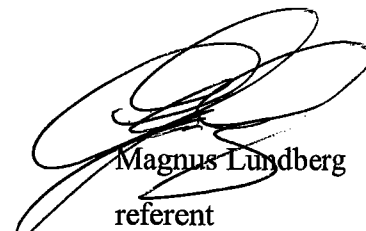
Överklagandet ska därmed avvisas.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1). Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.



Raymond Grankvist



Magnus Lundberg  
referent



**SÖKANDE**

Betonmast AB, 556931-4080

**Ombud:**

Advokat Jan Andersson och Jur.kand. Styrmir Olafsson  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

**MOTPART**

1. Fabs AB, 556048-9162

**Ombud:**

Jur.kand. Svante Hjertén och Jur.kand. Sara Karlsson  
Gärde Wesslau Advokatbyrå i Göteborg AB  
Kungstorget 2  
411 17 Göteborg

2. SERNEKE Bygg AB

**Ombud:**

Advokat Johan Rappmann  
Advokatfirman Glimstedt AB  
Box 2259  
403 14 Göteborg

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att Fabs ABs upphandling generalentreprenad för Nollhagahallen objekt 3201, projekt 807 inte får avslutas innan utvärderingen rättats på så sätt att Betonmast tillgodoräknas meritpoäng för sitt referensuppdrag The Reef.

Förvaltningsrättens beslut om inhibition upphör därmed att gälla.

## BAKGRUND

Fabs AB (Fabs) genomför upphandling av generalentreprenad för Nolhagahallen objekt 3201, projekt 807. Upphandlingen genomförs i ett öppet förfarande.

Ursprungligen tilldelades kontraktet till Betonmast AB (Betonmast) den 22 april 2014. Efter prövning i Förvaltningsrätten i Göteborg (den 19 augusti 2014 i mål nr 4743-14 och 4811-14) rättades utvärderingen och av nytt tilldelningsbeslut den 29 augusti 2014 framgår att SERNEKE Byggnads AB (Serneke) tilldelats kontaktet.

Betonmast ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet den 29 augusti 2014. Förvaltningsrätten i Göteborg avslog ansökan den 16 oktober 2014 (mål nr 9318-14) med skälet att Betonmast inte konkretiserat på vilket sätt det påstådda brottet mot de upphandlingsrättsliga principerna skulle ha medfört skada eller risk för skada för bolaget. Kammarrätten i Göteborg har därefter den 19 november 2014 (mål nr 5735-14) upphävt förvaltningsrättens dom och visat målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning, vilket är den nu aktuella prövningen.

## YRKANDEN M.M.

Betonmast yrkar att upphandlingen avseende Nolhagahallen inte får avslutas förrän rättelse skett genom ny utvärdering med beaktande av de invändningar som framförs. Betonmast anför i huvudsak följande. Fabs har genomfört upphandlingen i strid mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Betonmast har därför inte fått de poäng i utvärderingen som de rätteligen skulle haft. Bolaget har därför lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada om upphandlingen avslutas i enlighet med det senaste tilldelningsbeslutet. Den aktuella frågan i prövningen att Fabs har ut-

värderat Betonmasts anbud felaktigt vad gäller platschefens erfarenhet. Referensuppdraget The Reef har inte ansetts vara en nybyggnad och har därför inte gett några utvärderingspoäng. Utformningen av anbudet, att uppgifterna lämnats under rubriken för referensuppdrag för nybyggnad och rubricerats med nybyggnation, gör att det saknas anledning att anta att det skulle vara fråga om något annat än just nybyggnation. Därutöver finns det intyg som visar att det rör sig om nybyggnation. Nya tekniska lösningar utformades för anläggningen och projektet var i alla relevanta delar att betrakta som en nybyggnation av badanläggning. Nybyggnationen gällde badanläggningen och ombyggnaden gällde hotell- och restaurangdelen. Endast marginella delar av gamla pooler nyttjades. Intygen är utfärdade av personer med mycket god insikt i det aktuella projektet och pekar med styrka ut projektet som en nybyggnation i alla relevanta avseenden. Betonmast kommer att lida skada om upphandlingen tillåts avslutas med nuvarande tilldelningsbeslut. Om Betonmasts invändningar beaktas så ska de tilldelas en högre sammanlagd utvärderingspoäng (4,82 poäng) och bolaget skulle därför vid ett riktigt förfarande tilldelats kontraktet. Det ska särskilt poängteras att de tidigare domarna från Förvaltningsrätten i Göteborg saknar betydelse för nu aktuell prövning. Den bevisning som låg till grund för domstolens ställningstagande missförstods, vilket de intyg som nu är aktuella för prövningen visar. De slutsatser som då drogs kan inte ges någon självständig betydelse i detta mål. Betonmast har inte varit part i de tidigare målen, vilket innebär att domen inte har rättskraft i förhållande till dem (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 7311-10).

Fabs anför att frågan om korrekt utvärdering/bedömning av Betonmasts referensuppdrag The Reef har prövats av Förvaltningsrätten i Göteborg genom målen 4743-14 och 4811-14. Fabs överlämnar åt förvaltningsrätten att avgöra om någon annan bedömning bör göras i detta mål.

Serneke har, som det bolag som i senaste beslutet tilldelats kontraktet, givits tillfälle att yttra sig över ansökan om överprövning och anser att ansökan om överprövning ska avslås. Bolaget anför i huvudsak följande. Serneke vidhåller vad man anført i tidigare mål, nr 4743-14, att projektet The Reef avsåg till- och ombyggnation av badanläggning. Det är inte en nybyggnation av badanläggning och projektet innefattar inte simbassäng som överstiger 25 meter. I Betonmasts anbud är det inte styrkt att det rör sig om en nybyggnad av badanläggning med simbassäng om minst 25 meters längd. Betonmast har inte ens påstått att det är en simbassäng, utan benämnt den "bassäng" respektive "äventyrsbad". Vad de under processen åberopat till försök att styrka att de uppfyller bör-kravet kan inte läggas till grund. Någon meritpoäng ska inte ges för detta åberopade referensuppdrag. I projektchefens CV anges det ifrågasatta referensuppdraget som "ombyggnation av äventyrsbad". För att styrka detta förhållande hänvisas även till PEABs ansökan om överprövning i mål 4811-14. Av dessa handlingar framgår att The Reef inte var något nybyggnadsprojekt. PEAB var totalentreprenör och har tillgång till såväl kontraktshandlingar som slutbesiktningsskontroll. Genom dessa handlingar är det klarlagt att det inte var något nybyggnadsprojekt. Förfrågningsunderlaget ska tolkas enligt sin ordalydelse enligt vedertaget språkbruk inom branschen. Det krävs därför att referensuppdraget avser nybyggnation. Nybyggnad definieras enligt Plan- och bygglagen, PBL, som uppförande av en ny byggnad eller flyttning av en tidigare uppförd byggnad till ny plats. Ombyggnad är enligt samma lagrum en ändring av en byggnad som innebär att hela byggnaden eller en betydande del påtagligt förnyas. Definitionen byggnad är en varaktig konstruktion som består av tak eller av tak och väggar m.m. Av arkitekternas intyg framgår att ytterväggar och tak inte berördes av byggnationen och att marginella delar av befintliga pooler såsom de av bassängväggar och del av botten användes. Av denna redogörelse framgår att det inte rör sig om nybyggnad, utan av ombyggnad. Bedömningen avser både pooler och den yttre konstruktionen. Likaså anger arkitekterna på sin hemsida att projektet

betecknas som "ombyggnad av befintligt bad". Beställaren, Stena Line, har också betecknat projektet som en ombyggnad. Om förvaltningsrätten inte anser att det är en ombyggnad så innefattar projektet i varje fall inte en "inomhussimbassäng, minst 25 meter". Flera meter av bassängen har ett djup på mellan 0–50 cm. Det meriterande bör-kravet kan rimligen inte uppfattas på annat sätt än att det är simbassängens längd som avses. Simbassänger är så gott som uteslutande 25 eller 50 meter långa och har särskilda krav på sig vad gäller exakt längd och bred samt minimidjup enligt Svenska simförbundet. Nohagahallen har en 25-metersbassäng, som ska ersättas. Det är uppenbart att det är precisa krav som upphandlande myndighet varit ute efter. Under alla förhållanden måste det vara möjligt att simma den angivna sträckan. Inga av de övriga bassängerna i referensprojektet kan betecknas som simbassäng. Det var rätt av upphandlande myndighet att inte godkänna Betonmasts referensuppdrag för meritpoäng.

Betonmast och Fabs har därefter fått tillfälle att yttra sig över Sernekes yttrande. **Betonmast** har då anført i huvudsak följande. Det ska inte styrkas att referensuppdraget har varit på ett visst sätt. Rådande praxis visar att uppgifter i ett anbud ska tas för goda av den upphandlande myndigheten så länge det saknas anledning att ifrågasätta dessa uppgifter. Betonmast anser att orden bassäng och simbassäng i vanligt språkbruk är synonyma. Vid bedömning av referensobjekten är det relevanta synsättet ett entreprenadtekniskt synsätt. Ur en sådan synvinkel är en vågbassäng i alla avseenden att likställa med en simbassäng. Det kan även hävdas att en vågbassäng är mer tekniskt komplicerad att konstruera än en bassäng avsedd för simbanor. En simbassäng behöver inte ur entreprenadteknisk synvinkel vara en rektangulär bassäng med Svenska simförbundets mått för tävlingsbassänger. Entreprenadtekniskt räcker det att simbassängen i någon ledd mäter 25 meter, är avsedd att vara vattenfylld och fungera för simning och bad. Dessa krav uppfylls mycket väl av Betonmast. Tolkningsföreträdet hur ställda krav ska tolkas ligger inte hos Serneke, utan hos Fabs. Fabs har tyd-



ligt visat hur de valt att tolka kraven i de åberopade bilagorna i tidigare mål. Det är därmed tillräckligt att visa ett sådant referensobjekt där bassängen i något avseende varit minst 25 meter. Något krav på bassäng för tävlingssimning framgår inte av det aktuella kravet. Fabs har inte ställt något mer precist krav vare sig på bassängens djup eller andra förhållanden, varför Betonmasts referensuppdrag varit tillräckligt. Kravet är enbart ställt för att säkerställa entreprenadteknisk kompetens hos leverantören. De hänvisningar som Serneke lämnat där projektet omnämns som ombyggnation måste sättas i samband med att det gjordes en omfattande ombyggnation av hotellanläggningen. Beskrivningarna avser då det övergripande projektet. Kontraktshandlingarna och slutbesiktningen avsåg projektet som helhet, likaså beskrivningen i projektchefens CV. Dessa beskrivningar är därför inte relevanta. Uppgifter som lämnats av arkitektbyrån och beställaren i marknadsföringssyfte har begränsat bevisvärde. Betonmasts referensprojekt bör därför ge meritpoäng i utvärderingen av anbudet. Det innebär att Betonmast borde ha tilldelats högre poäng och därmed också tilldelats kontraktet. Genom den felaktiga hanteringen har Betonmast lidit eller riskerat lida skada.

#### SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

##### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Efter en ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling (16 kap. 4 § LOU).

En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7–13 §§ samt de lägsta nivåerna

för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling (11 kap. 2 § LOU).

Upphandlande myndigheter ska 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 beaktas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

### *Utredningen*

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

AFA.2 Orientering om objektet  
Nolhagahallen i Alingsås ska byggas om och till för att i första hand få till stånd en modernisering av baddelen. [- -]

AFA.2.1 [- -]  
Orienterande beskrivning  
Befintlig byggnad är från slutet av 1960-talet och består av en simhallsdel som byggs om helt och en sporthallsdel som får nya ytskikt och förses med nya installationer.

Huvudsyftet med ombyggnaden av Nolhagabadet/Nolhagahallen är att skapa en modern anläggning som känns ny och fräsch både idag och i framtiden. [- - -]

AFB.53 Prövning av anbud

[ - - ]

Organisation och bemanning

Poäng för organisation och bemanning för projektet utgår från föreslagen projektorganisation: platschef, entreprenadchef, arbetschef, inköpschef.

1. Erfarenhet som platschef från nybyggnad av badanläggning med inomhussim-bassäng minst 25 meter är meriterande
  - Platschef med erfarenhet från ett projekt erhåller 1 poäng
  - Platschef med erfarenhet från två projekt eller fler erhåller 2 poäng [ - - ]

Av Betonmasts anbud framgår bl.a. följande.

Organisation och bemanning (AFB.53)

[ - - ]

2. Objekt: The Reef, ny- och ombyggnation av badanläggning, relax och hotell, bassäng >25 m. [ - - ]

### *Förvaltningsrättens bedömning*

Inledningsvis kan förvaltningsrätten konstatera att Betonmast aldrig var part i det ursprungliga målet som ledde till att Fabs fattade beslut om nytt tilldelningsbeslut. De har därmed aldrig haft möjlighet att framföra sin syn på den bevisning som låg till grund för den bedömning som förvaltningsrätten gjorde den 19 augusti 2014 i mål nr 4743-14 och 4811-14. En förvaltningsdomstols avgörande i ett upphandlingsmål ska inte anses vinna negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 36). Förvaltningsrätten har därmed möjlighet att pröva målet på nytt med de förutsättningar som nu framförs.

Den aktuella frågan är om Betonmasts anbud uppfyller det i utvärderingen meriterande kravet så som det är ställt i AFB.53 punkt 1 och därmed borde tilldelas meritpoäng för sitt referensprojekt The Reef. Det framgår inte i förfrågningsunderlaget att uppgifterna ska styrkas i anbudet för att kunna tilldelas meritpoäng och Fabs har därför enligt upphandlingsrättsliga principer haft att acceptera de lämnade uppgifterna om det inte framkommit

något annat. I sitt ursprungliga tilldelningsbeslut accepterade Fabs de uppgifter som lämnats av Betonmast. I den nya utvärdering som genomfördes efter förvaltningsrättens dom den 19 augusti, tillgodoräknades därefter Betonmast endast ett referensuppdrag och uppnådde därmed inte ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

När det gäller frågan om The Reef ska sägas uppfylla kravet på att vara en nybyggnation anser förvaltningsrätten i likhet med Betonmast att bedömningen måste göras ur ett entreprenadtekniskt perspektiv, snarare än definierat i enlighet med PBL. Det går inte heller att enbart utifrån kontrakts- och slutbesiktningshandlingarna, som avser hela projektet med både badanläggning och hotell, att säga att bassängdelen endast var en ombyggnation. Intyget från de handläggande arkitekterna, som noggrant går igenom hur byggnationen gått till visar att det endast är marginella delar av den ursprungliga bassängen som återanvänts. Detta talar för att det till övervägande del enligt förvaltningsrättens mening är att betrakta som en nybyggnation.

LOU kräver att krav som ställs i enlighet med 11 kap. 2 § ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Att definiera det ställda, om än enbart meriterande, kravet så högt att en så omfattande byggnation som The Reef med nyanläggning av bassängerna förutom en vägg och en liten del av bassängbotten inte skulle nå upp till kravet kan inte anses vara proportionerligt i förhållande till kontraktsföremålet. Nohagabadet ska genomgå en fullständig ombyggnad, men det är ändå en ombyggnad med modernisering som är aktuell enligt förfrågningsunderlaget. Sambandet mellan det ställda meriterande kravet och kontraktsföremålet är därmed tillräckligt med ett projekt som The Reef. Projektet måste enligt förvaltningsrättens mening anses vara tillräckligt för att uppfylla kravet på nybyggnation.

Det har också ifrågasatts om de bassänger som anlagts vid The Reef kan anses vara simbassänger och om de är minst 25 meter. Något krav på att referensprojektets bassäng ska ha tävlingsmått finns inte i förfrågningsunderlaget, och kan därmed inte anses vara relevant. En simbassäng kan enligt förvaltningsrättens mening och det allmänna språkbruket ha många former. Kravet i förfrågningsunderlaget är att den ska vara 25 meter. Det framgår inte heller att det måste gå att simma hela den angivna längden. The Reefs vågbassäng, som mäter 25 meter diagonalt, är en bassäng som är avsedd att simma i och måste därmed anses vara en sådan simbassäng som avses i kravet.

Sammantaget, med de uppgifter som nu kommit fram, måste referensuppdraget The Reef anses uppfylla kraven som ställs i förfrågningsunderlaget för möjlighet att tilldelas meritpoäng vid utvärderingen.

Genom att Betonmast felaktigt inte tilldelades tillräckliga meritpoäng har de gått miste om möjligheten att tilldelas kontraktet. De har därmed kunnat lida skada. Det finns därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa i upphandlingen på så sätt att utvärderingen ska rättas och Betonmasts referensuppdrag The Reef ska tilldelas meritpoäng.

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



Susanne Nilsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Maria Rydell.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en *mundlig 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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet *prövas* eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.