



<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-05-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**KLAGANDE**

Nya Swimtec AB, 556835-9193

Ombud: Advokat Anna Hofling Johansson och jur.kand. Karin Wallman  
Box 11025  
404 21 Göteborg

**MOTPART**

Enköpings kommun

Ombud: Advokat Maria Pedersen  
Box 3462  
103 69 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 22 december 2014 i  
mål nr 4990-14, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

---

**YRKANDEN M.M.**

**Nya Swimtec AB** yrkar att kammarrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget vad som tidigare har anförts samt tillägger huvudsakligen följande.

Förvaltningsrätten uttalar att det inte är visat annat än att kommunens definition av "liknande uppdrag" är ändamålsenlig för den aktuella upphandlingen. Detta leder till tanken att förvaltningsrätten inte har förstått att bevisbördan i förevarande fall ligger på kommunen. Enligt praxis ska ett krav, för att vara proportionerligt, vara nödvändigt för att uppnå de eftersträvade syftena, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns, se Kammarrättens i Stockholm avgöranden 4846-09 och 3477-09. Ett tillräckligt ingripande alternativ är att begära referenser på uppdrag som avser projektering av trycksandfilter, antingen liggande eller stående, då det inte finns någon avgörande skillnad när det gäller funktion och konstruktion. Kommunen har inte visat att ett sådant krav skulle vara otillräckligt för att uppnå syftet med upphandlingen. Förvaltningsrätten tog inte ställning i detta avseende. Förvaltningsrätten har inte heller uttryckligen prövat om kravet på referenser faktiskt går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen.

**Enköpings kommun** bestrider bifall till överklagandet och anför huvudsakligen detsamma som i förvaltningsrätten med följande tillägg. Kommunen har visat att kravet på referenser är proportionerligt. Om det är som bolaget gör gällande, att det saknar erfarenhet av projektering av liggande trycksandfilter, och därmed inte heller kunnat lämna referenser så är sannolikheten stor att bolaget inte heller skulle klara av att genomföra nu aktuell entreprenad.

## SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bolaget har som huvudsaklig grund för sitt yrkande åberopat att Enköpings kommun genom att i upphandlingen ställa krav på angivande av tre referenser avseende erfarenhet av projektering av liggande trycksandfilter brutit mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten 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.

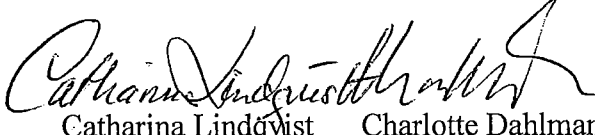
Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att kommunen har visat att kravet på referenser avseende erfarenhet av projektering av liggande trycksandfilter är proportionerligt. Vad bolaget har anfört i övrigt gör inte heller att kommunens upphandling kan anses bryta mot LOU. Överklagandet ska därmed avslås.

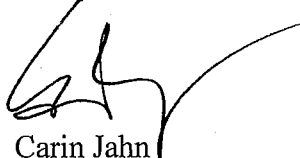
Kammarrättens interimistiska förordnande upphör härmed att gälla.

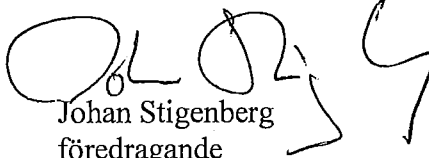
---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

  
Catharina Lindqvist  
kammarrättsråd  
ordförande

Charlotte Dahlman  
kammarrättsråd

  
Carin Jahn  
kammarrättsråd  
referent

  
Johan Stigenberg  
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA

Enhet 2

DOM  
2014-12-22  
Meddelad i  
Uppsala

Mål nr  
4990-14

### SÖKANDE

Nya Swimtec AB, 556835-9193

Ombud: Advokat Anna Hofling och jur.kand. Karin Wallman  
Advokatfirman Vinge KB  
Box 11025  
404 21 Göteborg

### MOTPART

Enköpings kommun

Ombud: Advokat Maria Pedersen  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

### SAKEN

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

---

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 134500

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Kungsgatan 49	018-431 63 00 E-post: <a href="mailto:forvaltningsratteni uppsala@dom.se">forvaltningsratteni uppsala@dom.se</a>	018-431 63 43	måndag – fredag 08:00-16:00

### BAKGRUND OCH YRKANDEN

Enköpings kommun (Kommunen) har genomfört en upphandling benämnd ”Totalentreprenad Vattenrening för nya simhallen”, diariern TF 2013/567. Genom tilldelningsbeslut den 17 september 2014 har Poolwater AB tilldelats kontraktet.

Nya Swimtec AB (Swimtec) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen görs om då Kommunens krav på referenser från projektering av liggande trycksandfilter strider mot proportionalitetsprincipen och har en konkurrenshämmande effekt i strid med LOU. Till följd av nämnda krav har Swimtec inte kunnat delta i upphandlingen och konkurrera om avtalet och de har därmed lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada.

Kommunen bestrider Swimtecs yrkande. Kravet på referenser gällande uppdrag avseende projektering av liggande trycksandfilter är proportionerligt och även i övrigt i enlighet med LOU. Det föreligger inte någon grund för förvaltningsrätten att besluta om någon form av ingripande i upphandlingen och ansökan ska därför avslås.

### UTVECKLING AV TALAN

#### Swimtec

Det har i förfrågningsunderlagets tekniska beskrivning av entreprenaden uppställts ett krav på att anläggningen ska vara utrustad med ett liggande trycksandfilter. I förfrågningsunderlaget punkt 3.5 har vidare uppställts krav på angivande av minst tre referenser från liknande uppdrag. Med ”liknande uppdrag” avses enligt Kommunen endast badanläggningar där anbudsgivaren har projekterat arbetet och där liggande trycksandfilter har använts.

Swimtec invänder mot att kriteriet "liknande uppdrag" endast avser anläggning med liggande trycksandfilter. En sådan orimligt snäv definition av "liknande uppdrag" innebär i praktiken att referensanläggningen på en mycket detaljerad nivå rent faktiskt måste vara identisk med det som kommunen efterfrågar. Swimtec har omfattande erfarenhet av projektering och utförande av anläggningar med trycksandfilter. De anläggningar som Swimtec tidigare har arbetat med har dock inte varit utformade på ett sådant sätt att filteret har behövt vara liggande. Således saknar Swimtec referens från projektering av just liggande trycksandfilter. Kommunens krav på referenser avseende liggande trycksandfilter går utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen och saknar helt affärsmässig och teknisk koppling till kontraktsföremålet. Något som talar starkt för att kravet inte har någon koppling till det eftersträvade resultatet med entreprenaden är att det i underlaget överhuvudtaget inte finns något som pekar på att just liggande trycksandfilter skulle vara den enda möjliga utformningen av filtersystemet.

Projektering skiljer sig inte mellan stående och liggande trycksandfilter eftersom de i stort sett är konstruerade på samma sätt. Att kräva erfarenhet av projektering av liggande trycksandfilter går därför utöver vad som krävs för att uppnå målsättningen att få en leverantör som kan projektera och installera det som efterfrågas. Kommunen har inte heller redovisat på vilket sätt projektering av liggande och stående trycksandfilter skiljer sig åt. Swimtec har inte anfört att liggande trycksandfilter är en vanligt förekommande lösning. Swimtec har endast uppgett att det finns ett flertal olika leverantörer av trycksandfilter som har både stående och liggande modeller i olika prisklasser. Vad gäller vilka lösningar som är vanligt förekommande, dvs. vilka filter som faktiskt har använts vid uppföranden av reningsanläggningar, kan konstateras att endast Poolwater AB har kunnat uppvisa erfarenhet från användning av liggande filter.

En leverantör måste inte ha utfört exakt samma sak i ett tidigare uppdrag för att uppdraget ska vara relevant som referensuppdrag. Det är inte relevant att särskilja tidigare projektering av just liggande filter eftersom relevant erfarenhet, och således den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten att utföra uppdraget, kan bevisas på annat sätt. Således skulle projektering av stående trycksandfilter i en entreprenad med motsvarande dimensioner på anslutningar, hydraulisk utformning och konstruktionsprincip vara en högst relevant erfarenhet och att definiera som ett "liknande uppdrag". Kommunens krav på referenser har därmed inte varit lämpligt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. En möjlig mindre åtgärd från Kommunens sida hade varit att i nu aktuell del definiera "liknande uppdrag" såsom omfattande referenser från projektering av trycksandfilter i allmänhet.

Flera aktörer på marknaden har kunnat leverera en lösning med liggande trycksandfilter men endast en aktör har kunnat uppfylla kravet på referenser. Utöver att kravet står i strid med proportionalitetsprincipen har det således även haft en indirekt konkurrensbegränsande effekt på den aktuella marknaden. Att endast en entreprenör har kunnat uppfylla Kommunens krav på referenser tycks ostridigt mellan parterna. Det krävs mycket starka skäl för att en upphandlande myndighet ska kunna ställa krav som stänger ute hela marknaden förutom en aktör. Kommunen har inte kommit i närheten av att ha presterat sådana skäl till stöd för sitt krav. Kommunens uppställda krav på referenser har uppenbarligen haft en oproportionerlig konkurrensbegränsande effekt.

#### **Kommunen**

Det föreligger inte någon tvekan om att referenstagning är ett tillåtet sätt att mäta anbudsgivares förmåga att leverera det som efterfrågas. Då Kommunen valt att upphandla liggande trycksandfilter är det naturligt att efterfråga erfarenhet av projektering av liggande filter. Syftet med kravet på nämnda referenser är att säkerställa att den entreprenör som kontrakteras har för-



måga att projektera en liggande lösning. Det strider inte på något sätt mot bestämmelserna i LOU.

Det står varje beställare fritt att själv definiera föremålet för upphandling. I förevarande fall har Kommunen valt att definiera en del av föremålet för upphandlingen som projektering av och installation av liggande trycksandfilter då en sådan lösning är den enda möjligheten för ett genomförande av entreprenaden. Den valda lösningen är vanligt förekommande på marknaden vilket även har påpekats av Swimtec. Det kan inte på något sätt anses bryta mot LOU att välja att upphandla en på marknaden vanligt förekommande lösning.

Att ställa krav på att en leverantör har utfört en installation av ett stående filter kan i större utsträckning jämföras med installation av ett liggande filter. Skillnaden mellan liggande och stående lösningar är dock så pass stor på projekteringsstadiet att det är högst relevant att skilja dem åt. Det skulle vara skevt att bedöma en leverantörs förmåga att projektera för ett liggande trycksandfilter utifrån leverantörens tidigare utförda projektering av stående filter. För att säkerställa kompetensen för den aktuella typen av konstruktion är det naturligtvis så att kontroll av tidigare genomförda uppdrag av samma eller liknande karaktär är en nödvändig åtgärd. Det uppställda kravet på referenser är således både lämpligt och effektivt. Konsekvenserna av en mindre ingripande åtgärd vore att låta entreprenörer utan erfarenhet av projektering av nu efterfrågat slag delta i upphandlingen. Kommunen skulle då riskera att anta en leverantör som saknar tillräcklig förmåga att leverera den efterfrågade projekteringen. För att säkerställa rätt kompetens och kapacitet har kravet på referenser i nu aktuellt hänseende varit nödvändigt.

### DOMSKÄL

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan samt att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är om det på grundval av vad Swimtec har anfört finns skäl att ingripa mot Kommunens upphandling.

Enligt 16 kap. 4 § 1 LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Kommunen har genomfört en upphandling avseende totalentreprenad för uppförande av reningsanläggning i Kommunens nya simhall. Enligt förfrågningsunderlaget är erfarenhet av liknande uppdrag en förutsättning för avtal. Som bevis på att kravet på erfarenhet är uppfyllt ska anbudsgivaren ange minst tre referenser från projektering av liggande trycksandfilter eller liknande uppdrag. Med ”liknande uppdrag” avses enligt förfrågningsunderlaget badanläggningar med liggande trycksandfilter där leverantören har projekterat anläggningen. Det är ostridigt i målet att Swimtec inte har erfarenhet av projektering av liggande trycksandfilter.

Frågan är om kravet på "liknande uppdrag" såsom det har definierats av Kommunen strider mot proportionalitetsprincipen. Denna EG-rättsliga princip innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. De krav som ställs måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det behov som ska täckas. Kraven som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet.

En upphandlande myndighet har betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för sitt beslut att tilldela ett kontrakt (Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 maj 2012, mål nr 1412-12). Den upphandlande myndigheten har även bevisbördan för att de krav som ställs inom ramen för en upphandling är förenliga med proportionalitetsprincipen (Kammarrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2009, mål nr 3477-09).

Kommunen har anfört att den har valt att upphandla liggande trycksandfilter då det, bl.a. på grund av utrymmesskäl, är den enda möjliga lösningen för ett genomförande av entreprenaden. Kommunen har även anfört att skillnaden mellan liggande och stående lösningar är stor på projekteringsstadiet och att det därför är relevant att skilja dem åt samt att det därför är naturligt att efterfråga erfarenhet av projektering av just liggande filter. Syftet med kravet på referenser från liknande uppdrag är att säkerställa leverantörens förmåga att leverera det som efterfrågas.

Swimtec har anfört att projektering för filtreringssystem inte har någon specifik teknisk svårighetsgrad oavsett om det är fråga om liggande eller stående filter. Projektering av respektive filter skiljer sig inte åt eftersom de i stort är konstruerade på samma sätt. Frågan om filtret är stående eller

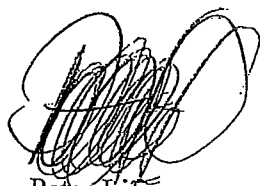
liggande är av underordnad betydelse och vad entreprenören bör besitta är färdighet att hantera projektering av den aktuella storleken.

Det är enligt förvaltningsrättens mening inte visat annat än att Kommunens definition av "liknande uppdrag" är ändamålsenlig för den aktuella upphandlingen. Parterna är överens om att flera leverantörer, däribland Swimtec, tillhandahåller liggande filter men att Swimtec inte har erfarenhet av att projektera en sådan lösning. Det kan inte anses vara oproportionerligt eller konkurrenshämmande att efterfråga erfarenhet av just det som upphandlas. Swimtec har inte visat att Kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU.

#### **Sammanfattning**

Mot bakgrund av vad Kommunen har anfört anser förvaltningsrätten att Kommunens definition av "liknande uppdrag" får anses stå i rimlig proportion till det angivna syftet. Swimtec har inte förmått visa att Kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU och det saknas således grund för att förordna om att upphandlingen ska göras om. Överklagandet ska därmed avslås.

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



Peter Lij  
rådman

Målet har handlagts av förvaltningsrättsnotarien Emma Busk.



## 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 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 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.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### 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.