



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-02-15
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
14638-12 E, 14702-12 E
Enhet 2:6

SÖKANDE

1. EH-Konsult AB, 556146-3067
Rasmusgatan 7
531 34 Lidköping

Ombud:

Advokat Henrik Gallus och jur.kand. Joakim Persson
Advokatfirman Kjällgren i Lidköping AB
Älvgatan 16
531 31 Lidköping

2. EPG Konsult Samordnad VVS-Teknik AB, 556426-2854
Djurgårdsgatan 9
414 62 Göteborg

MOTPART

Västfastigheter
Västra Götalandsregionen
Box 764
451 26 Uddevalla

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.

KONKURRENSVERKET	
2013 -02- 15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 2
14638-12 E
14702-12 E

Avdelning 2

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen, Västfastigheter (VGR) har genomfört en ramavtalsupphandling för konsulttjänster, Distrikt väst, avseende tolv teknikområden, däribland teknikområdena VVS – Kontroll och besiktning (upphandling 1) och VVS – Projektering (upphandling 2). VGR meddelade genom separata tilldelningsbeslut daterade den 29 november 2012 dels att EPG Konsult Samordnad VVS-Teknik AB (EPG) hade erhållit andra plats i rangordningen i upphandling 1, dels att tre andra anbudsgivare och således inte EH-Konsult AB (EH-Konsult) hade erhållit tilldelning i upphandling 2. EH-Konsult bedömdes vid anbudsprövningen inte ha uppfyllt kvalificeringskravet att ha minst tio anställda inom teknikområdet.

YRKANDEN M.M.

EPG ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandling 1 får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att bolaget vid en ny anbudsutvärdering erhåller tilläggspoäng 1 och 2 för person nr 1 och 2. Bolaget hänvisar till bilagda CV för nyckelpersoner samt anbudsformulär, punkt 5.

EH-Konsult ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandling 2 får avslutas först sedan rättelse har gjorts, i första hand genom att bolaget rangordnas som nummer ett och erhåller tilldelning i upphandlingen och i andra hand genom att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid även bolagets anbud utvärderas. EH-Konsult yrkar vidare att bolaget vid utvärderingen ska tilldelas två tilläggspoäng för projekt avseende särskilt vårdintensiv verksamhet.

Bolaget anför i huvudsak följande. Av 6 kap. 11 § och 11 kap. 12 § LOU kan utläsas en rätt för en anbudsgivare att använda sig av underleverantörer

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3
14638-12 E
14702-12 E

Avdelning 2

eller samarbetspartner för att uppfylla eventuella kvalificeringskrav bl.a. genom att åberopa andra företags yrkesmässiga kapacitet. Denna rätt har också befästs i EU-domstolens praxis. Reglerna i sig syftar till att skydda små och medelstora företag från oproportionella villkor som kan verka konkurrenshämmande. I upphandlingen har det uppställts ett kvalificeringskrav om minsta personalresurs. Skrivningen ska tolkas på så sätt att anbudsgivaren visserligen ska förfoga över det angivna antalet anställda men att förfogandet kan ske genom externa resurser. Även den omständigheten att anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget under punkterna 2.3 och 2.4 ombeds att redogöra för hur de aktuella resurserna är fördelade mellan anbudsgivaren själv och eventuella samarbetspartner tyder på att denna tolkning är korrekt.

I anbudsformuläret har EH-Konsult under punkt 2.3 (Resurser) angett sex stycken resurser och under punkt 2.4 (Resurser via ev. Samarbetspartner) ytterligare sex stycken. Sammanlagt förfogar bolaget över tolv personer som resurs. Eftersom EH-Konsult på detta sätt förfogar över minst tio anställda uppfyller bolaget kvalificeringskravet och dess anbud skulle rätteligen ha utvärderats tillsammans med övriga anbudsgivares inom det aktuella teknikområdet. Vid en korrekt utvärdering av bolagets anbud skulle bolaget ha erhållit totalt 56,5 poäng, varvid bolaget skulle ansetts ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

För det fall förvaltningsrätten finner att det aktuella resurskravet ska tolkas på det sätt som VGR gör gällande anser bolaget att ett upprätthållande av kravet strider mot såväl direkta bestämmelser i LOU som de grundläggande principer som ligger bakom lagen, i första hand förbudet mot diskriminerande och oproportionella krav på anbudsgivarna. Mot bakgrund av utformningen av förfrågningsunderlaget är kravet också otydligt.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4
14638-12 E
14702-12 E

Avdelning 2

VGR bestrider yrkandena och anför i huvudsak följande.

EPG – upphandling 1

I punkt AUB.52 på s. 9 i förfrågningsunderlaget anges under rubriken Bedömning av anbudsgivarens uppdragsorganisation att det av CV ska framgå om projektet avser tilläggsopöngen som anges längre ned på sidan. Längre ned på sidan och högst upp på s. 10 anges följande. "Tilläggsopöng – Två av referensprojekten avser ombyggnad under pågående verksamhet (1p per projekt) – Två av referensprojekten avser särskilt vårdintensiv verksamhet (1p per projekt)". Bolaget uppfyller inte kravet att det klart av CV ska framgå om projektet avser tilläggsopöngen. Under rubriken i anbudet "referensprojekt för tilläggsopöng" anges inte huruvida projekten avser ombyggnad under pågående verksamhet och/eller om de avser särskilt vårdintensiv verksamhet. VGR ser således inte något skäl att frångå tidigare bedömning. Bolaget har inte visat att VGR brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag.

EH-Konsult – upphandling 2

EH-Konsult uppfyller inte skullkravet att antalet anställda ska uppgå till tio. Detta förhållande framgår såväl av bolagets egna uppgifter i begäran om överprövning som av dess anbud. Bolaget kvalificerade sig således inte till anbudsutvärderingen. VGR har inte ifrågasatt tillgången till resurser via eventuella samarbetspartner. Skullkravet är transparent och lika för alla. Det är inte möjligt att tolka punkterna 2.3 och 2.4 såsom bolaget gör gällande. Det anges tydligt att antal anställda ska anges och att antal resurser via samarbetspartner ska anges. VGR har inte begärt att anbudsgivarna ska ange hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man. Bestämmelsen i 6 kap. 11 § LOU är således inte av intresse. De uppställda kraven i upphandlingen är inte diskriminerande eller oproportionerliga. VGR:s verksamhet är omfattande vilket framgår av förfrågningsunderlaget.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 5
14638-12 E
14702-12 E

Avdelning 2

För att även små och medelstora företag ska kunna lämna anbud har det i förfrågningsunderlaget angetts att anbudsgivare kan anlita resurser via samarbetspartner, vilket i och för sig följer av 11 kap. 12 § LOU. VGR har inte brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag.

Bolaget har inte kvalificerat sig till utvärdering. Även om så hade varit fallet krävs det enligt förfrågningsunderlaget, för att erhålla full tilläggspoäng, att det av CV ska framgå att projektet avser tilläggspoäng. Bolagets inlämnade CV uppfyller inte detta krav.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

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

En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt återopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras (11 kap. 12 § LOU).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 6
14638-12 E
14702-12 E

Avdelning 2

Utredningen i målet

I punkt AUB.51 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. "Anbudsgivare skall ha minst angivet antal anställda enligt bilaga 2, Beskrivning - Teknikområden".

I bilaga 2, Beskrivning Teknikområden, anges bl.a. följande under rubriken 8 VVS - Projektering: "Minsta antal anställda inom teknikområdet: 10".

I anbudsformuläret under punkt 2.3 anges bl.a. följande under rubriken Resurser. Antal anställda inom offererat teknikområde ska anges. Resurser via eventuell samarbetspartner ska anges. Företaget förbinder sig att leverera offererad personal i enlighet med AUC.32.

I anbudsformuläret under punkt 2.4 ska företagsuppgifter för samarbetspartner anges. Det anges även att resurserna ska styrkas genom undertecknad avsiktsförklaring från samarbetspartnern.

Av punkt AUB.52, under rubriken Bedömning av anbudsgivarens uppdragsorganisation, framgår bl.a. följande. Bedömningen görs mot bakgrund av innehållet i redovisade CV för nyckelpersoner. Maximalt fyra projekt får anges per nyckelperson. Av CV ska framgå information om storlek, typ, år, beställare m.m. samt om projektet avser tilläggsprojekt nedan. Beställaren ska tydligt ur bifogat CV kunna utläsa ovanstående punkter. För att minimera risken för feltolkning bör förenklat CV bifogas innehållande enbart informationen i ovanstående punkter. Alternativt kan detta tydligt markeras i befintligt CV.

Av EPG:s anbudsformulär framgår under punkt 5 information om referensprojekt utförda av anbudsgivaren. Det anges om projekten avser ombyggnad under pågående verksamhet och/eller om de avser särskilt vårdin-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 7
14638-12 E
14702-12 E

Avdelning 2

tensiv verksamhet. I EPG:s CV för nyckelpersoner anges under rubriken "referensprojekt för tilläggsopäng" information om projekten men det framgår inte om de avser ombyggnad under pågående verksamhet och/eller särskilt vårdintensiv verksamhet.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, samt om detta medfört att den leverantör som ansöker om överprövning lidit eller kan komma att lida skada.

EPG – upphandling 1

Förvaltningsrätten ska enligt praxis endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69). Av förfrågningsunderlaget framgår med tydlighet dels att bedömningen av anbudsgivarens uppdragsorganisation görs med beaktande av innehållet i redovisade CV för nyckelpersoner, dels att det av bifogade CV ska framgå om referensprojekten avser de angivna tilläggsopängen. Förvaltningsrätten anser inte att det av EPG:s bifogade CV går att utläsa om projekten avser ombyggnad under pågående verksamhet och/eller särskilt vårdintensiv verksamhet. Bolaget har mot denna bakgrund inte visat att det finns skäl för rättelse och det saknas därför grund för att ingripa mot upphandling 1. EPG:s ansökan om överprövning ska således avslås.

EH-Konsult – upphandling 2

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det tydligt av förfrågningsunderlaget att det ifrågasatta skallkravet avser just antalet anställda inom teknikområdet. Såsom kravet har utformats kan det inte tolkas som att det egentligen är antal resurser som avses. Vad som anges i punkterna 2.3 och 2.4 i anbudsformuläret föranleder ingen annan bedömning. Förfrågnings-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
14638-12 E
14702-12 E

Avdelning 2

underlaget är således, enligt förvaltningsrättens uppfattning, inte otydligt i detta avseende.

Av EH-Konsults anbud framgår att bolaget har uppgett att det har sex anställda inom teknikområdet. Förvaltningsrätten anser därmed att det står klart att bolaget inte har uppfyllt skullkravet innebärande att antalet anställda inom teknikområdet ska uppgå till minst tio. Med hänsyn härtill måste bedömas huruvida kravet är förenligt med bestämmelserna i LOU och de principer som uppstår lagen.

En upphandlande myndighet har möjlighet att begränsa rätten att återropa andra företags kapacitet. En sådan begränsning måste dock framgå av annonsen, i förfrågningsunderlaget eller i annat underlag som har varit tillgängligt för anbudsgivarna före det att anbudstiden löpte ut (jfr Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 5795-10 och 4460-12). Såsom anförts ovan framgår det av förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska ha minst tio anställda inom teknikområdet. Begränsningen av rätten att återropa andra företags kapacitet har således varit tydlig för anbudsgivarna före anbudstidens utgång.

Ett krav som innebär att det inte får uppfyllas genom återopande av annans kapacitet utgör en inskränkning av huvudregeln i 11 kap. 12 § LOU. Frågan är därför huruvida en sådan inskränkning är proportionell i det enskilda fallet. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än vad som krävs för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs på leverantören måste således ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Detta för att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte ska begränsas mer än nödvändigt. I förfrågningsunderlaget har det angetts att anbudsgivarna för att kvalificera sig ska ha tio anställda inom aktuellt teknikområde. EH-Konsult har gjort gällande

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 9
14638-12 E
14702-12 E

Avdelning 2

att kravet är oproportionerligt och diskriminerande, men har inte närmare redogjort för skälen härtill. Förvaltningsrätten anser inte att det generellt sett skulle strida mot principerna i LOU att uppställa ett skallkrav av aktuellt slag. Mot bakgrund av upphandlingens föremål och med beaktande av vad bolaget anfört och vad som i övrigt framkommit i målet, anser förvaltningsrätten att det inte är visat att kravet står i strid med proportionalitetsprincipen. Att vissa leverantörer inte klarar att möta berättigade krav från den upphandlande myndigheten utgör inte heller något brott mot likabehandlingsprincipen (jfr Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, andra upplagan, s. 65).

Då EH-Konsult enligt vad som angetts ovan inte kvalificerade sig till utvärderingsfasen var VGR:s åtgärd att utesluta bolaget från utvärderingen riktig. Bolaget har därmed inte kunnat lida skada av en eventuellt felaktig utvärdering av dess anbud och det saknas därför skäl att pröva vad bolaget anfört avseende poängsättningen i utvärderingsfasen.

Det som bolaget har anfört och visat innebär sammanfattningsvis inte att VGR har brutit mot någon bestämmelse i LOU, varför bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

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



Monika Knutsson

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit Anna Wennergren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1B LOU