



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**  
Enhet 2

**DOM**  
2013-02-26  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
8150-12

KONKURRENSVERKET	
2013 02 27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**SÖKANDE**

Peab Sverige AB, 556099-9202  
Margretetorpsvägen  
260 92 Förslöv

Ombud: Anders Ingvarson  
Peab Sverige AB  
Box 205  
201 22 Malmö

**MOTPART**

Fortifikationsverket  
631 89 Eskilstuna

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 112879

**Postadress**  
Box 406  
581 04 Linköping

**Besöksadress**  
Brigadgatan 3

**Telefon**  
013-25 10 00

**E-post:**  
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

**Telefax**  
013-25 11 40

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

## **BAKGRUND**

Fortifikationsverket genomför upphandling avseende utförandeentreprenad med genomförande som generalentreprenad med benämningen *Ombyggnad AmMinröj etapp 2*, projektnummer 12049646. Upphandlingen sker genom förenklat förfarande och grunden för tilldelning av kontrakt är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbud kom in från PEAB Sverige AB (nedan bolaget), OC Bygg AB (nedan OC Bygg) och JL Byggtjänst i Eksjö AB, varav endast OC Bygg kvalificerades till vidare utvärdering och tilldelades kontraktet enligt tilldelningsbeslut den 10 december 2012.

## **YRKANDEN**

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Fortifikationsverket bestrider bifall till ansökan.

OC Bygg har av förvaltningsrätten fått tillfälle att yttra sig i målet.

## **VAD PARTERNA ANFÖRT**

### *Bolaget*

Fortifikationsverket borde inte ha utvärderat OC Byggs anbud eftersom det inte uppfyllde de av Fortifikationsverket uppställda kraven avseende referensuppdrag. Genom att uppta OC Byggs anbud till prövning har Fortifikationsverket agerat i strid med 1 kap 9 § LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens samt även den huvudprincip bakom LOU som innebär att anbud som inte uppfyller obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen.

Enligt punkten AFB.51 i de för upphandlingen gällande administrativa föreskrifterna skulle anbudsgivare redovisa minst två referensprojekt av visst slag som bägge skulle ha utförts inom de senaste fem åren. I OC Byggs anbud återopades två referensprojekt. Det ena referensuppdraget angavs avse "Ombygg. för Amf./Minröj etapp 1" med Fortifikationsverket som uppdragsgivare. Enligt anbudet utfördes detta projekt under perioden 5 februari – 31 augusti 2010. Det andra referensprojektet angavs avse "Ombyggnad av idrottshall med tillhörande omklädningsrum" med Eksjö-kommunfastigheter AB som uppdragsgivare. Det senare projektet utfördes under perioden 4 maj – 23 november 2011.

OC Byggs referensuppdrag uppfyller inte kraven i AFB.51. Skälen är att referensprojekten har utförts av annat bolag än OC Bygg. OC Bygg registrerades nämligen först den 24 oktober 2011 dvs. efter det att det ena referensuppdraget hade avslutats och även långt efter det att det andra referensuppdraget påbörjades. OC Bygg kan därför omöjligen ha utfört de två referensprojekt som OC Bygg återopar i sitt anbud. Fortifikationsverket synes inte ha kontrollerat referensuppdragen som lämnats av OC Bygg och torde därför ha saknat kunskap om bristerna i anbudet. Av rättspraxis framgår att man ska beakta att krav inte är uppfyllda även om den omständigheten att kraven inte är uppfyllda framkommer först efter att tilldelningsbeslut meddelats.

Om Fortifikationsverket inte hade upptagit OC Byggs anbud till prövning skulle ingen anbudsgivare ha återstått. Fortifikationsverket skulle då fått göra om upphandlingen vilket hade gett bolaget en möjlighet att komma in med ett nytt anbud och vinna Entreprenaden. Bolaget har således lidit skada till följd av Fortifikationsverkets ovan beskrivna agerande. I vart fall innebär agerandet risk för sådan skada. Av Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 6966-11 och 6969-11 samt i mål nr 4660-10, framgår att en anbudsgivare, som likt bolaget uteslutits från en upphandling, har lidit

skada om det endast fanns en anbudsgivare kvar som godkänts i kvalificeringsfasen och även dennes anbud borde ha förkastats.

*Fortifikationsverket*

Som framgår av bilaga i OC Bygg AB:s anbud har företaget under 2011 övertagit verksamheten inklusive pågående uppdrag från OC Byggledning AB. Fortifikationsverkets bedömning av OC Byggs erfarenhet och kompetens är att de i anbudet angivna referensuppdragen utförts av den personal, inklusive nyckelpersoner, som ingår i OC Byggs verksamhet idag och att kvalificeringskravet avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet är uppfyllt. Utvärdering av anbuderna har således skett helt i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Bolagets anbud har rätteligen uteslutits i kvalificeringsfasen på grund av att ett av de av företaget åberopade referensprojekten inte uppfyllde i förfrågningsunderlaget ställda krav. Att uteslutningen av bolaget skulle vara felaktig har inte överhuvudtaget påståtts i målet. Eftersom bolaget rätteligen uteslutits i kvalificeringsfasen kan det inte betraktas som presumtiv leverantör i upphandlingen och kan därmed inte heller anses lida skada till följd av fattat tilldelningsbeslut. Denna tolkning stöds av Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 3307-11, varvid den nu aktuella frågan prövats. Kammarrätten har i denna dom även refererat till det av bolaget åberopade tidigare kammarrättsavgörandet, men i sin prövning kommit till motsatt slutsats. Mot bakgrund av vad ovan anförts kan bolaget inte anses ha vare sig lidit skada eller löpa risk för att lida skada till följd av tilldelningsbeslutet.

*Bolagets genmäle*

Fortifikationsverket vitsordar att av OC Bygg åberopade referensprojekt inte har utförts av OC Bygg. Som yttrandet får förstås anser dock Fortifikationsverket att OC Bygg i anbudet har redovisat att OC Bygg har tagit över nyckelpersoner m.m. i det bolag som utfört referensprojekten (OC Byggledning AB). Det skulle alltså enligt Fortifikationsverket inte vara fråga om att OC Bygg åberopar annat bolags kapacitet utan om att OC Bygg självt har den kapacitet som referensuppdragen – vilka utförts av annat bolag – visar. Utgångspunkten måste vara att det åligger OC Bygg att styrka att OC Bygg har övertagit hela den verksamhet som varit relevant för utförande av de referensuppdrag som utförts av OC Byggledning AB men som åberopats av OC Bygg. Situationen är inte unik och normalt hanteras den genom att anbudsgivaren inger ett intyg i vilket det överlättande bolaget bekräftar att nyckelpersoner, organisatoriska resurser och andra relevanta tillgångar har överlåtit till anbudsgivaren. Något sådant intyg har inte ingetts av OC Bygg. Det framgår inte av anbudet att referensuppdragen har utförts av “den personal... som ingår i OC Byggs verksamhet idag” som Fortifikationsverket påstår i yttrandet. Om OC Bygg har kompletterat med den informationen i efterhand är det fråga om en otillåten komplettering.

OC Bygg har inte styrkt att den relevanta verksamheten i OC Byggledning AB har överlåtit till OC Bygg. Fortifikationsverket tycks vara av uppfattningen att ett ekonomiskt intyg från Swedbank, som utgör bilaga till anbudet, styrker att OC Bygg övertagit alla tillgångar som varit relevant för de åberopade referensuppdragen. Av Swedbanks intyg framgår bl.a. att OC Bygg från och med 2012 har övertagit den byggentreprenad som under många år drivits av OG Byggledning AB. Vad som avses med “... övertagit den byggentreprenad...” är oklart. Av intyget framgår överhuvudtaget inte vilka tillgångar som har överlåtit till OC Bygg. Inte heller framgår det om

anställda i OC Byggledning AB överförs till OC Bygg. Informationen om att två av ägarna i OC Bygg kommer från OC Byggledning AB ger inte något ytterligare i den delen. Att en företagsrådgivare på Swedbank kommenterar den påstådda överlåtelsen, istället för behöriga företrädare för de berörda bolagen, är också märkligt.

En av delägarna till OC Bygg har enligt anbudet varit platschef för referensuppdragen. Det är dock långt ifrån enbart platschefen som kan betecknas som nyckelperson vid den här typen av entreprenader. Arbetsledare, arbetschef (eller motsvarande), inköpsfunktioner och maskinella och personella resurser i övrigt har mycket stor betydelse för bedömning av ett bolags (verksamt i entreprenadbranschen) yrkesmässiga- och tekniska kompetens och resurser. I realiteten är platschefen en av flera nyckelpersoner i en entreprenad av den typ som är föremål för Fortifikationsverkets upphandling.

Enligt 11 kap. 11 § LOU ska erfarenheter som åberopas vara kopplade till leverantören och inte till dess anställda eller ägare. Det framgår även av förfrågningsunderlaget att det är just anbudsgivarens referenser som utvärderas. Teknisk- och yrkesmässig kapacitet kan inte begränsas till en person. Inte heller kan Swedbanks oklara, och för de inblandade bolagen icke-bindande uttalande om att en byggentreprenad skulle överlåtit till OC Bygg, anses tillräckligt för att styrka att samtliga relevanta tillgångar, anställda m.m. överlåtit till OC Bygg.

Något prejudikat från Högsta förvaltningsdomstolen finns inte i den fråga som här är aktuell dvs. om en leverantör som rätteligen har förkastats kan ha lidit skada när även den leverantör som tilldelats kontraktet borde ha förkastats och det inte finns några andra leverantörer som uppfyller kvalificeringskraven. Kammarrätten i Göteborg har i två avgöranden tolkat gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling i en helt annan riktning än

den som Fortifikationsverket gör gällande. Kammarrättens i Jönköping avgörande ger utrymme för otillbörligt gynnande av leverantörer och fråntar skadelidande effektiva rättsmedel. Kammarättens i Göteborg tolkning av skaderekvisitet beaktar likabehandlingsprincipen och tar – till skillnad från det av Fortifikationsverket åberopade avgörandet – hänsyn till vikten av tillgång till effektiva rättsmedel vid brott mot densamma. Görs ingen skillnad på fall när det endast finns en anbudsgivare och fall där det finns flera anbudsgivare kvar efter det att kvalificeringsfasen har slutförts, kan inte i och för sig felaktiga beslut av upphandlande myndigheter prövas. Det skulle minska förutsättningarna för att förhindra att viss leverantör gynnas eller missgynnas i strid med likabehandlingsprincipen. Kammarrätten i Jönköpings avgörande ger möjlighet för upphandlande myndigheter att bortse från gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling eftersom det inte finns någon leverantör som kan klandra upphandlingen om fel begås. I praktiken skulle det vara möjligt för den upphandlande myndigheten att fritt välja om den vill anta kvarvarande anbudsgivare oberoende av om den kvarvarande anbudsgivaren uppfyller ställda krav eller inte. Om den upphandlande myndigheten förkastar samtliga leverantörer (utom en) skulle det vara riskfritt för den upphandlade myndigheten att anta den kvarvarande leverantören även om den kvarvarande leverantören inte uppfyller kvalificeringskraven. Kammarrättens tolkning av skaderekvisitet i mål nr 3307-11 riskerar att medföra att leverantörer inte ges rätt till effektiva rättsmedel, vilket i sin tur medför risk för att likabehandlingsprincipen sätts ur spel. Kammarrätten i Jönköpings avgörande är därför felaktigt och kan inte tillmätas någon betydelse i förevarande mål.

*Fortifikationsverkets genmäle*

Kammarrätten i Jönköping har i sitt avgörande i målnummer 3307-11 – med beaktande av tidigare avgörande av motsvarande fråga – kommit till en slutsats som enligt Fortifikationsverkets uppfattning är helt i överens-

stämmelse med såväl likabehandlingsprincipen som regelverket i övrigt avseende offentlig upphandling. I fråga om kretsen av skadelidande kan därutöver följande sägas. Bolaget anför att bolaget för den händelse att upphandlingen genomförs på nytt skulle kunna lämna anbud och då eventuellt kunna tilldelas kontraktet. Bolaget skulle därmed i vart fall riskera att lida skada. Ovanstående resonemang bygger på ett flertal synnerligen osäkra hypoteser och en tillämpning av regelverket som får orimliga konsekvenser. I vilken mån projektet överhuvudtaget kommer att fortsätta med en ny upphandling och i vilken form denna ska genomföras är inte givet och upp till Fortifikationsverket att besluta. Om upphandlingen genomförs på nytt är det vidare helt okänt vilka anbudsgivare som i sådant fall lämnar anbud och vilken konkurrenssituation som då uppstår. Även anbudsgivare som nu inte varit i tillfälle att lämna anbud vid den genomförda upphandlingen skulle naturligtvis ha fördel av att en förnyad upphandling sker senare, varvid de då skulle kunna delta och lämna anbud. Ska även dessa anses riskera att lida skada och därmed vara berättigade att begära överprövning?

#### **OC BYGGS YTTRANDE**

##### *OC Bygg*

Anledningen till att OC Bygg registrerades var följande. Torgny Karlsson, som tidigare varit delägare i OC Byggledning AB, har just fyllt 68 år och drog sig tillbaka. För att fördela ansvaret och trygga firmans framtid erbjöds en medarbetare vid namn Henrik Hellsund ett delägarskap. Henrik Hellsund har varit en nyckelperson i många år och mycket delaktig i referensobjekten de hänvisat till. Delägarna bestämde tidigt att de ville öka kompetensnivån med en "våtrumsbehörig", eftersom de sysslade en del med sådant också. Därav Roger Wilhelmssons inträde i firman. All befintlig personal övertogs. Alla inventarier i form av utrustningar, ställningar, fordon, med andra ord allt som fanns i bolaget övertogs. Fastigheten där



bolaget finns håller just nu på att överföras i ett nytt gemensamt fastighetsbolag. Anledningen till att det är ett nytt organisationsnummer är att det skulle vara ekonomiskt möjligt att förändra ägarsituationen. Skulle det finnas något fog för bolagets ståndpunkt, skulle det utesluta samtliga nystartade bolag vilket inte kan vara förenligt med gällande rätt. Kompetens, kunnande och goda referenser finns knappast att finna i ett organisationsnummer.

Bolaget har anfört att det är långt ifrån bara platschefen som kan betecknas som nyckelperson vid den här typen av entreprenader. Detta stämmer kanske i bolagets värld och organisationsupplägg, men OC Bygg AB är ett litet företag, med en slimmad organisation, där alla får göra skäl för lönen. Platschefen i de refererade uppdragen har mer uppgifter än så. Han har bl.a. varit kalkyl-, inköps, kvalité/miljö/arbetsmiljö- samt samordningsansvarig på arbetsplatsen. Kort sagt, har platschefen i de båda referensobjekten skött allt det administrativa. Vad det gäller övrig personal, kommer OC Bygg naturligtvis att använda de yrkesarbetare som utförde etapp 1 vid AmMinröj. Detta för att de väl känner till förutsättningarna i projektet.

#### *Bolagets genmäle*

OC Bygg försöker i efterhand, och efter anbudstidens utgång, förklara varför OC Bygg skulle ha rätt att åberopa annat bolags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Enligt 11 kap. 12 § LOU ska den anbudsgivare som vill åberopa annat företags kapacitet tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga, eller på annat sätt visa att anbudsgivaren förfogar över det andra företagets resurser när uppdraget ska utföras. Sådana intyg om åtagande förekommer inte sällan i praktiken. Intygen utfärdas av behöriga företrädare för det företag vars resurser åberopas. Något sådant intyg har emellertid inte OC Bygg gett in med anbudet. Att intyget från Swedbank antyder att OC Bygg övertagit en "byggentreprenad" är inte på något sätt ett åta-

gande i den mening som avses i 11 kap. 12 § andra meningen LOU. Swedbanks intyg är inte bara otydligt, det kan heller aldrig gälla som ett bindande åtagande för ett annat företags räkning. Eftersom OC Bygg inte har ingivit något åtagande (eller avtal) med det företag vars referensprojekt OC Bygg har åberopat i sitt anbud, uppfyller inte OC Bygg anbudskraven i förfrågningsunderlaget. Bedömningen ska göras vid anbudsutvärderingen. Bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU kan inte tolkas på annat sätt än att det åligger den anbudsgivare som åberopar ett annat företags resurser att i anbudet visa att anbudsgivaren förfogar över det andra företags resurser under den tid som uppdraget avser. Detta överensstämmer också med den bakomliggande direktivtexten i artikel 47.2. OC Bygg har inte visat att OC Bygg förfogar över några andra resurser än sina egna. Eftersom OC Bygg därmed inte uppfyller kvalificeringskraven i förfrågningsunderlaget, ska OC Byggs anbud förkastas.

### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

#### *Tillämpliga bestämmelser*

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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 iakttas.

Av 11 kap. 10 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår följande. En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhanda-

hålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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.

### *Relevanta handlingar*

#### Förfrågningsunderlaget

I Administrativa föreskrifter punkten AFB.51 anges bl.a. följande beträffande prövningen av anbudsgivarna.

#### Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren (företaget) ska ha erfarenhet och kompetens för att kunna genomföra aktuell entreprenad. Detta ska styrkas genom referenser avseende minst två liknande projekt, med likvärdig omfattning och komplexitet, genomförda under de senaste fem åren. Projektet ska ha utförts med för beställaren godkänt resultat avseende kvalitet, tidhållning, budget och uppdragsresultat, vilket anbudsgivaren ska intyga i anbud. Dessa uppgifter kan komma att verifieras.

#### Skrivelse från Swedbank

Av skrivelse den 6 september 2012, undertecknad av Håkan Svensson, företagsrådgivare på Swedbank i Eksjö/Aneby, som OC Bygg lämnade in tillsammans med sitt anbud, framgår bl.a. följande.

OC Bygg AB bildades 2011-10-24 och ägs till lika delar av Mats Swahn, Henrik Hellsund och Roger Wilhelmsson. Samtliga ägare har mångårig erfarenhet inom företags- och entreprenadverksamhet. Bolaget har från och med 2012 övertagit den byggentreprenad som under många år drivits av OC Byggledning AB [...]. Vidare har även entreprenadverksamhet i Kakel & Bygg Eksjö AB överförts till det nya bolaget. Av ägarna kommer Swahn och Hellsund från OC Bygg medan Wilhelmsson har drivit Kakel & Bygg Eksjö.

---

Vår bedömning är att Bolaget har goda utsikter att utvecklas till ett starkt och välkonsoliderat bolag under de kommande åren. Många års erfarenhet och ett brett kontaktnät hos både kunder och leverantörer är viktiga förutsättningar i vår bedömning.

Nämnas kan att verksamheten i tidigare bolag (numera OC Byggledning AB) med utgångspunkt från bokslut 2011-12-31 har följande nyckeltal hos kreditupplysningsföretaget UC; soliditet 22,5%, kassalikviditet 130,4%, riskklass 5 (lägsta risk).

OC Bygg har, genom den verksamhet som övertagits från tidigare bolag, goda referensobjekt. Vårt slutomdöme är att vi rekommenderar affärskontakter med Bolaget.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

#### Huruvida OC Bygg uppfyllde skall-kravet enligt AFB.51

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet.

Innan ett kontrakt tilldelas ska den upphandlande myndigheten, enligt 11 kap. 1 § LOU, kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§. Av 11 kap. 2 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Det uppställda kravet i punkten AFB.51 i förfrågningsunderlaget avseende att anbudsgivaren ska ha erfarenhet och kompetens för att kunna genomföra aktuell entreprenad och att detta ska styrkas genom referenser avseende minst två liknande projekt, med likvärdig omfattning och komplexitet, genomförda under de senaste fem åren, utgör ett skall-krav. Eftersom Fortifikationsverket har ställt detta krav ska det, enligt 11 kap. 10 § LOU, kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§.

En leverantör får, enligt 11 kap. 12 § LOU, vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa 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. Det ankommer alltså på anbudsgivaren att visa att denne förfogar över erforderlig kapacitet (prop. 2006/07:128 s. 246). Det anges även under punkten AFB.51 i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarens uppgifter avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet kan komma att verifieras.

OC Bygg har i sitt anbud lämnat referenser beträffande två projekt, som båda har utförts av OC Byggledning AB där det ena helt och det andra till övervägande del utförts innan tiden för registreringen av OC Bygg den 24 oktober 2011. OC Bygg har inte bestritt att projekten har utförts av ett annat företag än OC Bygg men menat att det i praktiken är samma personal och ledning som finns hos OC Bygg som fanns hos OC Byggledning AB. Till styrkande av att så är fallet hade OC Bygg tillsammans med anbudet lämnat in skrivelsen från företagsrådgivaren Håkan Svensson från Swedbank där denne uppger att OC Bygg från och med 2012 har övertagit den byggentreprenad som under många år drivits av OC Byggledning. Några handlingar som styrker det påstådda övertagandet och vad detta innebar har OC Bygg inte gett in.

Enligt förvaltningsrätten uppfyller inte den information som framgår av skrivelsen från Swedbank de krav som ställs i 11 kap. 12 § LOU och därmed uppfyller inte heller OC Bygg det ställda skall-kravet i punkten AFB.51. Att Fortifikationsverket valt att inte kontrollera det uppställda kravet, trots informationen att det är ett annat rättssubjekt som utfört referensprojekten, strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom Fortifikationsverket är skyldig att upprätthålla samtliga i upphand-

lingen ställda skall-krav, borde OC Byggs anbud ha uteslutits från utvärderingen.

*Huruvida skaderekvisitet enligt 16 kap. 6 § LOU är uppfyllt*

För att en leverantör ska vinna framgång med en ansökan om överprövning av en upphandling krävs inte endast att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU utan också att denna överträdelse medför att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Skadan ska drabba den leverantör som begärt överprövning och reglerna lämnar inte utrymme för domstolen att beakta andra leverantörers intressen när den bedömer om skaderekvisitet är uppfyllt. Beträffande frågan huruvida en leverantör som själv rätteligen har uteslutits ur upphandlingen kan uppfylla skaderekvisitet enligt 16 kap. 6 § LOU saknas vägledande avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen.

Fortifikationsverket har gjort gällande att bolaget, oberoende av om fel begåtts i upphandlingen, inte kan betraktas som presumtiv leverantör i upphandlingen och kan därmed inte heller anses lida skada till följd av fattat tilldelningsbeslut eftersom bolaget själv rätteligen uteslutits i kvalificeringsfasen. Till stöd för sin ståndpunkt har Fortifikationsverket hänvisat till Kammarrättens i Jönköping avgörande i mål nr 3307-11.

Bolaget har i sin tur invänt att bolaget, trots att det uteslutits från upphandlingen och att det endast fanns en anbudsgivare kvar som godkänts i kvalificeringsfasen, har lidit skada i och med det att om Fortifikationsverket inte hade upptagit OC Byggs anbud till prövning skulle ingen anbudsgivare ha återstått och Fortifikationsverket skulle då fått göra om upphandlingen vilket hade gett bolaget en möjlighet att komma in med ett nytt anbud och vinna entreprenaden. Till stöd för sin ståndpunkt har bolaget hänvisat till

Kammarrättens i Göteborg avgöranden i mål nr 6966-11, 6969-11 och 4660-10.

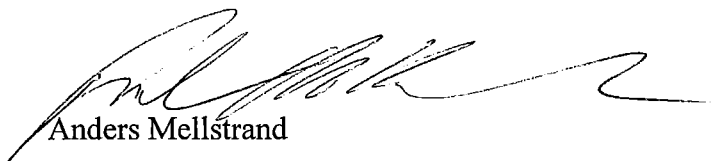
Det har i rättspraxis och doktrin (se bl.a. Asplund m.fl. 2012 s. 213 f.) uttalats att skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU är förhållandevis lågt ställt och i normalfallet torde vara uppfyllt vid överträdelser hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, som hade kunnat innebära att den sökande leverantören hade utformat sitt anbud på ett annat sätt. Överträdelserna ska med andra ord ha medfört eller kunnat medföra att leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet försämrats.

Det finns, förutom de av parterna åberopade rättsfallen, flera kammarrättsavgöranden som gäller den nu aktuella frågan. Samtliga kammarrätter förutom Kammarrätten i Göteborg har i dessa avgöranden kommit fram till att en anbudsgivare som inte har uppfyllt kvalificeringskraven i upphandlingen inte kan ha lidit någon skada i den mening som avses i LOU (se Kammarrättens i Jönköping mål nr 3307-11, Kammarrättens i Stockholm mål nr 924-12 och Kammarrättens i Sundsvall mål nr 2427-11).

Förvaltningsrätten finner att den överträdelse som det ovan konstaterats att Fortifikationsverket har begått inte har medfört att bolaget – som inte befunnits uppfylla samtliga skall-krav – har lidit eller kan komma att lida skada. Detta med anledning av att bolagets möjlighet att utforma ett konkurrenskraftigt anbud och att tilldelas kontrakt inte genom den upphandlande myndighetens överträdelse har försämrats i den i målet aktuella upphandlingen.

Sammantaget följer av det anförda att bolaget inte har visat att det finns skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Anders Mellstrand

Föredragande har varit Stefka Bokmark.





# 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. 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, målnummer 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 uppge 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 3109/1D LOU