



<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013 -06- 26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**KLAGANDE**

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

Ombud: Advokaterna Henrik Gallus och Joakim Persson  
Advokatfirman Kjällgren i Lidköping AB  
Älvgatan 16  
531 31 Lidköping

**MOTPART**

Västra Götalandsregionen  
Västfastigheter

Ombud: Roy Svensson  
Västra Götalandsregionen  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 15 februari 2013 i  
mål nr 14638-12, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Med ändring av förvaltningsrättens dom beslutar kammarrätten att  
upphandlingens teknikområde VVS-projektering får avslutas först efter  
rättelse på så sätt att en ny utvärdering ska göras, vid vilken Västra  
Götalandsregionen (Västfastigheter) ska beakta EH-Konsult AB:s anbud.

Kammarrättens interimistiska beslut den 26 februari 2013 upphör därmed  
att gälla.

KONKURRENS-

Dok.Id 250818 VERKET UPPHANDL. AVS

Postadress  
Box 1531  
401 50 Göteborg

Besöksadress  
Stora Nygatan 21

Telefon  
031-732 74 00  
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se  
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax  
031-732 76 00

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**YRKANDEN M.M.**

*EH-Konsult AB* yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas såvitt avser teknikområde VVS-projektering på så sätt att bolaget antas som företag nummer ett och tilldelas det aktuella ramavtalet. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska rättas såvitt avser teknikområde VVS-projektering på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs i vilken bolagets anbud utvärderas.

Bolaget anför följande till stöd för sin talan. Om regionens krav ska tolkas på det sättet att det inte är tillåtet för anbudsgivare att åberopa externa resurser i syfte att uppfylla det ställda kravet på antal anställda, står kravet i direkt strid med bestämmelsen i 11 kap. 12 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Bestämmelsen syftar till ökad konkurrensutsättning samt till att mindre och medelstora företag inte ska diskrimineras i anbudsförfaranden. Detta sker genom att förhindra att mindre företag utesluts som anbudsgivare enbart av den anledningen att de inte förfogar över nödvändiga resurser inom sin egen organisation. Någon egentlig möjlighet att inskränka denna rätt finns inte.

*Västra Götalandsregionen (Västfastigheter)* anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Det är inte möjligt att förstå förfrågningsunderlaget på det sättet som bolaget gör gällande, dvs. att antal anställda även inbegriper anställda i andra företag. Bolaget uppfyller därför inte det aktuella skall-kravet. Det krav på minst tio anställda som ställs är tydligt för varje anbudsgivare. Regionen har angett att det i och för sig är tillåtet att anlita andra företags kapacitet, men i och med kravet på att antalet anställda ska vara minst tio, innehåller förfrågningsunderlaget i det här fallet en begränsning av denna möjlighet.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet, 11 kap. 2 § LOU.

Vidare gäller att en leverantör får 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, 11 kap. 12 § LOU.

Av förarbetena till sistnämnda bestämmelse framgår följande. De nya direktiven reglerar till skillnad från de äldre direktiven möjligheten för en leverantör att ta hjälp av en annan leverantör för att uppnå erforderlig ekonomisk eller teknisk kapacitet. För den leverantör som inte för egen del klarar det kapacitetskrav som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ställt upp som krav i en upphandling är det således möjligt att träffa en överenskommelse med ett annat företag om att detta företag ska ställa sina resurser till anbudssökandens eller anbudsgivarens förfogande. Kan denne med stöd av avtal eller på annat sätt visa att han förfogar över den andra partens resurser och därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen kan den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudssökanden eller anbudsgivaren (prop. 2006/07:128 s. 245 f.).

EH-konsult hävdar att ovan angivna bestämmelse uttrycker en ovillkorlig rätt för en leverantör att vid lämnande av ett anbud vid behov åberopa en annan leverantörs kapacitet för att nå upp till de krav på ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet som ställs av en upphandlande myndighet. EH-konsult menar att detta följer av att syftet med bestämmelsen är att den utgör ett skydd för mindre företag, så att de ska kunna hävda sig i

konkurrensen med större företag. Regionen invänder å sin sida att en sådan begränsning är tillåten så länge den uttrycks tydligt i förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Den upphandlande myndigheten har enligt egen uppfattning i förfrågningsunderlaget inskränkt anbudsgivarnas möjlighet att uppfylla skall-kraven genom att återropa andra leverantörers kapacitet. Frågan är om en sådan inskränkning har stöd i gällande regelverk eller om den utgör ett brott mot LOU och i så fall grundar ett ingripande enligt den lagen.

En leverantör får, som nämnts, enligt den aktuella bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU vid behov och när det gäller ett visst kontrakt återropa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska när anbud lämnas visa den upphandlande myndigheten att han när kontraktet ska fullgöras kommer att förfoga över de resurser som myndigheten angett i förfrågningsunderlaget. Bestämmelsen handlar om en leverantörs tillgång till andra leverantörers kapacitet i angivna hänseenden. Redan av bestämmelsens första mening framgår att det är leverantörens sak att bedöma om det finns behov av att återropa andra leverantörers förmåga (jfr Karnovs nätupplaga, kommentaren till 11 kap. 12 § LOU).

LOU innehåller inte någon bestämmelse som inskränker denna rätt. Redan bestämmelsens lydelse anger alltså att regeln utgör en skyldighet i det här hänseendet för den upphandlande myndigheten att även beakta andra leverantörers kapacitet om sådan återropas (jfr EU-domstolens dom den 17 mars 2011 i mål C-95/10, p. 39–41 och 44–45). Den tolkningen står också i samklang med det syfte med regleringen som ovan relaterade förarbetsuttalanden ger uttryck för.

Mot den angivna bakgrunden anser kammarrätten att leverantörens rätt att återopa annans kapacitet inte kan inskränkas. Någon efterföljande prövning av om en gjord inskränkning ändå kan anses vara förenlig med allmänna upphandlingsrättsliga principer ska inte heller ske.

Följdfrågan är då om bolaget i det här fallet har visat att det förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Av anbudsformulärets p. 2.4, Resurser via eventuell samarbetspartner, framgår att samarbetet ska styrkas genom en undertecknad avsiktsförklaring som bifogas anbudet. Bolaget har till sitt anbud fogat undertecknade avsiktsförklaringar från två bolag för att styrka tillgången till ytterligare sex resurser utöver de sex anställda som bolaget självt har. Denna uppgift har inte ifrågasatts av regionen. Bolaget får därigenom anses ha visat att det förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras och har då uppfyllt skalkravet om kapacitet.

Genom att utesluta EH-konsults anbud från utvärderingen har Västra Götalandsregionen (Västfastigheter) brutit mot bestämmelserna i LOU och bolaget har därigenom lidit skada. Upphandlingens del VVS – Projektering ska därför rättas på det sättet att en ny anbudsutvärdering ska ske, vid vilken EH-konsults anbud beaktas.

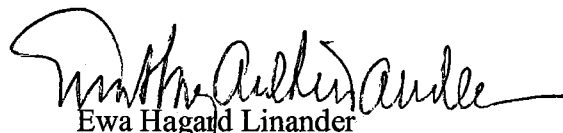
---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

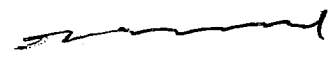
Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.



Birgitta Pettersson



Ewa Hagard Linander  
referent



Niclas Falkendal  
(skiljaktig)



/Marie Andersson

Kammarrättsrådet Niclas Falkendals skiljaktiga mening:

Jag anser att skälen för kammarrättens avgörande borde ha utformats enligt följande.

Den huvudsakliga frågan i målet är om Västra Götalandsregionen (Västfastigheter) haft rätt att utesluta EH-konsult från upphandlingen på den grunden att bolaget inte uppfyllt kvalificeringskravet att anbudsgivaren ska ha minst tio anställda inom teknikområdet, trots att bolaget utöver sina egna sex anställda åberopat annat företags kapacitet i form av ytterligare sex anställda.

Av 11 kap. 12 § LOU, som är tillämplig i målet, framgår att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

EH-konsult har ifrågasatt om det aktuella kvalifikationskravet ska förstås på det sätt som Västra Götalandsregionen (Västfastigheter) gjort gällande, nämligen att endast leverantörens egna anställda får beaktas. Frågan är då om kravet innebär en sådan begränsning.

Mot bakgrund av ordalydelsen av 11 kap. 12 § LOU innebär det förhållandet att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget uttryckligen angett att anbudsgivaren ska ha viss kapacitet inte en begränsning för en anbudsgivare att åberopa ett annat företags kapacitet. Det aktuella kravet innebär därför inte att EH-konsult varit förhindrad att åberopa annat företags kapacitet i form av ytterligare anställda. Regionen har därför inte haft fog för att utesluta EH-konsult från upphandlingen på den angivna grunden.

Följdfrågan är då om bolaget i det här fallet har visat att det förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Av anbudsformulärets p. 2.4, Resurser via eventuell samarbetspartner, framgår att samarbetet ska styrkas genom en undertecknad avsiktsförklaring som bifogas anbudet. Bolaget har till sitt anbud fogat undertecknade avsiktsförklaringar från två bolag för att styrka tillgången till ytterligare sex resurser utöver de sex anställda som bolaget självt har. Denna uppgift har inte ifrågasatts av regionen. Bolaget får därigenom anses ha visat att det förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras och har då uppfyllt skallkravet om kapacitet.

Genom att utesluta EH-konsults anbud från utvärderingen har Västra Götalandsregionen (Västfastigheter) brutit mot bestämmelserna i LOU och bolaget har därigenom lidit skada. Upphandlingens del VVS – Projektering ska därför rättas på det sättet att en ny anbudsutvärdering ska ske, vid vilken EH-konsults anbud beaktas.



**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

**BILAGA** 1**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.



Avdelning 2

eller samarbetspartner för att uppfylla eventuella kvalificeringskrav bl.a. genom att åberopa andra företags yrkesmässiga kapacitet. Denna rätt har också befasts 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.

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.

**DOMSKÅL**

*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 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 (11 kap. 12 § LOU).

Avdelning 2

tensiv verksamhet. I EPG:s CV för nyckelpersoner anges under rubriken "referensprojekt för tilläggspoäng" 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 tilläggspoängen. 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-

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*

Monika Knutsson

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit Anna Wennergren.

## 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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;**

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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.