



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2011-04-15  
Meddelad i Linköping

Mål nr  
10225-10  
Enhet 2

**SÖKANDE**

Rapps Dyktjänst AB, 556438-3460  
Seldonvägen 7  
302 39 Halmstad

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind  
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg  
Box 11920  
404 39 Göteborg

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-04-18	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**MOTPART**

Fortifikationsverket, 202100-4607  
Kungsgatan 43  
632 20 Eskilstuna

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten förordnar att Fortifikationsverkets upphandling *Reparationsåtgärder kaj 204 Göteborgs garnison* ska rättas på så sätt att ny utvärdering av anbuden ska ske utan beaktande av anbud från Frog Marine Group AB.

Dok.Id 40414

**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  
09:00-12:00  
13:00-15:00

## BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Fortifikationsverket genomför en upphandling avseende *Reparationsåtgärder kaj 204 Göteborgs garnison* (projekt nr 12047893). Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande. Enligt tilldelningsbeslut den 13 december 2010 har Fortifikationsverket antagit annan anbudsgivare än Rapps Dyktjänst AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den ska rättas på så sätt att ny utvärdering ska genomföras, varvid ska beaktas att vinnande leverantör, Frog Marine Group AB (Frog) saknar kapacitet för upphandlingens genomförande. I andra hand yrkas rättelse på så sätt att Frog:s anbud ska uteslutas från ny utvärdering.

Fortifikationsverket bestrider bifall till bolagets ansökan.

## SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

*Lagtext m.m.*

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Av praxis följer att uppgifter om de bolag som ingår i koncernen får beaktas, om det visas att den dominerande juridiska personen i koncernen faktiskt förfogar över dessa bolags resurser som är nödvändiga för att utföra arbetena. Det är den nationella domstolen som i huvudförhandlingen ska avgöra om sådana bevis har tillhandahållits.

*Förfrågningsunderlaget*

Av förfrågningsunderlaget – Administrativa föreskrifter – framgår bl.a. följande.

**AFB.51. Prövning av anbudsgivare**

Anbudsgivare ska vara registrerad i aktiebolags-, handels- eller föreningsregister samt vara registrerad för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt och arbetsgivaravgift.

**AFB.52. Värderingsgrunder vid prövning av anbud**

Vid anbudsprövningen kommer det anbud att antas som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter. Vid utvärdering kommer följande faktorer i prioritetsordning och med angiven vikt tillämpas:

**1. 50 % Pris**

- Anbudssumman

**2. 40 % Kompetens m.m.**

- Redovisad platsorganisation med CV/meritförteckning för arbetsledning och övriga nyckelbefattningar (inkl. ev. projektörer och UE) samt dessas dokumenterade erfarenheter av liknande projekt.

**3. 10 % Kvalitet och miljö**

- Entreprenörens preliminära kvalitets- respektive miljöplan som avses användas i projektet.

Vid utvärdering av priset nyttjas en poängskala där lägsta pris tilldelas 5 poäng. Priser däröver tilldelas poäng enligt fallande skala ner till 0 poäng för 1,5 ggr lägsta pris.

Om flera anbudsgivare har samma slutpoäng, så antas den anbudsgivare av dessa som har lägsta pris.

**AFD.28. Underentreprenörer**

Totalentreprenör garanterar att endast företag som fullgjort sina skyldigheter mot stat och kommun kommer att anlitas som underentreprenör och leverantör av varor och tjänster för denna entreprenad.

Eventuell underentreprenör ska kunna uppvisa referenser från liknande arbeten och kunna styrka erforderlig kompetens.

*Parternas argumentation*

**Bolaget** har i sin ansökan om överprövning anfört bl.a. följande.

Frog är moderbolag inom en koncern. Av Frogs hemsida framgår att den i moderbolaget bedrivna verksamheten avser marknad, kvalitet, miljö, data/it, resursavdelning samt ekonomi och administration. Det dagliga arbetet i koncernen bedrivs istället i tre dotterbolag. Den efterfrågade tjänsten omfattas av Frog Construction & Diving AB:s (Frog Construction) verksamhetsområde. Frog saknar såväl kapacitet som kompetens för upphandlingsföremålet och är för genomförande av den efterfrågade tjänsten beroende av extern kapacitet.

LOU tillåter att en leverantör vid behov och när det gäller visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. När så sker ska leverantören tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Vid förenklad upphandling ska bedömningen av åberopade externa resurser göras i samband med anbudsutvärderingen. Flera avsnitt i Frogs anbud tyder på att man kommer att anlita underleverantörer. Frog har emellertid inte namngett någon sådan leverantör. Istället anges i anbudet att underleverantörer inte är utsedda *i detta tillfälle*, d.v.s. vid anbudstillfället. Moderbolag i koncern får tillgodoräkna sig dotterbolags kapacitet under förutsättning att uppgifter därom bifogats anbudet samtidigt som moderbolaget visar att det faktiskt förfogar över dotterbolagets resurser. Frogs anbud saknar såväl referens till dotterbolag som bevis om resursförfogande.

En trolig anledning till att Frog inte har åberopat sitt dotterbolags resurser är att detta bolag har haft stora skatteskulder. Även vid anbudstillfället den 25 november 2010 hade Frog Construction skatteskulder.

Vid utvärdering av Frogs anbud har externa resurser felaktigt lagts till grund för poängtilldelningen. Frog har därigenom särbehandlats. Likabehandlingsprincipen har därvid trätts förnär. En ny utvärdering ska äga rum, varvid det ska beaktas att Frog saknar kapacitet för utförande av den efterfrågade tjänsten.

Frog uppfyller inte heller skall-kraven i förfrågningsunderlagets avsnitt AFD.28. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Frog-koncernens samlade kapacitet ska tillgodoräknas Frog, innebär nämnda krav att Frogs anbud likväl ska uteslutas från ny utvärdering.

**Fortifikationsverket** har genmäle anfört bl.a. följande.

Kraven som följer av AFB.51 har kontrollerats och de uppfylldes av Frog vid upphandlingstillfället. Några övriga krav avseende prövning av anbudsgivare, såsom kapacitet eller liknande, har inte ställts i förfrågningsunderlaget.

Vad avser parametern *kompetens* i AFB.52 har Fortifikationsverket värderat arbetschef, platschef eller liknande samt projektör och UE. Ingen av anbudsgivarna har inkommit med kompletta uppgifter. Uppgifter saknas antingen beträffande kompetens för projektering, för UE eller referenser för UE. Värderingen har gjorts utifrån inkomna uppgifter, där de bästa anbudena har fått 5 poäng.

Frog har redovisat namngiven arbetschef och platschef samt projektör med tillhörande CV, som visar på bra kompetens och stor erfarenhet av liknande projekt. Några underleverantörer har inte redovisats. Kravet enligt AFD.28 har inte beaktats i detta skede, dels för att inga underleverantörer angivits och dels därför att det är en entreprenadföreskrift. Upphandlingen

har genomförts korrekt såväl avseende prövning av anbudsgivare som utvärdering av anbud.

Frog Constructions skatteskuld reglerades den 9 december 2010, vilket innebär att dotterbolaget idag och vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet var fri från skatteskulder.

**Bolaget** har i genmäle anfört bl.a. följande.

Fortifikationsverkets bedömning av anbudsgivarnas lämplighet har lagstridigt ägt rum i utvärderingsfasen. Av LOU följer att den upphandlande myndigheten, innan kontrakt tilldelas, ska kontrollera anbudsgivarnas lämplighet. Kontrollen, som är obligatorisk, ska avse den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten hos de leverantörer som inte har uteslutits. Saknar en anbudsgivare kapacitet att utföra en efterfrågad tjänst ska bristen föranleda uteslutning.

Prövningen beträffande en anbudsgivares tillgång till andra företags kapacitet utgör också ett obligatoriskt moment i den upphandlande myndighetens kontroll av leverantörernas lämplighet. Det framgår direkt av Frogs anbud att arbetsledning och andra befattningar avser personer anställda i Frog Construction. Då erforderlig bekräftelse på att Frog kommer att förfoga över Frog Construction:s resurser saknas, ska Frog uteslutas.

Det är inte tillräckligt att Frog Construction reglerade dess skatteskulder kort tid innan tilldelningsbeslut fattades. Företaget häftade ostridigt i skuld till staten såväl vid anbudsinlämningen, som när utvärderingen av anbuderna ägde rum den 7 december 2010. För det fall förvaltningsrätten finner att Frog Constructions resurser ska tillgodoses Frog, måste rätten ta ställning till vilket datum som kraven i AFD.28 ska vara uppfyllda.

Frog Construction synes även under en längre tid tillbaka misskött dess åtaganden mot det allmänna (jfr. Förvaltningsrättens i Linköping dom den 6 december 2010 i mål nr 8838-10). Skall-kravet avseende underentreprenörer utgör ett hinder för företag med den sortens historik.

**Fortifikationsverket** har i svar anfört bl.a. följande.

Innan tilldelningsbeslut fattades genomförde Fortifikationsverket en anbudsgenomgång med Frog. Verket tog även en kreditupplysning av företaget via Soliditet. Vid anbudsgenomgången väcktes frågan om genomförandet av projektet och Frog svarade då att merparten av projektet skulle genomföras med egen personal och utrustning.

Av kreditupplysningen framgick, förutom företagets ekonomiska ställning, att ”Bolaget ska äga dotter- och intressebolag, bedriva uthyrning av maskiner och inventarier avsedda för marin anläggning, båtar och fartyg, utföra dykeri- och sjöentreprenader, äga och förvalta fastigheter och värdepapper jämte därmed förenlig verksamhet.”

Namngiven arbetschef och platschef är, enligt kreditupplysningen, dessutom firmatecknare för Frog. Fortifikationsverket har utifrån genomförda kontroller inte funnit några ekonomiska eller andra hinder för att tilldela Frog kontraktet.

**Bolaget** har i svar anfört bl.a. följande.

Frog har ingen personal som kan genomföra projektet. Det är av denna anledning som CV avseende personal från dotterbolaget Frog Construction bifogats anbudet. Frog saknar erforderlig kapacitet och ska uteslutas.

Att Frog ska äga dotterbolag innebär inte att Frog i LOU:s mening förfogar över dotterbolagens personal. Att namngiven platschef anställd i Frog Construction är firmatecknare i Frog, innebär inte att Frog i LOU:s mening förfogar över dotterbolagens personal.

Av förfrågningsunderlaget framgår de krav som Fortifikationsverket ställer på anbudsgivarna. Kraven har inte kontrollerats av Fortifikationsverket. Hade kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet genomförts korrekt hade Fortifikationsverket funnit att Frog inte besitter erforderlig kapacitet att utföra uppdraget.

Bolaget har inte deltagit i en anbudsgenomgång innan tilldelningsbeslut skickades ut. Det kan därför ifrågasättas varför anbudsgenomgång, potentiellt i strid med likabehandlingsprincipen, hållits med Frog. Någon kompletterande uppgift med innebörd att Frog skulle förfoga över dess dotterbolags kapacitet synes emellertid inte ha förekommit.

**Fortifikationsverket** har i svar anfört bl.a. följande.

Anbudsgenomgång genomförs ganska ofta, särskilt när det gäller totalentreprenader, och avser endast en genomgång av entreprenörens anbud. Entreprenören får därvid presentera sitt utförande och tekniska lösning. Genomgången syftar till att Fortifikationsverket som beställare ska få bekräftelse på att entreprenören uppfattat förfrågningsunderlaget på rätt sätt.

*Förvaltningsrätten gör följande bedömning*

Bolaget har anfört att Fortifikationsverket brutit mot bestämmelserna i LOU genom att utvärdera och anta anbudsgivare som saknar kompetens och kapacitet för utförande av den i upphandlingen efterfrågade tjänsten.



Vinnande anbudsgivare, Frog, är moderbolag i en koncern, i vilken bl.a. Frog Construction & Diving AB är dotterbolag. I Frogs anbud har referenser lämnats från utförda arbeten av Frog Construction & Diving AB. I enlighet med praxis (EU-domstolens dom den 14 april 1994 i mål nr C-389/92, Ballast Nedam Groep NV mot belgiska staten, dom den 18 december 1997 i mål nr C-5/97, Ballast Nedam Groep NV mot belgiska staten, dom den 2 december 1999 i mål nr C-176/98, Holst Italia SpA mot Comune di Cagliari samt Kammarrätten i Sundsvalls dom den 27 juni 2005 i mål nr 1430-05) är det tillåtet att anbudsgivare, för att bevisa att denna uppfyller de ekonomiska, finansiella och tekniska villkoren för att delta i ett anbudsförfarande, åberopar ett dotterbolags kapacitet. En förutsättning är dock att moderbolaget kan bevisa att moderbolaget faktiskt förfogar över resurserna hos dotterbolaget. Referenser kan emellertid inte få åberopas villkorslöst. I sådana fall skulle kvalificeringskraven i en upphandling lätt kunna kringgås.

Frog har vid tiden för anbudslämnandet angivit att underleverantörer inte är utsedda. Samtidigt är flera av de i anbudet angivna personerna i lednings- och nyckelbefattningar inte anställda i moderbolaget Frog, utan i dotterbolaget Frog Construction & Diving AB. Förvaltningsrätten konstaterar att Frogs anbud helt saknar hänvisningar till faktiska eller rättsliga förhållanden, utöver direkta ägarförhållanden inom koncernen, som visar att Frog faktiskt förfogar över dotterbolagets resurser. Till följd därav borde Frogs anbud rätteligen ha uteslutits. Då anbudet trots det utvärderats har Fortifikationsverket brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget, som rangordnats som nummer två vid utvärderingen, får med hänsyn härtill ha lidit skada. Det föreligger således grund för ingripande med stöd av LOU. Bolagets talan ska därför bifallas och upphandlingen förordnas rättas på så sätt att ny utvärdering av anbuden ska ske utan beaktande av Frogs anbud.

Med denna utgång saknas skäl att pröva bolagets övriga grunder för talan.

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



Bo Johansson

Föredraganden har varit Henrik Lindblom.



## 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 offentlig part 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.