



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

**DOM**  
2017-02-09  
Meddelad i Stockholm

Mål nr  
328-17

**SÖKANDE**

Enmanskonsulterna Sverige AB, 556920-8241  
Box 8139  
104 20 Stockholm

**MOTPART**

Tillväxtverket  
Stockholmskontoret  
Box 4044  
102 61 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning av offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2017-02-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att anbudsutvärderingen ska göras om på så sätt att Enmanskonsulterna Sverige AB:s anbud ska beaktas vid utvärderingen.

Dok.Id 815594

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**Telefax**

08-561 680 01

**E-post:** [forvaltningsrattenistockholm@dom.se](mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se)  
[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

**Expeditionstid**

måndag–fredag  
08:00-16:30

**BAKGRUND**

Tillväxtverket genomför en upphandling av ramavtal avseende IT-konsulttjänster (dnr 2.4.3-Ä2016-1398). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen är uppdelad i sex ramavtalsområden där avtal kommer att tecknas med de fem anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga i varje uppdragsområde. I förfrågningsunderlaget uppställs bl.a. två stycken kvalificeringskrav av vilka framgår att anbudsgivaren ska ha genomfört minst två konsultuppdrag inom det uppdragsområde som anbudsgivaren offererar. Uppdragen ska ha genomförts inom de tre senaste åren. Om uppdragsgivaren är nystartad följer att redovisning av uppdrag istället ska avse uppdrag utförda i tidigare verksamhet. Tilldelningsbeslut fattades den 28 december 2016 varvid Enmanskonsulterna Sverige AB:s (bolaget) anbud inte kvalificerade sig för vidare utvärdering. I beslutet anger Tillväxtverket att bolaget inte varit avtalspart i de redovisade referensuppdragen. Vidare anges att bolaget registrerades 2013 och därför inte kan betraktas som nystartat.

**YRKANDEN M.M.**

**Bolaget** ansöker om överprövning av upphandlingens uppdragsområde 1, systemutveckling och systemförvaltning, och uppdragsområde 3, krav och test. Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om. Till stöd för talan anför bolaget bl.a. följande. Av tilldelningsbeslutet framgår att bolagets anbud har blivit förkastat eftersom bolaget inte har varit avtalspart i de redovisade referensuppdragen. Av 11 kap. 12 § LOU följer att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Bolaget har i sitt anbud åberopat andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet och även visat att det förfogar över dessa resurser.

De personer som offererats är ledande personer i sina respektive företag och uppfyller de krav som ställts avseende kapacitet och yrkeskunnande.

Tillväxtverket har inte heller på ett tydligt sätt redovisat en definition av vare sig nystartad verksamhet eller nystartat företag. Anbudsgivarna kan därför inte förutse hur kravet på nystartad verksamhet/företag ska uppfyllas. Sedan starten 2013 har bolaget främst satsat på att bygga upp ett starkt nätverk. Av den anledningen har bolaget inte uppvisat en omsättning under denna period som motsvarar bolagets egentliga resurser. Det stämmer alltså inte att bolaget har bedrivit verksamhet under 4 år och 9 månader.

Enligt 1 kap. 11 § LOU kan även grupper av leverantörer lämna anbud. I det här fallet utgör bolaget en juridisk form som en grupp av leverantörer lämnar anbud genom. Att ställa krav på att samtliga resurser, kapacitet, kompetens och erfarenhet ska finnas hos ledande befattningar i anbudsgivarens verksamhet är ett oproportionerligt krav som är starkt konkurrensbegränsande och saknar relevans för fullgörande av kontrakt.

Tillväxtverket bestrider ansökan och anför bl.a. följande. De referensuppdrag som bolaget har redovisat har genomförts av ett antal underkonsulter till bolaget. Vid kontroll med referenterna visade det sig att konsulterna engagerats på annat sätt än genom bolaget. Bolaget har överhuvudtaget inte haft något affärsförhållande med de angivna referenterna och har på inget sätt varit involverat i leveransen av konsulttjänster. Bolaget har således inte genomfört de åberopade referensuppdragen och har därmed inte uppfyllt kvalificeringskravet. Tillväxtverket har inte kontrollerat att bolaget verkligen förfogar över underkonsulternas kapacitet, men har för tillfället ingen anledning att ifrågasätta det. Enligt bolagets företagsbeskrivning grundades bolaget den 31 januari 2013 och hade alltså bedrivit verksamhet under 4 år och 9 månader vid anbudstidens utgång. Bolaget kan därför inte heller betraktas som nystartat. Om bolaget ändå skulle anses som

nystartat så skulle det ha redovisat referensuppdrag som ledande personer i bolaget genomfört. Det är inte känt om det finns personer i bolagets ledning med erfarenhet och kompetens som uppfyller de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Vidare anser Tillväxtverket att bolagets hänvisning till 1 kap. 11 § LOU är irrelevant.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

LOU upphävdes den 1 januari 2017 och ersattes med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Den upphävda lagen gäller dock fortfarande för upphandlingar som påbörjades före ikraftträdandet.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU). Om den upphandlande myndigheten har brutit mot dessa grundläggande principer eller någon annan bestämmelse i LOU 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 § LOU).

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

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.). 11 kap. 12 § LOU innebär bl.a. genomförande av artikel 48.3 i direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG) (prop. 2006/07:128 s.400).

Enligt artikel 48.1 i direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG) ska en ekonomisk aktörs tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet bedömas och kontrolleras i enlighet med punkterna 2 och 3. Av samma artikel punkten 2 a ii) framgår bl.a. att bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet får lämnas i form av en förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under de senaste tre åren, med angivande av värde, tidpunkt och mottagare. I artikel 48.3 anges att en ekonomisk aktör får vid behov och i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan aktören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet.

I mål C-176/98 Holst Italia Spa mot Comune di Cagliari uttalade EU-domstolen att en leverantör har rätt att åberopa ett annat företags kapacitet för att bevisa att denne uppfyller de ekonomiska och tekniska krav som ställs på leverantörerna i en upphandling. Detta gäller oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till det åberopade företaget i fråga, under förutsättning att leverantören kan visa att denne faktiskt förfogar över resurserna hos det företag vars kapacitet åberopas.

*Förvaltningsrätten gör följande bedömning*

Bolaget anför att Tillväxtverket felaktigt har uteslutit bolagets anbud i strid med bestämmelserna i LOU och dess grundläggande principer.

Förvaltningsrätten har att pröva om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad bolaget anför.

I förfrågningsunderlaget, under punkten 4 "Krav på kapacitet och yrkeskunnande", anges att anbudsgivare ska redovisa minst två konsultuppdrag inom det uppdragsområde som anbudsgivaren offererar. Anbudsgivaren ska bl.a. beskriva uppdragens omfattning tidpunkt för genomförandet och kontaktuppgifter. Om anbudsgivarens verksamhet är nystartad kan redovisningen istället avse uppdrag utförda i tidigare verksamhet. Under frågor och svarsprocessen har Tillväxtverket svarat på en fråga angående möjligheterna att referera till underkonsulters uppdrag. I svaret anger Tillväxtverket att anbudsgivaren ska ha genomfört referensuppdragen, alternativt, för nystartade företag, kan ledande personers referensuppdrag från tidigare verksamhet tillgodoräknas.

Bolaget invänder att det ska betraktas som nystartat och att det därför kan hänvisa till uppdrag utförda i tidigare verksamhet. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vad som avses med nystartat företag. Bolaget har dock funnits i 4 år och 9 månader och i förfrågningsunderlaget anges att referensuppdragen ska vara utförda under de tre senaste åren. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att Tillväxtverket har haft skäl för sin bedömning att bolaget inte ska betraktas som nystartat i detta sammanhang. Detta oavsett i vilken omfattning bolaget faktiskt bedrivit verksamhet och tagit på sig uppdrag.

Tillväxtverket har vidare som skäl för uteslutning av bolagets anbud anfört att de konsultuppdrag som bolaget redovisat inte genomförts i bolagets regi. En leverantör får enligt den aktuella bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska, när anbud lämnas, visa den upphandlande myndigheten att leverantören, när kontraktet ska fullgöras, kommer att förfoga över de resurser som myndigheten angett i förfrågningsunderlaget. Bestämmelsen reglerar således leverantörers tillgång till andra leverantörers kapacitet i angivna hänseenden. Bestämmelsens första mening indikerar att det är leverantörens sak att bedöma om det finns behov av att åberopa andra leverantörens förmåga. Vidare framgår av bestämmelsens lydelse att regeln utgör en skyldighet för den upphandlande myndigheten att även beakta andra leverantörers kapacitet om sådan åberopas.

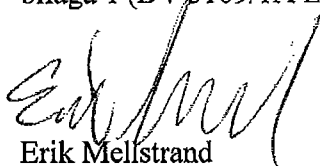
Klart i målet är att bolaget i sitt anbud åberopat andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Följdfrågan är då om bolaget har visat att det förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Bolaget har i målet framfört att bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Uppgiften har inte ifrågasatts av Tillväxtverket. Bolaget får därigenom anses ha visat att det förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullföljas och har då uppfyllt aktuellt skall-krav om kapacitet och yrkeskunskande.

Genom att utesluta bolagets anbud från utvärderingen har Tillväxtverket brutit mot bestämmelserna i LOU och bolaget har därigenom lidit skada. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om varvid även bolagets anbud ska beaktas.

Vid denna utgång saknas skäl att pröva vad bolaget i övrigt anför till stöd för sin talan.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Erik Mellstrand

Rådman

Elisabet Salas har föredragit målet.





# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller 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.

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.

