



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2010-12-06
Meddelad i
Linköping

Mål nr
8838-10
Rotel 8

SÖKANDE

Dawab Sverige AB, 556780-8331
Tornvägen 25
453 38 Lysekil

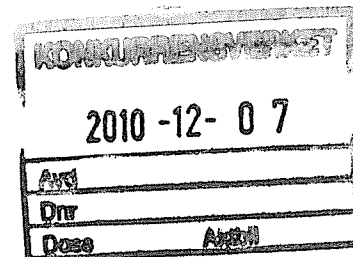
Ombud: Advokat Per Jadelind
Amber Advokater Halmstad HB
Box 363
301 09 Halmstad

MOTPART

Sjöfartsverket
601 78 Norrköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller överklagandet och förordnar att Sjöfartsverkets upphandling av pågjutning av pålar och isskydd Falsterbokanalen i Höllviken, dnr 0307-10-02868, får avslutas först sedan den rättats på så sätt att ny utvärdering görs varvid Frog Marine Group AB:s anbud inte ska beaktas.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 28 oktober 2010 upphör i och med denna dom.

Dok.Id 29433

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Genom tilldelningsbeslut den 18 oktober 2010 gällande upphandling av pågjutning av pålar och isskydd Falsterbokanalen i Höllviken, dnr 0307-10-02868, har Sjöfartsverket antagit annan anbudsgivare än Dawab Sverige AB (bolaget). Upphandlingen genomfördes med förenklat förfarande.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen skall rättas på så sätt att anbudet från Frog Marine Group AB skall diskvalificeras och bolaget tilldelas kontraktet.

Sjöfartsverket motsätter sig bifall till bolagets ansökan.

Förvaltningsrätten har den 28 oktober 2010 beslutat att kommunen inte får avsluta upphandlingen innan rätten beslutat något annat.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Förutsättningen för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att skalkraven är uppfyllda.

AFB.51 Prövning av anbudsgivare

- Anbudsgivaren **skall** vara fri från skulder för skatter och socialförsäkringsavgifter.
- Anbudsgivaren **skall** ha den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för detta åtagande vilket bestyrks genom referenser. Anbudsgivaren **skall** ha lämnat uppgifter om slutförda eller pågående likartade åtaganden genomförda under de senaste 5 åren eller den kortare tid som föranleds av att anbudsgivaren eller underentreprenören är nybildat bolag. Av referenserna ska framgå: värde, tidpunkt och plats för entreprenaden samt kontaktuppgifter med namn och telefonnummer.

AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud

Vid utvärdering kommer det anbud att antas som har lägst pris.

Parternas argumentation

Bolaget anför bl.a. följande. Vid utvärderingen har det konstaterats att Frog Marine Group AB har lägst pris, varför detta anbud antagits. Bolagets anbud har näst lägst pris. – I anbudet från Frog Marine Group AB finns en beskrivning av organisationen. Där framgår att Frog Marine Group AB endast är moderbolag inom koncernen. Av anbudshandlingarna framgår vidare att Frog Marine Group AB är relativt nybildat och först i april 2009 blev registrerat för moms och socialförsäkringsavgifter. På hemsidan, frog.se, under Organisation anges att Frog Marine Group AB är moderbolag inom Frogkoncernen, men att koncernens dagliga verksamhet bedrivs i de tre dotterbolagen Frog Construction & Diving AB, som är specialiserat på anläggning och byggnation, Frog Marine Service AB, som arbetar mot

rederinäringen och Frog Dredgirig AB, som är koncernens muddringsbolag. De referenser som lämnas i anbudet torde därför också vara i första hand från dotterbolaget Frog Construction & Diving AB. Referenserna avser nämligen huvudsakligen anläggnings- och byggnationsarbeten. Vidare fanns anbudsgivaren Frog Marine Group AB inte vid de tillfällen som refereras till. Frog Marine Group AB blev registrerat för moms och arbetsgivaravgifter först i april 2009, men då med angiven verksamhet som uthyrning av maskiner och inventarier. Först i oktober 2009 kompletterades verksamhetsbeskrivningen med dykeri- och sjöentreprenader. Med anledning av ovanstående måste anbudsgivaren vid kvalificeringen och utvärderingen av anbudet bedömas utifrån även förhållandena i dotterbolaget Frog Construction & Diving AB. – Frog Construction & Diving AB hade vid anbudstillfället över fem miljoner kr i skatteskulder. Vid kontroll med Skatteverket är skulden på bolagets skattekonto 2 561 254 kr. Frogkoncernen uppfyller således inte skallkraven i förfrågningsunderlaget. – Enligt Frog Marine Group AB:s hemsida förvärvades Sundsvalls UV-Konsult AB av Frog 2009. Även detta bolag har skatteskulder som vid anbudstillfället uppgick till 1 075 114 kr. Vid kontroll med Kronofogdemyndigheten uppgår bolagets skatteskuld idag till 503 518 kr. – Angående skallkravet teknisk och yrkesmässig kapacitet samt referenser är det uppenbart att anbudsgivaren Frog Marine Group AB inte uppfyller detta krav. Den tekniska kapacitet och de referenser som hänvisas till hänför sig till dotterbolaget Frog Construction & Diving AB, som p.g.a. sina skatteskulder inte själv kan lägga anbud i upphandlingen. – Det måste anses vara fel att inge anbud i annat bolags namn än det som uppenbarligen kommer att utföra uppdraget. Anbudsgivare som är moderbolag i en koncern måste under alla förhållanden anses ansvarigt för bolag inom koncernen som deltar i utförandet, precis som för eventuellt anlitate underentreprenörer. Det vore alldeles för lätt att kringgå reglerna genom att bilda ett nytt moderbolag och lämna anbud i detta när andra bolag inom koncernen inte är kvalificerade. Ett sådant förfarande måste betraktas som ett otillåtet kringgående av upp-

handlingsreglerna och de krav som den upphandlande enheten uppställt i förfrågningsunderlaget. Det måste också vara fel att hänvisa till referenser för ett bolag som inte uppfyller kraven för kvalificering i upphandlingen. – Sjöfartsverket har på ett allvarligt sätt brutit mot de grundläggande principerna i LOU. Bolaget har därmed lidit skada eller kan komma att lida skada, vilken uppgår till i vart fall den handelsvinst bolaget skulle gjort på de aktuella arbetena. Därtill tillkommer de kostnader bolaget drabbas av.

Sjöfartsverket har anfört bl.a. följande. Av anbudet från Frog Marine Group AB framgår tydligt att anbudet lämnades av nämnda bolag som för utförandet utnyttjar resurser från dotterbolag i koncernen. Dotterbolagen är således inte underentreprenörer eller på annat sätt part i aktuell upphandling. Frog Marine Group AB är anbudsgivare och Sjöfartsverkets avtalspart. Moderbolaget uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Av anbudet framgår att Frog Marine Group AB har egen verksamhet och är registrerat som arbetsgivare, betalar arbetsgivaravgifter och har 10 – 19 anställda. Bolagets påstående om att Frog Marine Group AB “endast är moderbolag inom koncernen” saknar således grund. – Av Frog Marine Group AB:s anbud framgår att det aktiebolag som idag har firmanamnet Frog Marine Group AB bildades den 20 december 2006 och registrerades i aktiebolagsregistret den 8 mars 2007. Det är i och för sig riktigt att aktiebolaget har ändrat bl.a. firma och bolagsordning vid flera tillfällen. Detta har emellertid inte någon relevans för prövning av anbudet. Bolagets påstående att nämnda förändringar beträffande Frog Marine Group AB skulle medföra att även dotterbolagets förhållanden måste beaktas är svårförståeligt och bestrids. Det är inte ovanligt att anbudsgivande bolag nyligen ändrat såväl firma som bolagsordning. – Angående skullkravet avseende skulder för skatter och socialförsäkringsavgifter uppfyller Frog Marine Group AB detta krav. Av Frog Marine Group AB:s anbud framgår att Frog Marine Group AB skall utföra uppdraget i egen regi med utnyttjande av koncernens resurser. Inget av dotterbolagen utgör underentreprenör eller är på

något annat sätt part i upphandlingen. Sjöfartsverket har således inte haft grundad anledning att utreda eller beakta förhållandena i dotterbolagen. – Beträffande skallkrav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet samt referenser har Frog Marine Group AB bl.a. åberopat ett stort antal referenser som inte funnits anledning att ifrågasätta. Såvitt Sjöfartsverket känner till hindrar inte LOU att en koncern väljer att lämna anbud genom moderbolaget, särskilt inte när det tydligt framgår att moderbolaget skall utföra uppdraget i egen regi och att moderbolaget bedriver egen verksamhet. Anbudet från Frog Marine Group AB har granskats i den omfattning som LOU kräver. Någon genomsyn av hela koncernen kan inte krävas. Det avgörande för den upphandlande myndighetens prövning måste vara om det i varje enskilt fall finns skäl att särskilt utreda förhållandena vidare. Sådana skäl saknas i förevarande fall. – Sammanfattningsvis har Sjöfartsverket inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de grundläggande principer som ligger till grund för lagen. Bolaget kan därmed inte heller ha lidit skada eller komma att lida skada.

Bolaget anför i förnyat yttrande i bl.a. följande. Det framgår inte av Frog Marine Group AB:s anbud att arbetet kommer att utföras av moderbolaget. Tvärtom framgår det att det är dotterbolaget Frog Construction & Diving AB som är det bolag som kommer att utföra själva entreprenaden. Det är mot denna bakgrund som det funnits all anledning för Sjöfartsverket att utreda förhållandena i dotterbolaget.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Bolaget har anfört att Sjöfartsverket brutit mot bestämmelserna i LOU genom att utvärdera och anta anbudsgivare, trots att denna inte uppfyller ställda skallkrav.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren skall vara fri från skulder för skatter och socialförsäkringsavgifter. Vidare framgår att anbudsgivaren skall ha den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för åtagandet, vilket skall bestyrkas genom referenser. Bolaget har åberopat att vinnande anbudsgivare inte uppfyller dessa skalkrav.

Vinnande anbudsgivare, Frog Marine Group AB, är moderbolag i en koncern, i vilken bl.a. Frog Construction & Diving AB är dotterbolag. I Frog Marine Group AB:s 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 då ett moderbolag kan bevisa dess möjligheter att förfoga över resurser inom en koncern. I sådana fall skulle kvalificeringskraven i en upphandling lätt kunna kringgås.

Om Frog Marine Group AB ska anses faktiskt förfoga över resurserna hos Frog Construction & Diving AB, vilket är tvunget för att kravet om teknisk och yrkesmässig kapacitet samt referenser ska vara uppfyllt, måste även dotterbolaget granskas vid bedömning av om moderbolaget uppfyller ställda kvalificeringskrav. Även Frog Construction & Diving AB måste därmed vara fri från skulder för skatter och socialförsäkringsavgifter för att Frog Marine Group AB ska kvalificera sig som anbudsgivare. Då Frog Construction & Diving AB emellertid har sådana skulder uppfyller inte Frog

Marine Group AB ställde skallkrav. Till följd därav borde Frog Marine Group AB:s anbud rätteligen ha uteslutits. Då anbudet trots det utvärderats har Sjöfartsverket brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget får med hänsyn härtill antas ha kunnat komma att lida 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 Frog Marine Group AB:s anbud.

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



Bo Johansson

Föredraganden har varit Maria Nilsson.



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, anledningen 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.

