



KLAGANDE

Peab Anläggning AB, 556568-6721

Ombud: Bolagsjurist Linda Grahl
Peab Sverige AB

MOTPARTER

1. Gävle Hamn AB, 556379-8619

Ombud: Advokat Stefan Gustavsson
Advokatfirman Titov & Partners KB

2. Cyes Maritime Works S.L

Ombud: Advokat Sylvia Lindén och
biträdande jurist Jens Nilsson
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

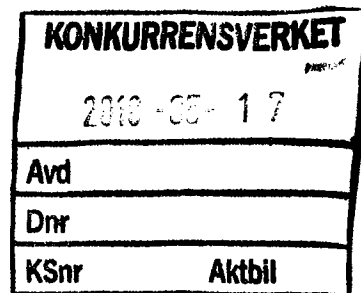
Förvaltningsrätten i Faluns dom den 23 mars 2018 i mål nr 33-18,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet från vidare handläggning.



YRKANDEN M.M.

Peab Anläggning AB yrkar att kammarrätten ska avslå yrkandet om överprövning av upphandlingen.

I målet är numera upplyst att Gävle Hamn den 10 april 2018 beslutat att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen skickades till berörda anbudsgivare den 11 april 2018 via e-post. Enligt uppgift från Förvaltningsrätten i Falun har någon ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet inte kommit in inom föreskriven frist.

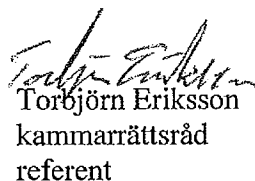
SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlingen har numera avbrutits och ändamålet med ansökan om överprövning av upphandlingen har därmed förfallit. Målet om överprövning av upphandlingen ska därför skrivas av från vidare handläggning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Jessica Lovén
kammarrättsråd
ordförande



Torbjörn Eriksson
kammarrättsråd
referent



Susanne Ragvald
tf. kammarrättsassessor

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredraganden
Elisabet Heimer

DOM
2018-03-23
Meddelad i Falun

Mål nr
33-18

Sida 1 (8)

Bilaga A

SÖKANDE

Cyes Maritime Works S.L

Ombud: Advokat Sylvia Lindén och jur.kand. Jens Nilsson
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB
Box 5421
114 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Gävle Hamn AB, 556379-8619

Ombud: Advokat Stefan Gustavsson
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

2. Peab Anläggning AB, 556568-6721
Box 808
169 28 Solna

SAKEN

Upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs där anbudet från Peab Anläggning AB inte får ingå.

Dok.Id 216059

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag–fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00–12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Gävle Hamn AB (Gävle Hamn) upphandlar ny containerkaj nr 22-25 (projekt nr 84831) genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Tilldelningsbeslut fattades den 22 december 2017 varvid Peab Anläggning AB (Peab) antogs.

Cyes Maritime Works S.L (Cyes MW) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att Peabs anbud ska förkastas och således inte tas upp till prövning.

Gävle Hamn bestrider bifall till ansökan.

Peab bestrider bifall till ansökan.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Cyes MW anför är visat att Gävle Hamn har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att Cyes MW lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUF).

Vad parterna anför

Cyes MW anför bl.a. följande. Som arbetsledare för spontning och pålningsarbeten har Peab angett personen PÅ.H. Av PÅ.H:s CV framgår att han är anställd i Peab Grundläggning AB. Det är således fråga om ett annat bolag. Det framgår inte i någon av anbudsbilagorna att Peab Grundläggning AB:s tekniska och yrkesmässiga kapacitet åberopas. I upphandlingsdoku-

menten framgår att leverantören ska komma in med intyg till styrkande av ett obligatoriskt krav. Peab valde till sitt anbud att lämna in en egen försäkran enligt ESPD. Av upphandlingsdokumenten punkten AFB.31 framgår att egen försäkran ska åtföljas av en särskild försäkran från åberopat företag för det fall annans kapacitet åberopas. Peab har i sitt ESPD-formulär angett att man inte avser att använda något annat företags kapacitet, trots att man samtidigt offererat en arbetsledare som är anställd i ett bolag som inte lämnar anbud i upphandlingen. Gävle Hamn har först vid ansökan om överprövning uppmärksammat att PÅ.H. inte är anställd i det anbudsgivande bolaget. Peab är inte moderbolag utan ett kusinbolag till Peab Grundläggning. Peab förfogar därmed inte över Peab Grundläggning AB:s resurser på sätt som påstås och detta har inte heller visats. Peab har således åberopat kapacitet från ett annat bolag för att uppfylla obligatoriska krav. Peab har inte visat att man förfogar över åberopad kapacitet när kontraktet ska fullgöras.

Av Peabs anbudsformulär punkterna 7.4–7.6 framgår att platschefen, arbetsledare för spontning och pålningsarbeten liksom arbetsledare för betongarbeten har åberopat samma referensuppdrag, dvs. Kaj 24 – 25 Gävle Hamn. De olika personerna har lämnat osamstämmiga uppgifter avseende det åberopade referensprojektets värde. Vidare framstår flera av priserna som Peab offererat som onormalt låga. Priserna på vissa föremål täcker överhuvud inte kostnaderna för dessa. Det framgår tydligt av tilldelningsbeslutet att alla anbudsgivare, utom Peab, har en skillnad på cirka fem procent mellan anbudssumma och utvärderingssumma. Peab har inte tagit höjd för de verkliga kostnaderna. Vidare har Peab efter anbudstidens utgång tillåtits komplettera sitt anbud med en fullmakt för att uppfylla kravet i punkten AFB.31. Den som har undertecknat Peabs anbud är inte behörig att göra det. Av Peabs inlämningskvitto framgår att någon fullmakt inte har bifogats anbudet. Av mailkorrespondens framgår att Gävle Hamn ombett Peab att komplettera sitt anbud i detta avseende. Gävle Hamn har genom att tillåta Peab att komplettera brutit mot likabehandlingsprincipen. Gävle Hamn har utvärderat Peabs

anbud i strid med LUF och de grundläggande principerna. Hade Gävle hamn agerat korrekt hade Peabs anbud utslutits och Cyes MW tilldelats kontrakt då Cyes MW kommit på andra plats i utvärderingen. Gävle Hamns brott mot LUF har inneburit att Cyes MW lidit skada eller kan komma att lida skada.

Gävle Hamn anför bl.a. följande. Det är korrekt att det i CV för PÅ.H. anges att han är anställd av Peab Grundläggning AB. På uppgifterna i anbudet har Gävle Hamn inte sett någon tveksamhet avseende Peabs möjligheter att tillhandahålla PÅ.H. som arbetsledare och har uppfattat det förhållandet att han var anställd i dotterbolaget som en ren teknikalitet. Eftersom uppgiften har ifrågasatts har Peab förklarat sig. Gävle Hamn anser att något intyg avseende återopande av dotterbolagets kapacitet inte behövs. Det saknas skäl att ifrågasätta Peabs tillgång till PÅ.H. som arbetsledare. Uppgiften om hans anställning utgör inte skäl för att diskvalificera Peabs anbud. Redan genom uppgiften om PÅ.H:s anställning har det framgått att dotterbolagets kapacitet återopas. Det av Peab återopade uppdraget ”Kaj 24–25 Gävle Hamn” uppfyller kravet på kontraktssumma överstigande 50 miljoner kronor. Att Peab angett varierande avrundade värden på kontraktssumman överstigande 50 miljoner kronor i de olika meritförteckningarna utgör inte skäl för att diskvalificera Peabs anbud. Gävle Hamn bedömer inte att Peabs anbud var onormalt lågt och anser inte att det finns skäl att ifrågasätta prissättningen. Peab har tillåtits inkomma med fullmakt efter anbudstidens utgång. Kravet har fått en utformning som medför att det räcker att anbudet är under-tecknat av därtill behörig företrädare för anbudsgivaren. Det därtill anknutna kravet på att den som inte är behörig ska inge fullmakt får därvid ingen betydelse. Gävle Hamn gör bedömningen att det mot bakgrund av kravets utformning inte är möjligt att förkasta Peabs anbud på grund av brist i förhållande till fullmaktskravet, då det inte klart anges i upphandlingsdokumenten att det krävs att fullmakt för behörig företrädare ska bifogas anbudet. Oaktat detta har det för Gävle Hamn varit angeläget att säkerställa att anbudet är

civilrättsligt giltigt. Därför har Gävle Hamn begärt en fullmakt, av vilken det framgår att den som undertecknat anbudet är behörig att företräda anbudsgivaren. Något upphandlingsfel föreligger inte såvitt gäller frågan om Gävle Hamns upptagande av Peabs anbud till prövning. Någon skada kan Cyes MW således inte lida i anledning av att Peabs anbud utvärderats.

Peab anför bl.a. följande. Peab Grundläggning AB är ett helägt dotterbolag till Peab. Av Not 30 i Peabs årsredovisning framgår att Peab Grundläggning AB förvärvades den 28 februari 2017. Vad gäller ett återopande av kapacitet så finns det inget sådant krav när ett moderbolag tillgodosör sig ett dotterbolags resurser. Peab har, i egenskap av moderbolag, rätt att tillgodosöra sig dess dotterbolag, däribland Peab Grundläggning AB:s, resurser. I ESPD-formuläret som Peab gav in har Peab rätteligen valt att ange nej under ”C. Information om beroende av andra enheters kapacitet”. För det fall förvaltningsrätten anser att det finns ett krav på att ett moderbolag ska återropa ett dotterbolags kapacitet så gör det gällande att det inte, varken i LUF eller i förfrågningsunderlaget, ställs krav på att det ska ges in specifikt bevis/intyg eller liknande med innebörd att ett annat företags kapacitet återropas. Peab har valt att fylla i och ge in anbudsformuläret och de bevis som däri efterfrågas. Den ESPD som Peab därutöver har gett in kan därmed bortses från, då en ESPD till sin natur är preliminär och sekundär i förhållande till ingivna bevis. Peab har i anbudsformuläret och i bilagorna angett att PÅ.H. offereras. Dessa angivna uppgifter får i sig anses utgöra ett återopande av Peab Grundläggning AB:s kapacitet. Det kan även noteras att den person som Peab har offererat som arbetsledare för betongarbeten också uppfyller kraven på arbetsledare för spontning och pålningsarbete. Den som har undertecknat anbudet är regionchef. Han har genom fullmakt utfärdad den 25 september 2017 av firmatecknarna befullmäktigats att underteckna anbud. Gävle Hamn har inte haft någon skyldighet att kontrollera hans behörighet. Däremot har Gävle Hamn, för att säkerställa att anbudet är civil-

rättsligt giltigt, efterfrågat en fullmakt. Det rör sig inte om någon otillåten komplettering.

Upphandlingsdokumenten

Av upphandlingsdokumenten punkten AFB.52 framgår bl.a. följande.

- c. Arbetsledare för spontning och pålningsarbeten ska ha erfarenhet av ett (1) st relevant arbete med tillfredsställande referens. Med relevant arbete avses projekt där arbetsledare innehaft roll som arbetsledare för spontning och pålningsarbeten eller liknande, som avlämnats inom de 10 senaste åren och som haft en kontraktssumma överstigande 50 miljoner kr. Med tillfredsställande referens avses att de relevanta arbetena ska ha godkänts vid slutbesiktning utan försening av kontraktstiden som varit att hänföra till arbetsledarens arbetsgivare.

Av upphandlingsdokumenten punkten AFB.31 framgår bl.a. följande.

Anbudsgivare kan, när det gäller kraven enligt AFB.51 och AFB.52, välja mellan att inge efterfrågade bevis till styrkande av dessa krav och lämna efterfrågade uppgifter i anbudet eller att skicka in en egen försäkran att kraven uppfylls. En egen försäkran ska lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt (ESPD). För att lämna en egen försäkran – vänligen se information nedan. En egen försäkran (ESPD) fylls i via en extern tjänst och bifogas sedan anbudet.

Enligt LUF får anbudsgivare – se 14 kap 3 § - lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 13 kap 1–4 §§ LUF för att utesluta anbudsgivare från att delta i upphandlingen, att anbudsgivaren uppfyller de krav som upphandlande enhet har ställt gällande kvalificering. Om anbudsgivare åberopar andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet ska anbudsgivares egen försäkran åtföljas av en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas.

Används en egen försäkran ska eventuella intyg som omfattas av försäkran lämnas in till den upphandlande myndigheten inom 2 dagar efter begäran.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis bedömer förvaltningsrätten att vad Cyes MW har anfört om värde av åberopat referensuppdrag, onormalt låga priser i Peabs anbud och komplettering efter anbudstidens utgång inte visar att Gävle Hamn har agerat i strid med de upphandlingsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse enligt LUF. Skäl för ingripande på de grunderna föreligger inte.

I målet är ostridigt att Peab, utöver anbudsformuläret och däri efterfrågas handlingar, har valt att inge en egen försäkran till stöd för att kraven i upphandlingen uppfylls. Vidare är det ostridigt att den offererade arbetsledaren

är anställd av Peab Grundläggning AB samt att Peab i sin försäkran har uppgett att något annat företags kapacitet inte åberopas.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av Peabs årsredovisning i Not 30 framgår att Peab Grundläggning AB förvärvades per den 28 februari 2017. Det är därmed klarlagt att Peab Grundläggning AB är ett dotterbolag till Peab.

Av praxis framgår att det är tillåtet för en leverantör att åberopa kapacitet hos andra bolag förutsatt att leverantören visar att den faktiskt förfogar över resurserna hos dessa bolag. Vidare är det klarlagt att en anbudsgivare inte uppfyller kravet på att visa att den faktiskt förfogar över resurserna hos det bolag var kapacitet åberopas genom att hänvisa till att bolaget ingår i samma koncern (se t.ex. EU-domstolens mål C-176/98, Holst Italia, och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 27 juni 2005 i mål nr 1430-05).

Mot bakgrund av ovanstående har Peab haft att åberopa Peab Grundläggning AB:s kapacitet när den offererade arbetsledaren är anställd i det bolaget.

Peab har valt att lämna in en egen försäkran och av upphandlingsdokumentens punkten AFB.31 framgår att den ska åtföljas av en särskild försäkran från vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas. Eftersom Peabs försäkran inte åtföljs av någon särskild försäkran från Peab Grundläggning AB har Peab inte uppfyllt kravet i punkten AFB.31.

Förvaltningsrätten konstaterar att en egen försäkran är preliminär på så sätt att den godtas som ett preliminärt bevis för att det som anges i försäkran är riktigt, dvs. att leverantören inte ska uteslutas och att ställda krav och kriterier är uppfyllda. Några ytterligare bevis behöver således inte lämnas in av leverantören i ett inledande skede. Däremot kan kompletterande doku-

ment begäras in (prop. 2015/16:195 s. 1098 f.). Enligt förvaltningsrättens mening innebär inte Peabs egen försäkran att uppgifterna är preliminära och kan bortses ifrån på det sätt som Peab har anfört.

Peabs anbud skulle därmed inte ha beaktats vid utvärderingen. Gävle Hamn har genom att anta Peabs anbud trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen brutit mot likabehandlingsprincipen. Cyes MW får till följd härav anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LUF föreligger därmed. Vad Peab och Gävle Hamn anfört ändrar inte denna bedömning. Eftersom bristerna inte är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd (jfr RÅ 2005 ref. 47). Upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska ske utan beaktande av anbudet från Peab.

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



Veronica Eriksson

förvaltningsrättsfiskal

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. 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 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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.

