



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredragande
 Matilda Skogberg

DOM
 2020-01-08
 Meddelad i Falun

Mål nr
 4701-19

SÖKANDE

Peab Anläggning AB, 556568-6721

MOTPART

1. NVBS Projekt AB, 559032-3621

Ombud: Wille Steinert
 Magnusson Advokatbyrå
 Box 7413, 103 91 Stockholm

2. Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

Upphandling

KONKURRENSVERKET	
2020 01 08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 269127

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Trafikverket gör en upphandling av utförandeentreprenad TUD E02 mark, bro och bana, Maland och Tunadalspåret, Sundsvalls kommun (CTM ID 199764). Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF. Tilldelningsbeslut meddelades den 17 september 2019 varvid ett anbud från NVBS Projekt AB (NVBS) antogs. Av upphandlingsprotokollet framgår att ett anbud från Peab Anläggning AB (Peab) placerade sig på andra plats.

Peab ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs där anbudet från NVBS inte beaktas. Peab anför i huvudsak följande. NVBS förfogar inte över personalresurser som i ansvarig ställning har genomfört referensobjekten avseende bro- och markarbeten. NVBS förfogar inte heller över nödvändiga personalresurser som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Slutligen har Trafikverket tillåtit att NVBS ändrat sitt anbud beträffande uppgifter om åberopande av andra företags kapacitet på ett sätt som strider mot LUF.

Trafikverket bestrider Peabs yrkande och anser att ansökan ska lämnas utan bifall. Trafikverket anför i huvudsak följande. NVBS förfogar över de personalresurser som efterfrågats. Trafikverket har tillåtit rättelser med beaktande av likabehandlingsprincipen. NVBS uppfyller dock alla kraven även utan rättelsen då rättelsen egentligen inte behövdes.

NVBS bestrider Peabs yrkande och anför i huvudsak följande. NVBS anbud uppfyller samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen utan att andra företags kapacitet åberopas och Trafikverket har inte tillåtit några otillåtna ändringar av NVBS anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens bedömning

I mål om överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Detsamma gäller mål enligt LUF. Av 20 kap. 6 § LUF följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad Peab anfört är visat att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta har medfört att Peab har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LUF och innebär att upphandlande enhet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iakttå principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Upphandlingsdokumenten

I punkt AFB.5 i upphandlingsdokumenten anges bl.a. följande.

Om en ESPD (European Single Procurement Document) lämnas behöver de intyg och andra skriftliga bevis som beställaren begär in avseende uteslutningsgrunder och kvalificeringskrav inte lämnas in, förrän beställaren begär detta särskilt. Beställaren godtar således en ifyllt ESPD preliminärt som bevis.

I punkt AFB.522 i upphandlingsdokumenten anges bl.a. följande.

AFB.522 Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga

Anbudsgivare ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga som är tillräcklig för aktuellt uppdrag.

Anbudsgivare ska därmed:

1. Ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard, dvs. ha genomfört entreprenader som har innefattat Mark-, bro och BEST-arbeten.

Med "ha genomfört" avses att anbudsgivaren (företaget) själv har genomfört entreprenaden eller att företaget förfogar över personalresurser som i ansvarig ställning har genomfört entreprenaden.

För att styrka sin erfarenhet ska anbudsgivaren inge en förteckning över genomförda entreprenader. Förteckningen behöver inte vara uttömmande, men ska utvisa att anbudsgivaren avseende **tre (3) entreprenader uppfyller kraven på referensobjekt**. Av förteckningen ska kontraktsvärde, tidpunkt och namn på uppdragsgivare framgå, se exempelmall som tillhandahålls i upphandlingssystemet.

2. Förfoga över nödvändiga personalresurser som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard, dvs.

För att styrka att kravet på personalresurser är uppfyllt ska anbudsgivaren inge uppgifter om den tekniska personalen, i synnerhet den som ska ansvara för kvalitetskontrollen och säkerhet i entreprenaden som anbudsgivaren kan förfoga över för att genomföra entreprenaden. **Redovisning av behörigheter för BEST-arbeten, BASTAB och erforderlig säkerhetspersonal för arbeten i trafikerad spår- miljö.**

Vad parterna anför

Peab anför i huvudsak följande. NVBS referensobjekt för mark- och broarbeten, som åberopas för att uppfylla punkt 1, har inte utförts av NVBS själv utan av företagen Westcon Entreprenad AB respektive Segermo Entreprenad AB. Den personalresurs som i ansvarig ställning påstås ha genomfört referensobjekten är [REDACTED]. Det framgår av Westcons hemsida att [REDACTED] är anställd i Westcon Anläggning som [REDACTED] och av utdrag från Bolagsverket framgår att han är [REDACTED] och [REDACTED] i bolaget. På LinkedIn framgår att [REDACTED] arbetar som [REDACTED] och [REDACTED] hos Westcon. I en pågående entreprenad inom Gävle och Söderhamns kommun är [REDACTED] [REDACTED] för Westcon. Eftersom [REDACTED] inte är anställd i NVBS så förfogar NVBS inte över personalresurser som i ansvarig ställning har genomfört aktuella referensobjekt. NVBS förfogar inte heller över personal som behövs för att uppfylla kravet i punkt 2 och man hade därför behövt åberopa personal från NVBS Infra AB och NVBS Electric AB. Eftersom NVBS gett in intygande av resurstillgångar och kapacitetsintyg där det uttryckligen framgår att det var NVBS Infra och NVBS Electric AB som förfogade över aktuella personalresurser har NVBS uppenbarligen avsett att anställda i två dotterbolag var den tekniska personal som skulle genomföra entreprenaden. Trafikverket har i upphandlingen tillåtit NVBS att efter sista dag för anbudsinslämning ändra sina anbudsförutsättningar från att inte åberopa andra företags kapacitet till att åberopa andra företags kapacitet. Ändringen har gjorts genom att NVBS skickat in en ny version av handlingen "Utredning avseende uteslutningsgrunder – LUF" där man ändrat från nej till ja på frågan om andra företags kapacitet åberopas. En sådan ändring innebär att anbudet i reell mening

ändrades eftersom det medförde att Trafikverket kunde anta NVBS anbud. Ändringarna faller inte inom ramen för en godtagbar rättelse eller komplettering enligt 4 kap. 8 § LUF och faller inte heller inom ramen för sådant som Trafikverket kan begära in av anbudsgivarna och som är tillåtna enligt upphandlingsdokumenten. Genom att tillåta att NVBS ändrar sitt anbud upprepade gånger har Trafikverket genomfört upphandlingen i strid med de grundläggande upphandlingsprinciperna och upphandlingsdokumenten. Slutligen har Trafikverket nu gjort en ny anbudsutvärdering genom att i sitt yttrande till förvaltningsrätten ange att det inte varit nödvändigt av NVBS att åberopa annat företags kapacitet för att uppfylla kraven. Trafikverket menar nu att NVBS uppfyller kraven själv genom egna anställda personalresurser. Dessutom påstår Trafikverket, så som Peab uppfattar det, att NVBS uppfyller kvalificeringskraven genom att ha åberopat andra företags kapacitet. Trafikverket har i sin nya anbudsutvärdering beaktat omständigheter som blivit kända för Trafikverket lång tid efter tilldelningsbeslutet.

Trafikverket anför i huvudsak följande. Det har inte varit nödvändigt för NVBS att åberopa annat företags kapacitet för att uppfylla kravet i AFB.522 punkt 1. NVBS har i sin skrivelse till förvaltningsrätten angett att [REDACTED] är anställd direkt av NVBS. NVBS har gett in ett anställningsbevis till Trafikverket som visar detta. Det är således visat att NVBS förfogar över personalresursen [REDACTED]. När det gäller kraven i AFB.522 punkt 2 avseende nödvändiga personalresurser och behörigheter har NVBS lämnat in alla uppgifter och intyg som Trafikverket begärt avseende den tekniska personalen. Samtliga intyg och andra bevis har i enlighet med upphandlingsdokumenten och LUF begärts in efter sista anbudsdagen. Trafikverket har uppfattat, genom det intyg om resurstillgång utfärdat av NVBS Holding AB, som NVBS gett in med sitt anbud, att NVBS skulle använda teknisk personal från de andra dotterbolagen i NVBS-koncernen. NVBS anför dock i sin skrivelse till förvaltningsrätten att syftet med intyget var att

visa på NVBS-koncernens muskler utöver de personalresurser som ska utföra entreprenaden och finns i NVBS. NVBS har visat att kraven är uppfyllda och Trafikverket har full tillförsikt i att NVBS har en teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga som är tillräcklig för aktuellt uppdrag. I den aktuella upphandlingen behövde anbudsgivare inte bifoga blanketten "Utredning avseende uteslutningsgrunder – LUF". Den skulle enbart skickas in på beställarens begäran. NVBS har lämnat in alla blanketter som Trafikverket har begärt. Det är inte korrekt att NVBS inte uppfyllde de obligatoriska kraven utan att ändra sitt anbud. Trafikverket har tillåtit rättelser med beaktande av likabehandlingsprincipen. NVBS uppfyllde alla krav även utan rättelsen och rättelsen har egentligen inte behövts.

NVBS anför i huvudsak följande. NVBS uppfyller kravet i AFB.522 punkt 1 genom att [REDACTED], dvs. personalresursen som i ansvarig ställning har genomfört mark- och broarbeten är anställd av NVBS. Eftersom [REDACTED] är anställd av NVBS och NVBS därmed förfogar över denna personalresurs uppfyller NVBS självständigt kvalificeringskravet avseende efterfrågad erfarenhet. Avseende kravet på nödvändiga personalresurser i AFB.522 punkt 2 har NVBS i sitt anbuds brev bekräftat att anbud lämnas i enlighet med förfrågningsunderlaget och att samtliga krav i förfrågningsunderlaget godkänns. Genom att bekräfta att samtliga krav godkänns har NVBS bekräftat att kvalificeringskravet uppfylls. NVBS har även bifogat en icke uttömmande sammanställning över genomförda/pågående BEST-, BESTM-, BES- och BASTAB-projekt till sitt anbud. Denna redovisning visar att NVBS besitter erforderlig behörighet för arbete i trafikerad spår miljö. Den personal som genomfört de olika projekten i sammanställningen och som avses genomföra entreprenaden är anställda i NVBS. Eftersom NVBS självständigt uppfyller kvalificeringskraven avseende efterfrågad erfarenhet och förfogande över nödvändiga personalresurser i AFB522 punkt 1 och 2 har NVBS aldrig varit i behov av, eller åberopat, något annat företags kapa-

citet för att uppfylla de aktuella kvalificeringskraven. På grund av ett missförstånd har Trafikverket begärt att NVBS skulle inkomma med en reviderad version av blanketten ”Utredning avseende uteslutningsgrunder-LUF”. NVBS som ville göra sitt yttersta för att tillmötesgå alla Trafikverkets krav och förfrågningar skickade in den efterfrågade blanketten utan att ifrågasätta om den verkligen behövs. Detta dokument saknar betydelse för NVBS anbud och ska således bortses ifrån.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt i målet att NVBS lämnat in en ny version av dokumentet ”Utredning avseende uteslutningsgrunder – LUF” efter att anbudstiden gått ut där man ändrat sina uppgifter från att inte åberopa annat bolags kapacitet till att åberopa annat bolags kapacitet. Trafikverket har uppgett att man gett NVBS möjlighet att rätta sitt anbud på detta sätt. NVBS har uppgett att bolaget, redan i sitt ursprungliga anbud, uppfyller de krav som ställts i upphandlingen samt att man bara skickat in de intyg och åtaganden som begärts för att tillmötesgå Trafikverkets begäran. Trafikverket har under handläggningen i förvaltningsrätten medgett att rättelsen varit onödig samt att NVBS anbud uppfyller kraven utan rättelse. Peab å sin sida anser att den rättelse som NVBS skickat in till Trafikverket medför att NVBS tillåtits ändra sitt anbud efter att anbudstiden gått ut samt att detta gjorts i strid med LUF. Peab anför också att det faktum att Trafikverket ändrat inställning på så sätt att man nu anser att NVBS anbud på egen hand uppfyller kraven i upphandlingen medför att man gjort en ny anbudsutvärdering i strid med LUF.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns några bestämmelser i LUF som förhindrar en upphandlande enhet att återta ett tilldelningsbeslut och göra en ny anbudsutvärdering. I nuvarande mål har Trafikverket inte återtagit sitt tilldelningsbeslut. Trafikverket har istället uppgett att man fortsatt anser att den anbudsgivare som antagits i tilldelningsbeslutet, dvs. NVBS,

uppfyller de krav som ställts, dock utifrån andra förutsättningar. Dessa förutsättningar ska ha framgått av NVBS ursprungliga anbud men på grund av ett missförstånd har Trafikverket tolkat uppgifterna fel. Förvaltningsrätten anser inte att Peab anfört omständigheter som visar att Trafikverket agerat i strid med LUF när man anslutit sig till vad NVBS anfört angående att bolagets anbud uppfyller de krav som ställts i upphandlingen i sin ursprungliga form. Eftersom Trafikverket anser att anbudet från NVBS uppfyller de krav som ställts utan rättelse anser förvaltningsrätten att den nya version av dokumentet "Utredning avseende uteslutningsgrunder – LUF" ska bortses från. Som en följd av detta anser förvaltningsrätten att det inte finns skäl att pröva om det varit fråga om en otillåten rättelse eller komplettering när NVBS kom in med dokumentet "Utredning avseende uteslutningsgrunder – LUF" och Trafikverket godtog detta. Frågan i målet är då om NVBS anbud, i sin ursprungliga form, kan anses uppfylla de krav som ställts i upphandlingsdokumenten.

Peab gör gällande att NVBS anbud inte uppfyller punkt 1 i AFB.522 eftersom NVBS inte förfogar över den angivna personalresursen [REDACTED]. Av NVBS anbud med bilagor framgår att [REDACTED] har utfört de uppdrag som åberopas för att uppfylla kraven i AFB.522 punkt 1 samt att han kommer att vara aktiv och ansvarig i det aktuella projektet. Trafikverket har även fått in ett anställningsavtal som visar att [REDACTED] är anställd av NVBS. Förvaltningsrätten anser därmed att det är visat att NVBS förfogar över [REDACTED] som personalresurs. Att det aktuella anställningsavtalet inte varit en del av det ursprungliga anbudet medför ingen annan bedömning eftersom det framgår av punkt AFB.5 att intyg och andra skriftliga bevis avseende kvalificeringskrav kan begäras in senare. Den omständighet att [REDACTED] även är anställd av Westcon medför heller ingen annan bedömning. Förvaltningsrätten anser därmed att Peab inte visat att NVBS anbud inte uppfyller kraven i punkt 1 i AFB.522.

Peab har även gjort gällande att NVBS inte uppfyller punkt 2 i AFB.522 eftersom man avsett att använda sig av personalen i dotterbolag vars kapacitet inte åberopats. NVBS har gjort gällande att man genom att bekräfta att anbud lämnas i enlighet med förfrågningsunderlaget har bekräftat att man uppfyller det aktuella kravet samt att man bifogat en sammanställning av uppdrag som visar att bolaget uppfyller det aktuella kravet till sitt anbud. Förvaltningsrätten konstaterar att Peab endast gjort gällande att NVBS inte kan tillgodoräkna sig de personalresurser som finns i NVBS dotterbolag. Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att NVBS inte kan anses åberopa andra företags kapacitet samt att frågan i målet är om NVBS anbud självständigt uppfyller de aktuella kraven. Peab har inte gjort gällande att de personalresurser som finns i NVBS inte uppfyller kraven i den aktuella punkten. Förvaltningsrätten anser därmed att Peab inte visat att NVBS anbud inte uppfyller kraven i punkt 2 AFB.522.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Peab inte har framfört omständigheter som visar att Trafikverket förfarit i strid med upphandlingsdokumenten, de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LUF. Skäl för ingripande enligt LUF föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Hur man överklagar, se bilaga (FR-05).

Eva Karlsson Helghe
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

