



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Ann-Louice Jonsson

DOM
2016-04-13
Meddelad i
Falun

Mål nr
542-16



SÖKANDE

Serneke Anläggning AB, 556782-0591

Ombud: Advokaterna Jimmy Carnelind och Christian Martinsson
MAQS Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Serneke Anläggning AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 160813

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	023-383 00 80	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Trafikverket genomför genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) en upphandling av ”Ombyggnad av E6 trafikplats Flädie och E6.02 Flädie-Lund inom Lomma och Lunds kommuner” (diarienummer 127537). I tilldelningsbeslut som fattades den 3 februari 2016 anges att anbudet från Habau Sverige AB antagits utifrån tilldelningsgrunden lägsta anbudspris.

Serneke Anläggning AB (i det följande Serneke) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras varvid anbudet från Habau Sverige AB (rätteligen konsortiet Habau Hoch- und Tiefbaugesellschaft M.b.H [Habau mbH] och Habau Sverige AB) inte ska ingå. Serneke anför i korthet följande. Konsortiet har till anbudet bifogat ett avtal för anbudsgivande konsortium (Konsortialavtalet). Konsortialavtalet är undertecknat av Peter Lammerhuber för båda avtalsparter räkning. Till anbudet är bifogat en fullmakt till Peter Lammerhuber från Habau mbH. Fullmakten ger dock inte Peter Lammerhuber behörighet att lämna anbud inom ramen för ett konsortium, ingå konsortialavtal eller att för Habau mbH utfästa intyg om solidariskt ansvar. Konsortiets anbud är således ogiltigt och kan inte antas. Konsortiet uppfyller därmed inte heller kravet på att inge en giltig avsiktsförklaring att ingå i konsortium och själva Konsortialavtalet uppfyller inte heller kravet i AFB.3 på att konsortielemmarnas åtagande ska beskrivas till art och omfattning. De åberopade referensuppdragen visar inte att konsortiets medlemmar har erfarenhet av att ha utfört likartade objekt. Kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet är således inte uppfyllda. Serneke, som har lämnat det näst lägsta anbudspriset, har lidit eller riskerat att lida skada till följd av Trafikverkets felaktiga kvalificering av anbudet.

Trafikverket anser att ansökan om överprövning ska avslås .

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Serneke har anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Serneke lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Tilldelningsbeslutet

Serneke påpekar att det av tilldelningsbeslutet framgår att Trafikverket har tilldelat kontraktet till Habau Sverige AB och menar att tilldelningsbeslutet rätteligen borde ha utpekat konsortiet Habau mbH och Habau Sverige AB som vinnande leverantör. Trafikverket har uppgett att ett organisationsnummer måste anges i CTM när anbud lämnas, att anbudet i förevarande fall lämnades i Habau Sverige AB:s organisationsnummer eftersom ett konsortium – som inte är någon juridisk person - saknar organisationsnummer samt att det av såväl anbudsformuläret som av anbudet i dess helhet framgår att konsortiet är anbudsgivare.

Förvaltningsrätten anser det vara klarlagt att anbudet är lämnat av konsortiet samt att Trafikverket har tilldelat kontraktet till konsortiet. Förvaltningsrätten finner inte att den omständigheten att det i tilldelningsbeslutet endast anges att Habau Sverige AB antagits som entreprenör kan föranleda något ingripande enligt LOU.

Fullmakten

Konsortiet har till anbudet bifogat en fullmakt från Habau mbH i vilken det anges att Habau mbH beviljar att Peter Lammerhuber ska ha fullmakt att lämna legalt bindande anbud för byggentreprenader och samtliga rättshandlingar och redogörelser som ska upprättas i sammanhang med dessa.

Serneke gör gällande att fullmakten inte omfattar behörighet för Peter Lammerhuber att för Habau mbH:s räkning inge ett gemensamt anbud med annan anbudsgivare, att ingå ett konsortialavtal eller att för Habau mbH utfästa ett solidariskt ansvar för andra konsortiemedlemmars förpliktelser. Serneke anför bl.a. följande. Enligt praxis ska fullmakter som fått skriftlig form tolkas restriktivt och fullmakter med mycket vag och generell omfattning ska tolkas snävt. Konsortiet har till anbudet bifogat avtal för anbudsgivande konsortium ("Konsortialavtalet"), vilket är undertecknat av Peter Lammerhuber för båda avtalsparters räkning. Peter Lammerhuber är VD och ensam styrelsemedlem i Habau Sverige AB samt enligt uppgift i Konsortialavtalet verkställande direktör baserad på fullmakt för Habau mbH. I avsaknad av uppgift om behörighet att inge gemensamt anbud med annan anbudsgivare, kan fullmakten inte ges längre räckvidd än att den omfattar behörighet att för Habau mbH inge anbud i eget namn. Konsortiets anbud är således inte juridiskt bindande och kan inte antas. Fullmakten omfattar i synnerhet inte någon behörighet för Peter Lammerhuber att för Habau mbH:s vägnar utfästa ett solidariskt ansvar för andra konsortiemedlemmars förpliktelser. En sådan behörighet faller långt ifrån den yttre gräns som utgör fullmaktens räckvidd. Denna slutsats stöd också av uppgiften att fullmakten ger Peter Lammerhuber ställning som VD, då en VD inte binder ett bolag till ett solidariskt ansvar för andra parters förpliktelser. Konsortiet uppfyller därför inte kravet på att inge ett giltigt intyg om solidariskt ansvar (jfr. AFB.3). Vid en rättsenlig tolkning av fullmaktens gränser, ger den endast behörighet för Peter Lammerhuber att lämna bindande anbud för bygg-

entreprenader som inges av Habau mbH och t.ex. att upprätta innehållet i anbudsdokument, besvara begäranden om förtydliganden, undertecknande av anbud etc.

Trafikverket anför bl.a. följande beträffande den ifrågasatta fullmakten. I förevarande fall finns endast de två konsortiemedlemmarna Habau Sverige AB och Habau mbH. För det Habau Sverige AB har Peter Lammerhuber firmateckningsrätt och för Habau mbH har denne genom fullmakten behörighet att bland annat lämna legalt bindande rättshandlingar i samband med anbudet. Trafikverket har inte haft skäl att tro att Peter Lammerhuber har överträtt sin behörighet, vare sig när det gäller att inge anbud i konsortium, ingå konsortialavtal eller att utfästa solidariskt ansvar. Alla dessa handlingar ryms med god marginall inom fullmaktens lydelse och därmed inom gränsen för Peter Lammerhubers behörighet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten anser att fullmakten rent språkligt är utformad på ett sätt som innebär en mycket vid behörighet för Peter Lammerhuber. Det har inte framkommit annat än att avsikten också varit att ge Peter Lammerhuber en omfattande behörighet att företa rättshandlingar i samband med anbudsgivning. Den omständigheten att det i fullmakten inte uttryckligen anges att den befullmäktigade har behörighet att inge anbud i konsortium med annan anbudsgivare, kan enligt förvaltningsrättens mening inte tolkas på det sätt Serneke gör gällande. Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte att Serneke har visat att Peter Lammerhuber genom att inge anbud i konsortium med Habau Sverige AB och bl.a. utfästa intyg om solidariskt ansvar har överträtt sin behörighet och att konsortiets anbud av det skälet skulle vara ogiltigt. Det saknas således skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Konsortialavtalet

I AFB.3 föreskrivs att för anbud från konsortium gäller bl.a. att:

- med anbud inges avsiktsförklaring att ingå i konsortium samt även intyg om solidariskt ansvar med undertecknande av dessa dokument av alla konsortiemedlemmars firmatecknare.
- konsortiemedlemmars åtagande ska beskrivas till art och omfattning och anges som ca procentandel av totala anbudssumman.
- uppgift om behörig företrädare för konsortiet ska anges.

Uppgifterna inges med anbud.

Serneke anför bl.a. följande. Konsortiets anbud uppfyller inte kravet på att konsortiemedlemmarnas åtagande ska beskrivas till art och omfattning och anges som ca procent av totala anbudssumman. I Konsortialavtalet anges endast att procentsatsen inom konsortiets partnerskap under detta skede motsvarar 50 procent av anbudssumman per partner. Vidare anges att Habau mbH kan uppfylla samtliga krav avseende finansiell ställning och referenser samt att Habau Sverige AB kan utföra all byggnation i projektet. Ett generellt samarbete mellan olika aktörer är inte tillräckligt, utan ett åtagande fordrar ett intyg där part förpliktigar sig att ställa resurser till förfogande. Uppgifterna i Konsortialavtalet utgör inget åtagande i LOU:s mening. Det är även oklart vilket av företagen som ska utföra de olika delarna i totalentreprenaden och konsortiets partnerskap motsvarar 50 procent av anbudssumman per partner, visar inte på något sätt vilket arbete eller omfattningen av det arbete som ska utföras av respektive partner, utan förstärker endast den otydlighet som råder.

Trafikverket anför i denna del bl.a. följande. Av Konsortialavtalet framgår att Habau mbH kan uppfylla samtliga krav avseende finansiell omsättning och referenser som ställs upp i den offentliga upphandlingen för projektet och att Habau Sverige AB kan utföra all byggnation i projektet. Härmed är

således medlemmarnas åtagande beskrivet till sin art. Vidare framgår att procentsatsen inom konsortiets partnerskap under detta skede motsvarar 50 procent av anbudssumman per partner. Medlemmarnas åtagande är härmed beskrivet även till sin omfattning och angivet som en procentandel av den totala anbudssumman. Konsortialavtalet innehåller således en beskrivning av medlemmarnas åtagande till art och omfattning och därmed är det aktuella kravet i AFB.3 med all tydlighet uppfyllt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten uppfattar inte att utformningen av kravet i AFB.3 och vad som anges däri om att konsortiemedlemmars åtagande ska beskrivas till art och omfattning motsvarar vad som föreskrivs om tillhandahållande av åtagande i 11 kap. 12 § LOU och AFB.52. Vid en jämförelse mellan hur kravet i AFB.3 är utformat i denna del och vad som anges i Konsortialavtalet om parternas respektive åtaganden i projektet, är det förvaltningsrättens uppfattning att Trafikverket har haft fog för att anse kravet vara uppfyllt. Den omständigheten att det i Konsortialavtalet anges att fördelningen uppges kunna anpassas i det slutliga avtalet föranleder ingen annan bedömning. Förvaltningsrätten gör således bedömningen att Konsortiet har lämnat de uppgifter som efterfrågas enligt AFB.3 och att det saknas skäl för ingripande enligt LOU i denna del.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga

I de administrativa föreskrifterna anges under punkten AFB.52 bl.a. att beställaren kommer att pröva anbudsgivaren genom att kvalificeringskraven som anges i CTM och anbudsformuläret ska vara uppfyllda samt att anbudsgivaren ska styrka uppfyllandet av dessa krav genom att inkomma med de uppgifter som efterfrågas i CTM och anbudsformuläret.

I anbudssformuläret (Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga) anges som krav bl.a. att anbudsgivare ska ha utfört ett likartat objekt gällande totalentreprenad eller utförandeentreprenad för väg. Anbudsgivare ska visa att kravet är uppfyllt genom att i anbud inge uppgift om bl.a. uppdragsgivare, uppdragsperiod, kontraktssumma och en kort beskrivning av uppdraget.

Serneke anför bl.a. följande beträffande referensuppdrag 1 (Trafikplats Kristineberg, f.d. Lindhagensgatan, Stockholm). Habau Sverige AB har inte utfört uppdraget på egen hand, utan uppdraget har utförts inom ramen för ett annat konsortium – Habau Sverige AB/Habau CZ s.r.o. Sverige Filial. Förfrågningsunderlaget ställer krav på att ingivna referensuppdrag ska styrka erforderlig erfarenhet från tidigare projekt. Denna erfarenhet kan inte styrkas med mindre än att det framgår vilket arbete som respektive konsortie-medlem utfört. Det framgår inte vilka arbetsuppgifter eller vilken del av uppdraget som Habau Sverige AB utfört. Trafikverkets eventuella vetskap om Habau Sverige AB:s del i referensuppdraget får inte beaktas. En konsortie-medlem kan inte heller tillskrivas erfarenhet från arbetsuppgifter som en annan konsortie-medlem har utfört. Trafikverket har således inte utvärderat vinnande anbud utifrån de krav som ställts. Vad beträffar referensuppdrag 2 (Nationell motorväg B 4, förbifart Maissau) anför Serneke i huvudsak följande. Även referensuppdrag 2 har utförts inom ramen för ett konsortium (Habau mbh/Haider). Av uppdragsbeskrivningen framgår att Habau mbH utförde schaktning och lade avvattenledningar. Resterande arbeten har därmed utförts av Haider. Habau mbH:s referensuppdrag visar således inte att Habau mbH har erfarenhet av att ha utfört ett likartat projekt. Att inge ett gemensamt anbud i form av ett konsortium fyller samma funktion som att som ensam anbudsgivare åberopa ett annat företags kapacitet. Den kapacitet som åberopas måste då tydligt framgå (jfr 11 kap. 12 § LOU). Det är därför inte tillräckligt att man som konsortie-medlem endast har varit delaktig i ett

uppdrag som utförts av ett konsortium. Konsortiet har sammanfattningsvis åberopat referensuppdrag som utförts av andra konsortier och referensuppdragen visar inte att konsortiets medlemmar har erfarenhet av att ha utfört likartade objekt.

Trafikverket har bedömt att åberopade referensuppdrag visar att konsortiets medlemmar har efterfrågad erfarenhet och att de ställda kraven avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga är uppfyllda. Trafikverket anför i denna del bl.a. följande. Referensuppdrag 1 är utfört av Habau Sverige AB och referensuppdrag 2 är utfört av Habau mbH. Såväl på angiven plats i anbudsformuläret som i det referensintyg som lämnats in tillsammans med anbudet, framgår vad referensuppdrag 1 omfattar. Det faktum att referensuppdrag 1 utfördes tillsammans med ett annat bolag i konsortium innebär inte att Habau Sverige AB inte har skaffat sig erforderlig erfarenhet genom detta uppdrag. Det saknas grund för påståendet att konsortiet inte uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga enbart av den anledningen att uppdraget utförts i konsortium med ett annat bolag och det av handlingarna inte går att utläsa exakt vilka delar som har utförts av vilket bolag. Genom att konsortiet i anbudsformuläret har intygat att kravet på företagskompetens avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga är uppfyllt, har redogjort för referensuppdraget på angiven plats i anbudsformuläret samt kommit in med referensintyg har Trafikverket funnit att det aktuella kravet är uppfyllt. Trafikverket har dessutom, vid kontakt med angiven kontaktperson för referensuppdrag 1, fått bekräftat att Habau Sverige AB drivit projektet. Härigenom har konsortiet således utfört ett likartat objekt. I referensuppdrag 2 har Habau mbH utfört ett mycket omfattande arbete som med god marginal kvalificerar sig som ett likartat objekt, vilket framgår av anbudsformuläret samt handlingen benämnd ”Reference letter”. I referensbrevet anges att Habau mbH har utfört nedanstående arbeten och därefter återfinns ett stort antal arbeten uppräknade såsom schakt-

och fyllningsarbeten, avvattningsarbeten, vägöverbyggnad innefattande både gruslager, asfaltlager och betongytor, sådd- och planteringsarbeten samt vägmarkering och vägräcken. Referensuppdrag 2 är ett traditionellt vägombyggnadsarbete som mycket väl motsvarar den entreprenad som nu upphandlas. Habau mbH har genom projektet skaffat sig precis sådan erfarenhet som Trafikverket efterfrågat och konsortiet uppfyller således kravet på yrkesmässig kapacitet och förmåga även genom referensuppdrag 2. Genom konsortieavtalet, av vilket det framgår att bägge parter är gemensamt och solidariskt ansvariga gentemot beställaren, finns det ett åtagande från företagen inom konsortiet varför konsortiet kan tillgodoräkna sig gruppens samlade resurser.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att konsortiet i anbudsformuläret har angett två referensuppdrag samt fyllt i de övriga uppgifter som efterfrågas i anbudsformuläret. Förvaltningsrätten finner vid en jämförelse mellan vad som anges om det upphandlade objektet i förfrågningsunderlaget (AFA.21) och vad som framkommer i det ifyllda anbudsformuläret samt i de bifogade handlingarna projektbeskrivning, referensintyg och ”Reference letter”, att konsortiet får anses ha visat att man har sådan erfarenhet som Trafikverket efterfrågat i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner inte visat att Trafikverket har bedömt anbudet utifrån andra krav eller parametrar än vad som kan utläsas av förfrågningsunderlaget. Den omständigheten att Trafikverket vid kontakt med angiven kontaktperson för ett av referensuppdragen har fått bekräftat att Habau Sverige AB drivit det aktuella projektet, innebär enligt förvaltningsrätten ingen överträdelse av LOU och de grundläggande principerna som bär upp lagstiftningen.

I förfrågningsunderlaget anges att kvalificeringskrav får uppfyllas genom att anbudsgivaren åberopar andra företags kapacitet och att anbudsgivaren i sådant fall ska tillhandahålla ett åtagande, som avser den aktuella upphandlingen, från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras (AFB.52). Denna föreskrift korresponderar således med vad som anges i 11 kap. 12 § LOU. Förvaltningsrätten, som gör bedömningen att konsortiets medlemmar Habau Sverige AB och Habau mbH var för sig uppfyller det aktuella kvalificeringskravet genom åberopade referensuppdrag 1 respektive 2, anser inte att konsortiet i denna situation har behövt tillhandahålla något åtagande från andra företag för att uppfylla kraven avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att konsortiet i sitt anbud angett att man förfogar över de resurser som är nödvändiga för att fullgöra kontraktet och att det av konsortialavtalet framgår att bägge parter är gemensamt och solidariskt ansvariga gentemot Trafikverket. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit några omständigheter som talar för att konsortiet trots detta inte uppfyller kvalificeringskraven.

Sammanfattningsvis är det därför förvaltningsrättens bedömning att Serneke inte har förmått visa att konsortiet inte uppfyller kvalificeringskraven eller att Trafikverkets förfarande i övrigt står i strid med någon av de grundläggande principerna som bär upp upphandlingslagstiftningen. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU, varför ansökan ska avslås.

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

Lennart Andersson
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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.