



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2019-09-24
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 5696-19, 10229-19 och
 10230-19

SÖKANDE

Anläggning & Kabel Entreprenad i Malmö AB, 556764-3498

Ombud: advokaterna Mikael Gustafsson och Roland Jensen
 Norra Vall Advokater KB
 Gråbrödersgatan 2
 211 21 Malmö

KONKURRENSVERKET	
20190924	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

- | | |
|--------------------------------------|-----------------|
| 1. Malmö stad | mål nr 5696-19 |
| 2. VA SYD, 222000-2378 | mål nr 10229-19 |
| 3. EON Värme Sverige AB, 556146-1814 | mål nr 10230-19 |

Ombud för 1-3: stadsjuristen Pontus Eriksson
 Malmö stad
 205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Anläggning & Kabel Entreprenad i Malmö AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Malmö stad, VA SYD och EON Värme Sverige AB (de upphandlande myndigheterna) genomför en samordnad upphandling av byggator, rivning m.m. för Sege Park, dnr 18/168. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Efter utvärdering har kommunen beslutat att anta anbudet från PK Road AB.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Anläggning & Kabel Entreprenad i Malmö AB (Akeab) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att anbudet från PK Road AB ska förkastas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin ansökan anför Akeab bl.a. följande.

Anbudet för PK Road AB uppfyller inte förfrågningsunderlagets skall-krav avseende ekonomisk förmåga, och PK Road AB:s anbud ska därför inte prövas. Av punkten AFB.52 i förfrågningsunderlagen framgår bl.a. att en anbudsgivare som vill åberopa ett annat företags kapacitet måste visa att det föreligger ett bindande kapacitetsåtagande. Enligt punkten AFB.31 i förfrågningsunderlagen måste kravet enligt punkten AFB.52 vara uppfyllt för att anbud ska antagas. PK Road AB uppfyller inte själv det i upphandlingen ställda kravet på ekonomisk kapacitet, och det fordras därför att PK Road AB visar att bindande åtagande avseende ställande till förfogande av erforderlig kapacitet gjorts av annat företag som uppfyller kravet på ekonomisk kapacitet. PK Road AB har i detta avseende givit ett intyg som avser en förbindelse från ett litauiskt bolag. Intyget är inte ett originaldokument eller skannad kopia av ett originaldokument utan består av ett digitalt hopklippt dokument där inledandetext och underteckningsdel utgörs av två olika bildfiler med olika upplösning. Det framgår tydligt av

handlingen att namnteckningen har klippts in från ett annat dokument. Detta kan inte på något sett anses vara en vedertagen metod att påföra en handling en utställarverifikation. Utformningen av handlingen har medfört att det funnits skäl för de upphandlande myndigheterna att ifrågasätta att signering gjorts av den person som anges ha utfärdat handlingen och därmed åtagandets äkthet. Det rör sig om ett sådant slag av handling som är av stor betydelse för den upphandlande myndigheten, en proprieborgen avseende en entreprenad med en kontraktssumma på cirka 50 miljoner kr, och ingen form av osäkerhet om huruvida ett bindande åtagande har gjorts är i ett sådant fall acceptabelt om en åberopad handling ska anses uppfylla kravet på ett visat kapacitetsåtagande. Det kan inte heller anses ha förelegat några svårigheter för PK Road AB att inhämta och förete ett åtagande med underteckning utan sådana brister som kan ge anledning att ifrågasätta underteckningens äkthet. Den aktuella handlingen kan därmed inte anses vara utformad på ett sådant sätt att PK Road AB genom handlingen har visat att det föreligger ett bindande kapacitetsåtagande.

För att ett bindande kapacitetsåtagande ska anses visat räcker det inte att åtagandet i sig är utformat på ett korrekt sätt, utan anbudsgivaren måste också visa att åtagandet undertecknats av behörig ställföreträdare för det bolag som anges ha gjort åtagandet. Enligt litauisk aktiebolagsrätt ska aktuellt kapacitetsåtagande beslutas av bolagets styrelse. Det ingivna intyget anges endast vara undertecknat av generaldirektören för bolaget. Eftersom det inte framgår av handlingen att bolagets styrelse godkänt åtagandet visar inte handlingen att bolaget med bindande verkan ställt sina resurser till PK Road AB:s förfogande. De upphandlande myndigheterna har inte haft skäl att förutsätta att en generaldirektör enligt litauisk aktiebolagsrätt har haft behörighet att lämna en omfattande borgen för ett annat företag. Det har inte förelegat några hinder för PK Road AB att inge dokumentation som utvisar undertecknarens behörighet men så har inte gjorts. PK Road AB har därmed

även av detta skäl inte förmått visa att det lämnats ett bindande kapacitetsåtagande.

Det har följaktligen i PK Road AB:s anbud inte förelegat något dokument som visar att ett bindande åtagande gjorts av det litauiska bolaget. PK Road AB har därför inte uppfyllt det aktuella kvalificeringskravet avseende ekonomisk kapacitet och företagets anbud ska därför vid en korrekt handläggning förkastas.

Att de upphandlande myndigheterna i efterhand tillför ärendet utdrag från UC samt inhämtat bekräftelse från generaldirektören att han har undertecknat handlingen samt att han har erforderlig behörighet utgör en enligt LOU otillåten komplettering. Ett påstående från en person att denna har erforderlig behörighet utgör inte heller något bevis för att så verkligen är fallet.

Den utvärdering som de upphandlande myndigheterna gjort av angivna anbud visar att Akeab:s anbud är det lägsta om PK Road AB:s anbud förkastas och Akeab riskerar i vart fall att lida skada om tilldelningsbeslutet står fast.

De upphandlande myndigheterna bestrider Akeab:s yrkanden och anför bl.a. följande.

De upphandlande myndigheterna har i upphandlingsdokumentet inte krävt att ett kapacitetsåtagande ska ha viss form eller vara egenhändigt undertecknat. Det föreligger ingen rättslig reglering angående hur en signatur ska se ut. Viktigare är däremot syftet med en underskrift på en handling av aktuellt slag, vilket får anses vara dess egenskap av utställarverifikation och kopplingen till det viljeuttryck som förmedlas. Kapacitetsåtagandet har försetts med underskrift av generaldirektören för det litauiska bolaget. Det har

vidare bekräftats av generaldirektören att han har undertecknat handlingen. Därmed bör underskriften på åtagandet uppnått den graden av utställarverifikation som krävs, oavsett hur handlingen tillkommit. Det sätt som handlingen enligt Akeab har framställts är en vedertagen metod för att påföra handling underskrift digital väg.

Kapacitetsåtagandet har undertecknats av det litauiska bolagets generaldirektör. Enligt litauisk rätt har en generaldirektör rätt att företa en sådan rättshandling under förutsättning att bolagets styrelse har fattat ett underliggande beslut om åtagandet. Inget har framkommit som ger de upphandlande myndigheterna anledning att misstänka att det ifrågavarande kapacitetsåtagandet inte har beslutats i enlighet med litauisk rätt. Generaldirektören har bekräftat att han har erforderlig behörighet. Det faktum att generaldirektören för det litauiska bolaget dessutom enligt utdrag från UC är ensam firmatecknare för bolaget stärker de upphandlande myndigheternas uppfattning om riktigheten i åtagandets tillkomst samt dess giltighet.

Syftet med kapacitetsåtagandet är att visa de upphandlande myndigheterna att antagen leverantör kommer att förfoga över åberopade resurser när kontraktet ska fullgöras. Ingiven dokumentation och bekräftelser avseende detta krav är tillfyllest.

Generaldirektörens bekräftelse på att han verkligen har undertecknat den handling som försetts med hans namnteckning utgör inte en enligt LOU otillåten komplettering. Bekräftelsen tillför inte anbudet någon ny uppgift.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 14 kap. 6 § LOU följer att en leverantör för ett visst kontrakt får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning. Detta gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företaget. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Enligt 4 kap. 9 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om lika-behandling och öppenhet.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I upphandlingsdokumentet punkt AFB.52 anges under rubriken tillgång till andra företags kapacitet bl.a. följande *"Om ett sådant behov föreligger ska*

leverantör genom att tillhandahålla ett kapacitetsåtagande från företagen i fråga, eller på annat sätt, visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.”

Rätten konstaterar att det varken i upphandlingsdokumentet eller i LOU uppställs något krav på att ett kapacitetsåtagande från ett annat företag ska ha en viss utformning eller vara egenhändigt undertecknat för att en leverantör genom åtagande ska kunna uppfylla kvalificeringskravet på finansiell och ekonomisk ställning. Något krav på att leverantören till anbudet ska foga handlingar som visar att den eller de som undertecknat åtagandet har erforderlig behörighet föreligger inte heller. Eftersom några krav inte uppställts i nämnda hänseende får ramen för vad de upphandlande myndigheterna kan godta för dokumentation i detta avseende anses vara tämligen vid. Detta indikeras även av skrivningen ”*eller på annat sätt*” i upphandlingsdokumentet. Med beaktande härav kan varken utformningen av kapacitetsåtagandet eller avsaknaden av behörighetshandlingar i anbudet enligt förvaltningsrättens mening innebära att det förelegat skäl för de upphandlande myndigheterna att ifrågasätta att åtagandet uppfyller föreskrivna krav i upphandlingsdokumentet.

Det har vidare inte visats annat än att aktuellt kapacitetsåtagande är juridiskt bindande. De upphandlande myndigheterna har uppgett att generaldirektören för företaget har bekräftat undertecknandet av handlingen samt att han haft erforderlig behörighet för utfärdande av åtagandet. Enligt rättens mening kan denna bekräftelse inte anses utgöra en otillåten komplettering eller ändring av ingivet anbud utan får istället anses vara ett enligt 4 kap. 9 § LOU tillåtet förtydligande. Med den utgångspunkten saknar det avgörande betydelse hur man hur man i upphandlingsrättsligt hänseende bedömer de upphandlande myndigheternas åtgärd att inhämta utdrag från UC.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som Akeab åberopat i målet inte visar att de upphandlande myndigheterna i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning kan därför inte bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Anders Mattsson

Madelene Rask har föredragit målet.



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 nyårs-afton, 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.