



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2019-09-25

Meddelad i Stockholm

Mål nr

11036-19

SÖKANDE

PE Teknik & Arkitektur AB, 556896-8308

Ombud: Advokat Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

Täby kommun

Ombud: Advokat Maria Pedersen och Jur. kand. Hanna Gustavsson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-09-25	
F	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Täby kommun (Kommunen) genomför en ramavtalsupphandling av konsulttjänster för el-, belysnings-, data-, tele- och transportsystem (dnr KFA 2019/18-05). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut i upphandlingen fattades den 13 maj 2019. PE Teknik & Arkitektur AB, org. nr 556896-8308, (härefter Bolaget) ansågs inte uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning varför Bolaget uteslöts från upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Bolagets anbud upptas till prövning. Som grunder anför Bolaget bl.a. följande. Bolagets anbud har felaktigt uteslutits från utvärderingen. Om anbudet upptagits till prövning hade Bolaget haft möjlighet att vara en av de konsulter som tilldelats ramavtal. Bolaget riskerar därigenom att drabbas av skada.

Kommunen bestrider bifall till Bolagets ansökan om överprövning och anför som grunder bl.a. att Kommunen inte har brutit mot LOU och att Bolaget inte har visat att det lidit eller kunnat komma att lida skada.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Kommunen gick i januari 2019 ut med den aktuella upphandlingen. Vid den tidpunkten hade Projektengagemangkoncernen påbörjat ett fusionsförfarande där ett stort antal systerbolag som ägdes av moderbolaget Projektengagemang Sweden AB skulle fusioneras med Bolaget.

I upphandlingen ställdes ett krav på att anbudsgivare skulle ha en god ekonomisk och finansiell ställning. Enligt vad som angavs i de administrativa föreskrifterna skulle beställaren, via Creditsafe AB, kontrollera att anbudsgivaren haft en omsättning om minst 20 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren.

Den 20 mars 2019 översände Kommunen ett e-brev till Bolaget där det angavs att Kommunen vid kontroll via Creditsafe AB funnit att Bolaget inte uppfyller omsättningskravet. Bolaget bereddes därför tillfälle att på annat sätt visa att det uppfyllde ställt krav. Bolaget framförde att orsaken till att kravet inte uppnåtts var att Bolaget tidigare endast varit ett holdingbolag i Projektengagemangkoncernen. Det framfördes att det pågick en fusion där ett större antal bolag i koncernen skulle fusioneras med Bolaget och att omsättningen i koncernen översteg 1,1 miljarder kronor såväl 2016 som 2017. Till svaret bifogades ett registreringsbevis från Bolagsverket som redovisade att fusion pågick och vilka koncernbolag (totalt 43 stycken) som omfattades av fusionen. I ett kompletterande svar samma dag översändes en försäkran om finansiell ställning. Även i denna försäkran redovisades att fusion pågick. Den 1 april 2019 registrerades fusionen.

Det ska särskilt understrykas att det i detta fall inte är fråga om ett sådant återopande av annat företags kapacitet som avses i 14 kap. 6 § LOU. Fråga är i stället om en redovisning som styrker att Bolaget kommer ha egen ekonomisk kapacitet att utföra uppdraget.

Bolaget har genom den redovisning som lämnades med anledning av Kommunens fråga visat att det har en god ekonomisk och finansiell ställning (och omsatt minst 20 miljoner kronor per år de två senast fastslagna bokslutsåren). I och med fusionen är de överlåtande företagens ekonomiska kapacitet det övertagande företaget Bolagets egen kapacitet. Det faktum att fusionen slutfördes och registrerades en vecka efter det att

redovisningen hade lämnats förändrar inte detta. I för upphandlingen relevanta hänseenden rådde det identitet mellan Bolaget och de överlåtande företagen redan vid tidpunkten för anbudets lämnande. Det kan noteras att fusionen registrerades ca sex veckor innan tilldelningsbeslut meddelades.

Det aktuella kravet på ekonomisk kapacitet är inte formulerat som ett omsättningskrav. Kravet är i stället formulerat som ett allmänt krav på att anbudsgivaren ska ha god ekonomisk och finansiell ställning. I den aktuella punkten i de administrativa föreskrifterna anges vidare att Kommunen, via Creditsafe AB, kommer kontrollera att anbudsgivaren haft en omsättning om minst 20 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren. Att anbudsgivaren haft en omsättning om minst 20 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren är med andra ord ett bevismedel för att styrka att anbudsgivaren har en god ekonomisk och finansiell ställning. Enligt fastlagd rättspraxis åligger det en upphandlande myndighet att göra en individuell bedömning av varje anbudsgivares ekonomiska förhållanden (se RÅ 2005 ref. 47). Det är därför inte tillräckligt att bara kontrollera om anbudsgivaren har omsatt 20 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren eller inte. Även en anbudsgivare som inte omsatt angivet belopp kan uppfylla kravet på god ekonomisk och finansiell ställning.

Enligt AUB.5 i de administrativa föreskrifterna har anbudsgivare möjlighet att lämna en egen försäkran om att anbudsgivaren har den ekonomiska och finansiella ställning som krävs för att uppfylla kraven enligt AUB.51 punkt 3. I AUB.5 anges vidare att beställaren godtar en ifylld egen försäkran som ett preliminärt bevis för att anbudsgivaren uppfyller de krav och kriterier som beställaren har ställt. Bolaget har i den aktuella upphandlingen lämnat en sådan egen försäkran. I upphandlingsdokumenten redovisas dock inte hur en anbudsgivare, där ett utdrag från Creditsafe inte visar att anbudsgivaren haft en omsättning om minst 20 miljoner kronor

per år de två senaste fastställda bokslutsåren, annars kan, eller ska, styrka att kravet på en god ekonomisk och finansiell ställning uppnås. Inte heller framgår det när sådan alternativ bevisning ska ges in. Med hänsyn till de tvingande bestämmelserna i LOU om egen försäkran kan det dock inte krävas att en anbudsgivare som lämnat en sådan försäkran ska redovisa den alternativa bevisningen i sitt anbud.

Bolaget behöver inte visa att det skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen om Bolagets anbud skulle tas upp till prövning för att talan ska kunna bifallas. Det är tillräckligt att Bolaget kan komma att lida skada. Redan genom att dess anbud felaktigt inte har tagits upp till prövning är detta rekvisit uppfyllt.

Kommunen

I den aktuella upphandlingen har Kommunen ställt obligatoriska krav gällande leverantörerna. Ett av dessa krav gäller anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella ställning. Det obligatoriska kravet är formulerat som ett omsättningskrav. Detta innebär att anbudsgivarna ska ha en omsättning om minst 20 miljoner kronor de två senaste fastställda bokslutsåren och detta krav kontrolleras av Kommunen via Creditsafe AB, se AUB.51.

Det är ostridigt i målet att det är Bolaget, med organisationsnummer 556896-8308, som har lämnat anbud i upphandlingen. Det är därmed enbart Bolaget som Kommunen har möjlighet att genomföra kontroll på gällande ekonomisk och finansiell ställning, i enlighet med likabehandlingsprincipen. Kommunen utförde en kontroll via Creditsafe AB av Bolaget. Kontrollen visade att Bolaget inte hade en omsättning om minst 20 miljoner kronor de två senaste fastställda bokslutsåren. Det uppfyllde därmed inte det obligatoriska kravet i upphandlingen. Bolaget bereddes tillfälle att på annat sätt visa att det uppfyllde kravet. Kommunen bad Bolaget

att omgående komma in med kopia av årsredovisning för 2018 som visar att det uppfyller det ställda kravet. Bolaget gjorde inte detta, utan förde i stället ett resonemang om fusion. Någon fusion hade inte genomförts vid kontrollen av omsättningskravet. Kommunen har inte någon skyldighet att genomföra kontroller av övriga bolag inblandade i fusionen. Att ett flertal bolag är i process att fusioneras är, med hänvisning till likabehandlingsprincipen, inte något som Kommunen kan ta hänsyn till.

Det är ostridigt i målet att Bolaget, med organisationsnummer 556896-8308, inte uppfyller det aktuella obligatoriska kravet. Bolaget har haft möjlighet att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning, vilket hade varit ett enkelt sätt att undvika den nu uppkomna situationen. Det är dock ostridigt i målet att Bolaget inte har åberopat annans kapacitet. Kommunen kan därmed inte ta någon hänsyn till den försäkran om ekonomisk ställning som översänts till Kommunen.

Enligt praxis åligger det en upphandlande myndighet att göra en individuell bedömning av varje anbudsgivares ekonomiska förhållanden. Det åligger däremot inte en upphandlande myndighet att på eget initiativ kontrollera den ekonomiska ställningen hos ett annat bolag om detta andra bolags ekonomiska ställning inte åberopas.

Bolaget har inte visat att det lidit skada till följd av Kommunens handlande. För att tilldelas kontrakt i upphandlingen krävs att högsta poäng tilldelas Bolaget. Detta då tilldelningen av kontraktet fick avgöras genom lottning eftersom tre anbud hade tilldelats högsta poäng på samtliga utvärderingsgrunder. Bolaget har inte visat att det skulle tilldelas så höga poäng i utvärderingen att det skulle ha tilldelats kontrakt. Även om Bolaget skulle ha tilldelats högsta poäng hade det inte varit garanterat att bli tilldelat kontrakt eftersom tilldelningen avgjordes genom lottning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla 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 (se 4 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får bl. a. avse ekonomisk och finansiell ställning. Myndigheten ska ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in (14 kap. 1 § LOU). Ett krav på ekonomisk och finansiell ställning får innebära att leverantören ska ha en viss minsta årsomsättning (14 kap. 3 § 1 LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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 (20 kap. 6 § LOU).

Syftet med reglerna kring egen försäkran är att minska den administrativa bördan för såväl den upphandlande myndigheten som leverantören vid upphandling och även möjliggöra ett bättre marknadstillträde för små och medelstora företag. Egen försäkran utgör ett preliminärt bevis. För den upphandlande myndigheten innebär den egna försäkran att den kan avvakta med att begära in kompletterande dokument och utgå från att det som sägs i försäkran är riktigt om inget annat talar för motsatsen. Om en leverantör åberopar andra företags kapacitet ska ett separat dokument lämnas för vart och ett av de företag som åberopas. En egen försäkran ska avges om det

även beträffande de andra företagen saknas skäl för uteslutning och att relevanta kvalificeringskrav är uppfyllda. Kompletterande dokument får begäras in när som helst under en upphandling om det är nödvändigt för att se till att förfarandet genomförs på ett korrekt sätt. Vidare ska upphandlande myndighet begära in de kompletterande dokumenten avseende den leverantör myndigheten avser att tilldela kontraktet. En leverantör ska alltså inte kunna tilldelas ett kontrakt innan den har kontrollerats avseende skäl för uteslutning och tillämpliga kvalificeringskrav. (Se prop. 2015/16:195 s. 768–770.)

Beträffande obligatoriska krav i en upphandling har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat bl.a. att förfrågningsunderlaget utgör en central del av upphandlingsförfarandet och att en förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet (HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om Bolaget ska anses ha uppfyllt kravet på ekonomisk och finansiell ställning enligt AUB.51 punkt 3 i de administrativa föreskrifterna

och om Kommunen därmed har agerat i strid med LOU genom att utesluta Bolaget.

Kravet har följande lydelse.

3. Ekonomisk och finansiell ställning

För att visa på god ekonomisk och finansiell ställning kommer beställaren, via Creditsafe AB, kontrollera att anbudsgivare:

- har haft en omsättning om minst 20 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren
- minst innehar rating ”kreditvärdig”

Om anbudsgivare har för avsikt att åberopa annat företags kapacitet för att uppfylla kravet avseende ekonomisk och finansiell ställning ska ett åtagande från åberopat företag bifogas anbud i enlighet med punkt 5 nedan.

Bolaget har anfört att kravet på ekonomisk och finansiell ställning inte ska uppfattas så att det innehåller ett omsättningskrav på 20 miljoner kronor utan att omsättningen endast är ett bevismedel för att styrka att anbudsgivaren har en god ekonomisk och finansiell ställning. Förvaltningsrätten anser dock utifrån ordalydelsen och systematiken i kravet att en omsättning om minst 20 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren är ett krav för att en anbudsgivare i detta sammanhang ska kunna anses ha en god ekonomisk och finansiell ställning. För denna tolkning talar även systematiken i LOU, där omsättning utgör ett exempel på kvalificeringskrav i fråga om ekonomisk och finansiell ställning (14 kap. 3 § LOU). Vad Bolaget i övrigt anfört i denna del föranleder inte någon annan bedömning. Omsättningen är därmed inte endast ett bevismedel, utan ett obligatoriskt krav.

Av handlingarna i målet framgår att Bolaget, enligt kontroll via Creditsafe AB på det angivna organisationsnumret, inte har haft en omsättning om minst 20 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren. Denna fråga är inte heller stridig i målet. Bolaget har också uttryckligen fört fram att Bolaget inte åberopat något annat företags kapacitet.

Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om det rådde en sådan identitet mellan Bolaget och de systerbolag som det var i process att fusioneras med att Bolaget genom systerbolagens ekonomiska och finansiella ställning uppfyllde omsättningskravet.

Av handlingarna i målet framgår att anbudstiden i upphandlingen gick ut den 15 mars 2019, att fusionsplanen upprättades den 3 december 2018 och att fusionen registrerades den 1 april 2019. Fram till den tidpunkt när en fusion registreras är de överlåtande bolagen fortsatt fristående rättssubjekt och fusionsprocessen kan när som helst avbrytas.

Fusionen var således inte genomförd vid utgången av anbudstiden, varför de ingående bolagen utgjorde separata rättssubjekt. Något aktiebolagsrättsligt stöd för bedömningen att en pågående fusion innebär att det föreligger identitet mellan de bolag som omfattas av fusionsplanen, på det sätt som Bolaget har fört fram, kan inte anses föreligga. Inte heller kan reglerna om offentlig upphandling anses ge stöd för att det förelegat en sådan identitet som Bolaget anser ha förelegat. I stället kan det konstateras att bestämmelserna i 14 kap. 6–8 §§ LOU ger anbudsgivaren möjlighet att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav avseende bl.a. ekonomisk och finansiell ställning, vilket i så fall ska ske i enlighet med bestämmelserna i LOU. Det finns således en i upphandlingslagstiftningen särskilt anvisad väg för att genom andra bolags ekonomiska kapacitet uppfylla krav på ekonomisk och finansiell ställning. Det finns ingenting som tyder på att den pågående

fusionen utgjort ett hinder mot att åberopa de överlåtande bolagens kapacitet.

Mot denna bakgrund gör förvaltningsrätten bedömningen att det inte förelegat en sådan identitet mellan Bolaget och andra bolag som ingått i fusionen att Bolaget genom de andra bolagen ska anses ha uppfyllt kravet på omsättning. Vad Bolaget anfört utgör inte skäl för en annan bedömning. Kommunen har således haft grund för att utesluta Bolaget från utvärderingen. Inte heller i övrigt har det kommit fram skäl för att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Johan Lundmark
Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarien Axel Söderlundh 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.

