



SÖKANDE

PE Teknik & Arkitektur AB, 556896-8308

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

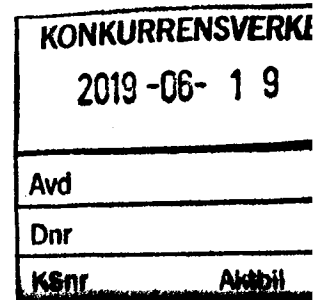
MOTPART

Täby kommun

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

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsprövning genomförs varvid PE Teknik & Arkitektur AB ska anses uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Täby kommun (kommunen) har genomfört en ramavtalsupphandling av konsulttjänster för projektering av luft, rör, kyla, styr- och övervakning och energiberäkning och simulering (dnr KFA 2019/5-05). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut i upphandlingen fattades den 8 april 2019. PE Teknik & Arkitektur AB (bolaget) ansågs inte uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning varför bolaget uteslöts från upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud tas upp till prövning. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen gick i januari 2019 ut med den aktuella upphandlingen. Vid den tidpunkten hade Projektengagemang-koncernen påbörjat ett fusionsförfarande där ett stort antal systerbolag som ägdes av moderbolaget Projektengagemang Sweden AB (publ) skulle fusioneras med bolaget. Ett av de bolag som därigenom skulle fusioneras med bolaget var PE VVS-design AB (PE VVS-design). Detta bolag bedrev sådan konsultverksamhet som upphandlingen avser.

Eftersom fusionsprocessen hade påbörjats när anbud skulle lämnas in lämnade bolaget, som övertagande bolag, anbud i upphandlingen. I upphandlingen ställdes ett krav på att anbudsgivare skulle ha en omsättning om minst 20 miljoner kr per år de två senaste fastställda boksluten. Den 20 mars 2019 översände kommunen ett e-brev till bolaget där kommunen angav att kommunen vid kontroll via Creditsafe AB funnit att bolaget inte uppfyllde kravet. I svar den 21 mars 2019 redovisade M.O. att det pågick en fusion där ca 60 bolag skulle fusioneras med bolaget med i anbudet angivet organisationsnummer. Han redovisade också organisationsnummer och namn på det bolag (PE VVS-design) där

verksamheten tidigare hade bedrivits. Av redovisningen framgick att detta bolag uppfyllde ställda krav på omsättning. Till e-brevet bifogades också en försäkran som undertecknats av P.S., styrelseledamot i bolaget och CFO i moderbolaget Projekt-engagemang Sweden AB (publ). Även i denna försäkran redovisades att fusion pågick. Den 1 april 2019 registrerades fusionen.

En fusion innebär att ett eller flera överlåtande aktiebolags samtliga tillgångar tas över av ett annat aktiebolag, det övertagande bolaget, vid den slutliga registreringen. Detta innebär att det föreligger identitet mellan det överlåtande bolaget och det övertagande bolaget. Den omsättning som det överlåtande bolaget haft ska i upphandlingssammanhang betraktas som det övertagande bolagets egen omsättning. Redan genom omsättningen i PE VVS-design uppfyllde bolaget kvalificeringskravet i denna del.

Det aktuella kravet på ekonomisk kapacitet är vidare inte formulerat som ett omsättningskrav utan som ett allmänt krav på god ekonomisk och finansiell ställning. Enligt fastlagd rättspraxis åligger det en upphandlande myndighet att göra en individuell bedömning av varje anbudsgivares ekonomiska förhållanden. Det är därför inte tillräckligt att bara kontrollera huruvida anbudsgivaren har omsatt 20 miljoner kr per år de två senaste fastställda boksluten eller inte. Även en anbudsgivare som inte omsatt angivet belopp kan uppfylla kravet på god ekonomisk och finansiell ställning.

Genom redovisningen i e-korrespondensen har bolaget styrkt att bolaget uppfyllde det i upphandlingen ställda kravet på årsomsättningen och att bolaget har en god ekonomisk och finansiell ställning. Bolagets anbud skulle därför rätteligen ha tagits upp till prövning. I och med att bolagets anbud inte tagits upp till prövning har bolagets anbud inte utvärderats. Bolagets uppfattning är dock att bolagets anbud, om detta hade utvärderats,

hade tilldelats samma poäng som de tre antagna anbudsgivarnas anbud. Bolaget hade då haft chans att tilldelas ramavtalet genom lottning.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Bolaget har organisationsnummer 556896-8308. Det är ostridigt i målet att det är detta bolag med detta organisationsnummer som lämnat anbud i upphandlingen. Det är även ostridigt att PE VVS-design med organisationsnummer 556716-4586 inte har lämnat anbud i upphandlingen.

Kravet på god ekonomisk och finansiell ställning utgör ett omsättningskrav vilket måste ha uppfyllts för att anbudet ska anses kvalificerat i upphandlingen. Kommunen utförde en kontroll på bolaget via Creditsafe AB. Kontrollen visade att bolaget inte hade en omsättning om minst 20 miljoner kr per år de två senaste fastställda bokslutsåren. Bolaget uppfyllde därmed inte ska-kravet i upphandlingen.

Kommunen beredde bolaget tillfälle att på annat sätt visa att bolaget uppfyllde ska-kravet. Kommunen bad bolaget att omgående, dock senast den 22 mars 2019, inkomma med kopia av årsredovisning för 2018 med ett undertecknat fastställelseintyg som visar att bolaget uppfyller det ställda kravet. Bolaget inkom inte med årsredovisning till kommunen. Istället inkom bolaget med ett resonemang om fusion mellan flertalet bolag. Någon fusion mellan bolagen hade inte genomförts vid kontrollen av omsättningskravet. Vid kontrollen förelåg det två olika aktiebolag med skilda organisationsnummer. Att dessa var i process att fusioneras är inte något som kommunen kan ta hänsyn till med hänvisning till likabehandlingsprincipen. Bolaget har således inte heller vid denna individuella prövning visat att det uppfyller kravet på ekonomisk och finansiell ställning.

Bolaget har haft möjlighet att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning i enlighet med

14 kap. 6 § LOU. Bolaget har dock inte åberopat annans kapacitet varför det inte är möjligt för kommunen att ta hänsyn till omsättning hos PE VVS-design.

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 bolaget skulle ha tilldelats kontrakt. Även om bolaget skulle ha tilldelats högsta poäng hade bolaget inte varit garanterad att bli tilldelat kontrakt eftersom tilldelningen avgjordes genom lottning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 4 kap. 1 § LOU anges att 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, 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 skada eller kan komma att lida skada.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Frågan i

målet är därför om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget har anfört.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om bolaget ska anses ha uppfyllt kravet på ekonomisk och finansiell ställning enligt AUB.51 i de administrativa föreskrifterna och om kommunen således har agerat i strid 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.”

I målet är ostridigt att bolaget, enligt kontroll via Creditsafe AB på det angivna organisationsnumret, inte har haft en omsättning om minst 20 miljoner kr per år de två senaste fastställda bokslutsåren. Det är även ostridigt att bolaget inte har åberopat annat företags kapacitet för att uppfylla kravet. Av handlingarna framgår dock att bolaget varit i ett pågående fusionsförfarande, vilket bolaget också meddelat kommunen. Bolaget har i samband med detta hänvisat till och åberopat omsättningen i PE VVS-design, ett av bolagen som ingått i fusionen. Enligt bolaget rådde det identitet mellan PE VVS-design och bolaget redan vid tidpunkten för anbudets lämnande varför bolaget genom omsättningen i PE VVS-design uppfyllde kravet. Fusionen slutfördes en vecka före det att tilldelningsbeslutet meddelades.

Förvaltningsrätten anser det står klart att bolaget inte ensamt uppfyllt omsättningskravet. Det står även klart att bolaget och PE VVS-design vid tidpunkten för anbudets lämnande formellt fortfarande var två skilda bolag med olika organisationsnummer. Förvaltningsrätten anser dock, med hänsyn till den pågående fusionen, att det inte har framkommit annat än att det i praktiken har rått identitet mellan bolagen i för upphandlingen relevanta hänseenden. Den pågående fusionen, tillsammans med den försäkran om ekonomisk ställning bolaget lämnat till kommunen, får därmed anses innebära att bolaget har kunna åberopa PE VVS-designs ekonomiska kapacitet som sin egen i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att den förevarande situationen i praktiken går att jämföra med situationen att bolaget hade åberopat PE VVS-designs kapacitet enligt 14 kap. 6 § LOU och då kunnat få tillgodoräkna sig denna kapacitet som sin egen. Förvaltningsrätten anser att det inte finns sakliga skäl att behandla den nu förevarande situationen på något annat sätt. Förvaltningsrätten anser således att bolaget, genom omsättningen i PE VVS-design, har visat att det uppfyller kravet på ekonomisk och finansiell ställning.

Genom att utesluta bolaget på den angivna grunden har kommunen därmed agerat i strid med likabehandlingsprincipen i LOU. En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om ingripande enligt LOU är att den anbudsgivare som ansöker om överprövning har lidit eller riskerar att lida skada till följd av överträdelsen. Av de administrativa föreskrifterna framgår att priserna i upphandlingen är fastställda och att anbudsgivarna enbart kommer att konkurrera med kvalitetskriterier. Om två eller flera anbud efter utvärderingen betraktas som likvärdiga kommer, i sista steget, lottning att ske. Eftersom bolaget har uteslutits har bolagets anbud inte utvärderats. Detta innebär att bolaget har riskerat att lida skada eftersom det inte går att förutse utfallet av en sådan utvärdering. Det kan inte krävas att bolaget visar att det, i avsaknad av överträdelsen, skulle ha tilldelats kontrakt.

Förvaltningsrätten anser således att skaderekvisitet är uppfyllt. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LOU.

Eftersom överträdelsen inte hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt att upphandlingen rättas (RÅ 2005 ref. 47). Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts innebärande att en ny anbudsprövning genomförs varvid bolaget ska anses uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Johan Rick

Rådman

Louise Ljöstad har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

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

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 rätts-tillämpningen.
- 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.