



KONKURRENSVERKET	
2011-11-10	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE
Hylte kommun
314 80 Hyltebruk

MOTPART
Pearson Assessment and Information AB, 556691-3660
Nordenflychtsvägen 74
112 51 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 1 juli 2011 i mål nr 6256-11, se bilaga A

SAKEN
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver, med bifall till överklagandet, förvaltningsrättens dom och avslår Pearson Assessment and Information AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Hylte kommun yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen får avslutas utan att sådan rättelse sker som förvaltningsrätten beslutat. Till stöd för sin talan anför kommunen bl.a. följande. Det har i rättspraxis fastslagits att vid upphandling som genomförts med selektivt förfarande krävs att den juridiska personen som deltar i en kvalificeringsfas och därmed inbjuds att lämna anbud är identisk med den juridiska person som lämnar anbudet (jfr Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 17 juni 2010 i mål 30038-10). Att det i den aktuella upphandlingen rör ett annat upphandlingsförfarande, för-

enklat förfarande, föranleder inte någon annan bedömning än vid selektiv upphandling. Den juridiska person som lämnar anbud måste vara identisk med den som senare prövas och kan komma i fråga för tecknande av upphandlingskontrakt.

Pearson bestrider bifall till överklagandet och yrkar att förvaltningsrättens dom ska fastställas. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande. Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 30038-10, som kommunen hänvisar till, kan inte på något sätt jämföras med aktuellt mål. Det målet rör selektivt förfarande, som skiljer sig från förenklat förfarande, och anbudsgivaren hade i det nämnda fallet inte lämnat uppgifter om pågående fusion vid sin ansökan om att få lämna anbud utan först efter att ansökan skickats in. I den upphandling som det här målet avser har Fronter AB redan vid anbuds-inlämnandet lämnat uppgifter om pågående fusion. Kommunen har redan från anbudsöppningen haft alla uppgifter som behövs för att kunna kvalificera både Fronter AB och Pearson, som är det bolag som skulle ingås fusion med och som därmed skulle överta Fronter AB:s alla skyldigheter och rättigheter. Fronter AB:s anbud ska därför anses vara giltigt i den aktuella upphandlingen. En annan bedömning skulle innebära att företag som befinner sig i fusion helt och hållet skulle utestängas från marknaden under tiden för pågående fusion.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om Hylte kommun gjorde en korrekt bedömning vid kvalificeringsfasen i den aktuella upphandlingen, då kommunen beslutade att utesluta Fronter AB:s anbud med motiveringen att detta bolag vid aktuell tidpunkt var avregistrerat.

Inledningsvis kan konstateras att det av förfrågningsunderlaget p. 2.2. *Anbudsutformning* framgår att anbudet ska vara undertecknat av ansvarig person för upphandlingen eller behörig firmatecknare.

Av utredningen i målet framgår vidare att Fronter AB lämnade ett anbud i den aktuella upphandlingen och att det var undertecknat av behörig firma-tecknare för Fronter AB, men inte av motsvarande för Pearson. I anbudet upplystes om att arbete med förberedelser av en fusion mellan Fronter AB och Pearson pågick. Det uppgavs vidare att Pearson efter genomförd fusion skulle överta alla befintliga kundavtal i Fronter AB. Även anbud i ännu icke avslutade upphandlingsförfaranden skulle komma att övertas. Fusionen beräknades vara genomförd och avslutad under våren 2011. Anbudstiden vid nu aktuell upphandling gick ut den 6 maj 2011 och fusionen var genomförd den 9 maj samma år.

Frågan kammarrätten har att ta ställning till är om partsbytet mellan bolagen under pågående anbuds-förfarande inneburit ett brott mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna på så vis att det motiverar ett uteslutande av Fronter AB:s anbud på sätt som skett.

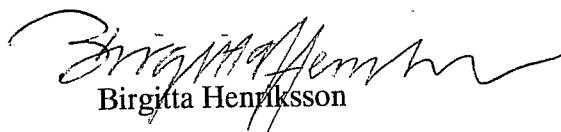
Kammarrätten gör följande bedömning.

I det aktuella förfarandet har kommunen inför tilldelningsbeslutet ställt inför faktum att Fronter AB, som lämnat anbudet, inte längre är anbudsgivare utan i stället Pearson, som vill överta rollen som anbudsgivare. Den omständigheten att det skett en fusion mellan Fronter AB och Pearson efter anbudstidens utgång, men innan tilldelningsbeslutet meddelades, har inneburit att kommunen endast bedömt om Fronter AB uppfyllt ställda kvalificeringskrav. Pearson skulle med detta tillvägagångssätt kunna erhålla tilldelning i aktuell upphandling, utan att bolaget först skulle behöva prövas mot de kvalificeringskrav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Ett sådant förfarande strider enligt kammarrättens mening mot likabehandlingsprincipen. Kommunen har således haft fog för att utesluta Fronter AB:s anbud. Överklagandet ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



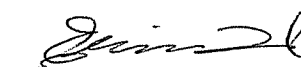
Barbro Stenstad



Birgitta Henriksson



Lennart Berglund
referent



/Erika Lund



Bilaga A

SÖKANDE

Pearson Assessment and Information AB, 556691-3660
Nordenflychtsvägen 74
112 51 Stockholm

MOTPART

Hylte kommun
314 80 Hyltebruk

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Hylte kommuns upphandling avseende skolportal (dnr 2011 BUN 0192) inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att Pearson Assessment and Information AB förklarats uppfylla kvalificeringskravet gällande anbudets undertecknande.

BAKGRUND

Hylte kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende en skolportal. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling. Vid anbudstidens utgång hade anbud från två leverantörer inkommit. Av tilldelningsbeslutet den 1 juni 2011 framgår att upphandlingen av skolportalen har tilldelats en annan anbudsgivare än Fronter AB (Fronter). Hylte kommun gör gällande att den anbudsgivare som tilldelades upphandlingen var den enda av de två leverantörerna som gick vidare från kvalificeringsfasen eftersom Fronter var avregistrerat.

YRKANDEN M.M.

Fronter, numera Pearson Assessment and Information AB (Pearson), ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar att rättelse ska göras på så sätt att deras anbud blir utvärderat. Pearson anför i huvudsak följande. Bolagets anbud har inte behandlats likvärdigt med övriga inkommande anbudsgivares och har uteslutits från utvärderingen på felaktiga grunder. Vare sig påståendet om att bolaget inte klarar kvalificeringsfasen eller att det skulle vara avregistrerat stämmer. Vid tiden för anbudsinlämnandet var fusionen mellan Fronter och Pearson inte helt genomförd. Fronter redovisade med tydlighet pågående fusion i anbudet och båda företagen redovisades med fullständiga uppgifter. Vid anbudstidens utgång den 6 maj 2011 var Fronter fortfarande ett existerande bolag. Fusionen med Pearson var klar den 9 maj 2011, ett datum som inte kunde förutsägas. Alla avtal och pågående anbudsförfaranden i Fronter togs vid genomförd fusion över av Pearson. Juridiskt kan detta ske utan att nya avtal behöver tecknas med befintliga kunder. Detsamma gäller ansvaret för pågående anbud. Det har inte förelegat några hinder för kommunen att kontrollera något av bolagens ekonomiska eller juridiska situation.

Hylte kommun anser att ansökan ska avslås och för det fall förvaltningsrätten finner att det är möjligt att låta ett annat bolag än det som lämnat anbud att tilldelas upphandlingskontraktet yrkar kommunen att upphandlingen ska göras om. Kommunen anför i huvudsak följande. Kommunen har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller upphandlingsrätten i övrigt. Av Fronter's anbud framgick att arbetet pågick med förberedelser för fusion mellan Fronter och Pearson och att anbud lämnade av Fronter i ännu inte avslutade upphandlingsförfaranden skulle övertas av Pearson. Firmatecknare för Fronter hade undertecknat anbudet. Uppgifterna i anbudet bekräftades dock inte skriftligen av behörig firmatecknare i Pearson som inte heller hade undertecknat anbudet. Det är inte enligt gällande rätt möjligt att låta ett annat bolag än det som lämnat anbud tilldelas upphandlingskontrakt. Fronter's anbud förkastades eftersom dess anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 23 kap. 34 § aktiebolagslagen (2005:551) framgår bl.a. rörande rättsverkningarna av en fusion mellan moderbolag och dotterbolag att när Bo-

lagsverket registrerar tillstånd att verkställa fusionsplanen övergår dotterbolagets tillgångar och skulder till moderbolaget och upplöses dotterbolaget.

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 principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr Regeringsrättens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Av handlingarna i målet framgår att Fronter fortfarande existerade som bolag vid anbudstidens utgång för att kort därefter fusioneras med Pearson. Det är ostridigt att Fronter i sitt anbud lämnat både uppgifter om den förestående fusionen med Pearson och upplysningar om att upphandlingsförfaranden som ännu inte avslutats skulle övertas av Pearson. Kommunen gör gällande att kravet på att anbudet ska vara undertecknat av ansvarig person för upphandlingen eller behörig firmatecknare inte är uppfyllt eftersom behörig firmatecknare i Pearson vare sig undertecknat anbudet eller bekräftat uppgifterna om att bolaget avsåg ta över inte avslutade upphandlingsförfaranden. Att Pearson tar över såväl redan ingångna avtal som ansvaret för de offerter och anbud som lämnats av Fronter är emellertid en naturlig följd av fusionen. Detta eftersom det överlåtande bolagets samtliga rättigheter och skyldigheter övergår på det övertagande bolaget, jfr prop. 2004/05:85 s. 478 vari uttalas "De nuvarande bestämmelserna om fusion mellan aktiebolag förs i princip oförändrade över till den nya lagen". I förarbetena till tidigare aktiebolagslag, prop. 1975:103 s. 520, uttalades bl.a. "När en fusion äger rum övergår det överlåtande bolagets samtliga rättigheter och skyldigheter på det övertagande bolaget". Det förhållandet att Pearsons firmatecknare vare sig undertecknat eller på annat sätt bekräftat uppgifterna i det anbud som avgetts av Fronter kan således inte få den följ-

den att det ifrågavarande skall-kravet inte ska anses vara uppfyllt. Förvaltningsrätten finner därmed att Fronter's anbud inte kan förkastas på grund av att firmatecknare för Pearson inte skrivit under anbudet. Bolaget har därigenom lidit eller kunnat komma att lida skada.

Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 5 § LOU föreligger således. Oavsett hur parternas inställning utformats har förvaltningsrätten enligt det lagrummet att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not 26). Den brist som konstaterats ligger i den del av förfarandet då det prövas om leverantörerna och deras anbud uppfyller ställda skall-krav och inte i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därför tillräckligt att tillgripa den mindre ingripande åtgärden rättelse, dvs. att kvalificeringsfasen av upphandlingen rättas. Rättelsen ska göras på så sätt att kommunen ska göra en prövning av huruvida Fronter, numera Pearson, och dess anbud uppfyller även övriga i anbudsförfrågan uppställda skall-krav. Om så är förhållandet ska anbudet därefter ingå i utvärderingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (3109/1B LOU)



Lars-Peter Holmberg

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Josefin Ludvigsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.