


SÖKANDE

Nordisk Mark & Anläggning AB, 559169-4939

MOTPART

Nodra AB, 556526-9445

KONKURRENSVERKET	
20190628	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Ombud: Advokat Erik Olsson, Jur.kand Magnus Ehn, och jurist Viktor Robertsson
Advokatfirman Kahn Pedersen KB

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut den 15 februari 2019 om att avtal inte får ingås upphör härmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Nodra AB (Nodra) genomför upphandlingen *Mark och rörarbeten i Norrköpings kommun*, dnr ABV 2018/0358 som ett förhandlat förfarande enligt LUF. Nordisk Mark & Anläggning AB (Bolaget) har fått besked om att Bolaget inte har kvalificerats för att inkomma med anbud.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse gjorts genom att Bolagets anbudsansökan konstateras möta kvalificeringskraven och därmed bjuds in att inkomma med anbud.

Nodra bestrider Bolagets yrkanden.

Förvaltningsrätten beslutade den 15 februari 2019 att Nodra AB inte får ingå avtal i upphandlingen till dess förvaltningsrätten bestämmer något annat.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Nodra anser att Bolaget inte uppfyller kvalificeringskravet avseende omsättning. Mot denna bakgrund har Bolaget inte bjudits in att inkomma med anbud. Under upphandlingen har Nodra begärt yttrande avseende omsättningskravet vilket Bolaget lämnat en heltäckande och godtagbar förklaring till. I dokumentet leverantörskvalificering anges att omsättningen under det senaste verksamhetsåret inte ska understiga 50 miljoner kr. Eftersom Bolaget bildades den 29 augusti 2018 har Bolaget därför åberopat kapital från sitt moderbolag, Johnson & Almén Holding AB. För verksamhetsåret 2017 hade Johnson & Almén Holding AB en omsättning som uppgick till drygt 271 miljoner kr. Detta bolag är inte försatt i konkurs. S.k. koncernomsättning som ett åberopat företag har är således det åberopade företagets omsättning och ska tillgodoräknas för det åberopade företaget och därmed också anbudsgivaren i en upphandling. Nodra har inte inskränkt den form av omsättning som kan åberopas i upphandlingen. Att ett dotterbolag försattes i konkurs 2018 påverkar inte den omsättning Johnson & Almén Holding AB hade under verksamhetsåret 2017.

I ansökningsinbjudan uppgavs att kravet på omsättning avsåg det senaste verksamhetsåret. Då sista dag att inkomma med ansökan om att få lämna anbud var den 14 november 2018 kan det inte förstås på något annat sätt än att det var verksamhetsåret 2017 som avsågs. Mot denna bakgrund kan inget annat prövas än de kriterier i anslutning till uppställt krav som Nodra angivit

i sin ansökningsinbjudan. Såsom kravet utformats saknar det betydelse vad som senare skett under år 2018. Nodra har skärpt kravet på ett otillåtet vis. När Bolagets ansökan prövats om annat strider denna prövning mot den grundläggande principen om öppenhet och förutsebarhet i 4 kap 1 § LUF. Nodra har ställt krav på viss omsättning under viss angiven tid. Bolaget har genom bifogat åtagande visat att det uppställda kravet på omsättning möts.

Koncernstruktur samt ägande och kontroll har intygats av revisor och har inte ifrågasatts av Nodra. Johnson & Almén Holding AB äger samtliga aktier och kontrollerar dotterbolagen och måste under alla omständigheter anses ha en dominerande ställning. De olägenheter som Nodra gjort gällande måste närmast anses vara ett hypotetiskt problem som egentligen alltid skulle kunna målas upp när annans kapacitet åberopas. Bolaget har således lämnat en kvalificerad ansökan och skulle därmed fått tillfälle att komma in med anbud i upphandlingen. När så inte har skett har Nodra agerat i strid med den grundläggande principen om likabehandling i 4 kap. 1 § LUF.

Nodra

Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt LUF, där leverantörer bjudits in att ansöka om att få lämna anbud. Endast de anbudssökande som uppfyllde kvalificeringskraven i upphandlingen bjöds därefter in att lämna anbud. Vid kontroll av Bolagets ansökan om att få lämna anbud visades att Bolaget inte uppfyllde kravet på viss minsta årsomsättning. Bolaget gick därför inte vidare i processen och fick inte inkomma med anbud i upphandlingen.

Bolaget är ett nystartat företag och kan därför inte redovisa någon omsättning för det senaste verksamhetsåret. Bolaget uppfyller således inte på egen hand omsättningskravet i upphandlingen. Bolaget har dock hänvisat

till ett åtagande i vilket Johnson & Almén Holding AB ställer sin kapacitet till Bolagets förfogande. Bolaget anser därmed att omsättningskravet är uppfyllt genom ett åberopande av Johnson & Almén Holding AB:s kapacitet. Det aktuella åtagandet avser bara Johnson & Almén Holding AB:s egen kapacitet och inte någon kapacitet från övriga bolag som ingår i koncernen.

Johnson & Almén Holding AB har inte haft några intäkter under 2017 och således heller ingen omsättning. Bolaget har därmed inte styrkt att omsättningskravet är uppfyllt genom Johnson & Almén Holding AB:s åtagande. För att tillgodogöra sig övriga koncernbolags omsättning skulle Bolaget ha åberopat även dessa företags kapacitet. Vare sig Bolaget eller Johnson & Almén Holding AB har åberopat kapacitet från något av koncernbolagen.

Även om förvaltningsrätten skulle anse att Johnson & Almén Holding AB har åberopat hela koncernens kapacitet, kan det konstateras att merparten av koncernens omsättning föregående verksamhetsår är hänförlig till verksamhet som bedrivits i ett av koncernbolagen. Detta bolag hade en omsättning motsvarande 242 miljoner kr år 2017. Resterande del av koncernen hade endast omsättning motsvarande 29 miljoner kr år 2017. Koncernbolaget med den höga omsättningen försattes emellertid i konkurs år 2018. Ett sådant bolag kan inte rimligen utgöra en garant för ekonomisk stabilitet.

Bolagets rätt att åberopa andra företags kapacitet har inte begränsats utan det har stått Bolaget fritt att åberopa andra företags kapacitet. Kraven i upphandlingen har således inte skärpts utan det har endast kontrollerats om det företags kapacitet som Bolaget åberopat, uppfyller de aktuella krav på omsättning som ställts i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Av 4 kap 1 § LUF framgår att upphandlande enheter 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 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap 1 § 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.

Av 14 kap 11 § LUF framgår att en leverantör får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Vidare framgår att det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot någon av principerna för upphandling eller någon bestämmelse i LUF.

Bolaget har i upphandlingen åberopat Johnson & Almén Holding AB:s kapacitet för att uppfylla kravet avseende ekonomisk och finansiell ställning. Bolaget har gjort gällande att Nodra har brutit mot de

upphandlingsrättsliga principerna genom att inte godta att Bolaget uppfyller omsättningskravet genom att åberopa sitt moderbolags kapacitet, i vilket Bolaget anser att hela koncernens omsättning om drygt 271 miljoner kr ingår.

Av avsnitt 4.4 i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande angående att åberopa andra företags kapacitet i fråga om ekonomisk och finansiell ställning.

”Om Anbudsgivaren för fullgörande av detta krav, åberopar annat företags kapacitet ska det företag vars kapacitet Anbudsgivaren åberopar åta sig ett solidariskt ansvar för Anbudsgivaren fullgörande av det framtida kontraktet.”

Av avsnitt 4.5 i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande under rubriken Omsättningskrav.

”Omsättningen under det senaste verksamhetsåret ska inte understiga 50 MSEK.”

Johnson & Almén Holding AB har i ”Åtagande i förhållande till Nordisk Mark och Anläggning AB” åtagit sig att beträffande upphandlingen för Bolaget ställa samtliga sina ekonomiska, finansiella och övriga kapaciteter och resurser till Bolagets förfogande vid fullgörandet av kontraktet.

Förvaltningsrätten har således att ta ställning till om Johnson & Almén Holding AB:s åtagande även kan anses omfatta dess dotterbolags kapacitet. I Johnson & Almén Holding AB:s åtagande finns ingen hänvisning till andra företag inom koncernen och enligt förvaltningsrättens mening kan åtagandet därmed inte anses omfatta annan kapacitet än Johnson & Almén Holding AB:s. Det förhållandet att Johnson & Almén Holding AB hade helägda dotterbolag föranleder ingen annan bedömning. I målet är ostridigt att Johnson & Almén Holding AB självständigt inte uppfyller omsättnings-

kravet. Förvaltningsrätten anser därmed att Bolaget inte genom återopande av annans kapacitet uppfyller det obligatoriska kvalificeringskravet i fråga om omsättning. Förvaltningsrätten anser inte heller att det som Bolaget anfört ger stöd för att Nodra, i fråga om Johnson & Almén Holding AB:s omsättning, skulle ha prövat Bolagets ansökan mot annat än de kriterier som angetts i upphandlingsdokumentet.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Nodra, på de skäl som Bolaget har anfört, inte har agerat i strid med LUF eller de upphandlingsrättsliga principerna. Det saknas därmed förutsättningar för ingripande mot upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Kristina André Lilja
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Johanna Lund.



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 nyårsafton, 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 avisar 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.

