



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2014-06-10
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
638-14 E

SÖKANDE

Kontigo AB, 556578-5606
Katarinavägen 19 3 tr
116 45 Stockholm

Ombud: Advokaten Anders Uhnér
KLA-Karlerö Liljeblad Advokatbyrå HB
Box 7330
103 90 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2014 -06- 13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Jämtlands Gymnasieförbund
831 82 Östersund

2. Nordic Evaluation Group AB
Kristineholmsvägen 66
761 72 Norrtälje

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen (dnr 206-2013) ska göras om.

Dok.Id 74648

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Jämtlands gymnasieförbund (gymnasieförbundet) genomför upphandling av följeforskning till ett innovationsprojekt vars ändamål är att minska avhoppet i skolan (dnr 206-2013). Upphandling sker genom förenklat förfarande. Under anbudstiden kom det in tre kvalificerande anbud, varav Nordic Evaluation Group AB hade det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och därför tilldelades kontraktet. Kontigo AB kom på andra plats för tilldelning.

YRKANDEN M.M.

Kontigo AB (Kontigo) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen i första hand ska rättas på så sätt att utvärderingen av anbuden ska ske utan beaktande av Nordegs anbud. I andra hand yrkar Kontigo att upphandlingen ska göras om.

Kontigo anför i huvudsak följande. Nordeg är ett konsultnätverk där de konsulter som medverkar inte är anställda utan samverkar på uppdragsbasis – formellt som underkonsulter via sina respektive bolag. Det framgår inte av Nordegs anbud vilka bolag som ska ansvara för den konsult samt dennes ersättare, som Nordeg uppgett ska utföra uppdraget. Det går därför inte att kontrollera om konsulternas arbetsgivare kan svara för sina anställda och att bolaget t.ex. registrerats för skatt och arbetsgivaravgifter. Vidare medför Nordegs konstruktion som konsultnätverk att gymnasieförbundet har sämre möjligheter att få insyn i de enskilda konsulternas verksamhet för att bedöma om konsulterna ska uteslutas från upphandlingen med stöd av 10 kap. 1-2 §§ LOU.

Det finns inte heller någon som helst försäkran från underkonsulternas bolag, vilka bolag det nu är, att de är knutna till Nordeg och att de accepterar att tillhandahålla namngivna konsulter och garanterar deras arbete. Inte heller går det att kontrollera dessa bolags ekonomiska status. Av upplys-

ningsföretaget UC:s uppgifter framgår att Nordeg inte har några anställda och dessutom så sent som den 20 juni 2013 avregistrerat sig för arbetsgivaravgift. Nordegs försäkran om att det är registrerat i aktiebolags-, handels-, eller föreningsregister och registrerat för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt samt arbetsgivaravgifter, är således inte helt sanningsenlig. Om Nordeg avregistrerat sig som arbetsgivare kan bolaget inte heller vara registrerat för preliminär A-skatt samt arbetsgivaravgifter. Nordeg borde redan på denna grund ha uteslutits från upphandlingen. Nordeg har således inte kapacitet och resurser för att utföra uppdraget såsom krävs enligt punkt 1.1 bilaga 2 anbudsformulär i förfrågningsunderlaget.

Det framgår också att det egna kapitalet är förbrukat sedan 2010. Nordegs revisor skriver i revisionsberättelsen för årsredovisningen 2010 att balansräkningen utvisar "att bolagets eget kapital är förbrukat till mer än hälften av det registrerade aktiekapitalet. Styrelsen har inte upprättat någon kontrollbalansräkning i enlighet med reglerna i aktiebolagslagen 25 kap 13 §" och således försummat det i vart fall sedan räkenskapsåret 2010. Bolaget är sedan länge likvidationspliktigt och det ifrågasätts om det är seriöst att driva ett bolag med ett stort underskott vidare år efter år utan att styrelsen vidtar åtgärder enligt aktiebolagslagen. Kontigo menar att Nordeg inte förfarit helt sanningsenligt då Nordeg i leverantörsförsäkran intygat att företaget inte är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande. Att Nordeg borde ha upprättat kontrollbalansräkning, hållit förskrivna kontrollstämmor enligt aktiebolagslagen samt därefter, antingen skjuta till kapital eller ansöka om tvångslikvidation faller under begreppet liknande förfarande. Nordeg saknar ekonomisk kapacitet och skulle av denna anledning ha uteslutits från upphandlingen.

Eftersom Nordeg drivs vidare år efter år med en kraftig underkapitalisering deltar inte bolaget i upphandlingen på lika villkor som sina konkurrenter. Det strider mot likabehandlingsprincipen och Nordeg ska av den anledningen uteslutas från upphandlingen. För det fall, som Nordeg uppger, ”fattiga bolag” som har negativt kapital och med likvidationsplikt, skulle få delta i upphandlingar, så får detta som konsekvens att andra anbudsgivare som uppfyller kraven i aktiebolagslagen om ekonomisk kapacitet, inte behandlas lika. Det blir med andra ord en osund konkurrens.

Gymnasieförbundet har genom att anta Nordegs anbud antagit ett anbud som inte uppfyller de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Att gymnasieförbundet likväl utvärderade anbudet är ett förfarande som skett i strid med 1 kap 9 § LOU. Gymnasieförbundets agerande har medfört att Kontigo riskerat att lida skada.

Gymnasieförbundet bestrider inte Kontigos yrkande. Gymnasieförbundet har följt det regelverk som gäller inom LOU beträffande förfrågningsunderlag, värdering av anbud, tilldelningsbeslut etc. Gymnasieförbundet har i samband med överprövningen genomfört en fördjupad kontroll av Nordeg. Kontrollen visar att Kontigos sakframställan i allt väsentligt tycks stämma.

Nordic Evaluation Group AB (Nordeg) anser att den ansökan som lämnats är korrekt, möjligen med undantag för det som avser avdrag för preliminär inkomstskatt och arbetsgivaravgifter.

Nordeg anför i huvudsak följande. Det är i sak korrekt att de föreslagna konsulternas bolag inte presenteras i anbudet, något som inte heller ställts som krav i förfrågningsunderlaget. Givetvis hade därigenom en del oklarheter kunnat undanröjas, men då sådana frågor inte vid något tillfälle har ställts sedan Nordeg bildades, har det inte grundat någon rutin.

Nordeg är inte ämnat att vara arbetsgivare i vanlig mening och har heller aldrig varit det. Nätverkskonstruktionen valdes för att göra det möjligt att bemanna uppdrag efter de kompetenskrav respektive uppdrag ställer – till skillnad från traditionella konsultbolag som måste ackvirera uppdrag åt sina anställda. Nordeg kan i ekonomiskt avseende liknas vid en upphandlare som köper tjänster av medverkande konsulter bolag. Arrangemanget medför att det är de konsulter som engageras i respektive uppdrag som ansvarar för deras genomförande såväl praktiskt som ekonomiskt, något som regleras genom interna överenskommelser.

Avregistreringen som arbetsgivare, nota bene inte företaget som sådant, skedde till följd av en propå från Skatteverket. Den formulerades inte som ett krav men intentionen var omisskännlig. Någon information om andra konsekvenser än att inte längre behöva lämna månatliga arbetsgivardeklARATIONER med noll i samtliga fält, lämnades inte. Med tanke på att Nordeg lämnar momsredovisning varannan månad och årligen deklarerar för sina intäkter och utgifter borde myndigheten ha varit medveten om att Nordeg var och är aktivt. Om konsekvensen av avregistreringen som arbetsgivare är att Nordeg inte längre är behörigt att lämna anbud, förklaras det av Skatteverkets agerande och att ingen inom företaget hyste något tvivel om att det var rätt att följa Skatteverkets vilja. Det kan inte ha varit Skatteverkets avsikt, än mindre Nordegs, att avregistreringen som arbetsgivare praktiskt sett skulle få samma konsekvens som avveckling.

Den leverantörsskuld som redovisas i balansräkningen är intern och en konsekvens av mellanhavanden under företagsbildningen i slutet av 1990-talet. Företrädaren för Nordeg, Joakim Schäfer, äger ett bolag som innehar ägarandel i Nordeg och det bolaget är ensam fordringsägare. Nordeg har alltid varit noga med att i tid betala Skatteverket, bokförare, revisor etc. och leverantörer. Att saken har fått bero har tre skäl. Pengarna har inte behövts i företrädarens bolag, det skulle te sig orättvist mot de konsulter som

idag verkar genom Nordeg att belastas med försyndelser från tidigare och en omvandling till ägarkapital skulle i grunden ändra röstfördelningen.

Vad som inte framgår av revisionsberättelsen är den inte betydelselösa omständigheten att skulden är intern och läget därigenom helt under kontroll. Styrelsen har inte upprättat likvidationsbalansräkning, eftersom en sådan inte skulle tillföra någon ny information i sak. Den personalunion som råder mellan företrädarens bolag och Nordeg har hela tiden garanterat full insyn och total kontroll. Dessutom har det inte funnits och finns inte heller idag några externa intressenter som behöver informeras.

Det utgör en bärande del av affärsidén att Nordeg ska vara ett fattigt bolag. Tanken är att alla intäkter som inte behövs för att bestrida ett minimum av stödtjänster, ska gå till medverkande konsulter bolag som garanterar genomförandet även i ekonomiskt avseende, dvs. står för utlägg medan uppdragen utförs och innan fakturering sker.

Efter att det under många år obligatoriska skuldfrihetsintyget ersattes med att upphandlare själva började kontrollera om det förekommer restbokförda skulder hos Skatteverket eller Kronofogden, har frågor om ekonomi sällan eller aldrig förekommit. I det fåtal fall frågor har ställts, har beställarna blivit helt tillfreds med svaren, och Nordeg konstaterar att det inte heller är någon misstänksam eller missnöjd beställare som anhängiggjort ärende.

De konsultbolag som Nordeg köper tjänster av är vid god kassa och vid några tillfällen har dessa bolag ställt omvänd koncerngaranti. Att konsultbolagen redovisat sin kompetens, utförda uppdrag och goda referenser, har gjort att beställarna känt sig trygga och inte funnit anledning att resa invändningar.

Om utslaget, baserat på avregistreringen, blir att Nordeg frántas uppdraget ska Nordeg givetvis se till att åter låtsas vara arbetsgivare.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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. (1 kap. 9 § LOU).

En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören ... (2) är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande (10 kap. 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Styrelsen ska genast upprätta och låta bolagets revisor granska en kontrollbalansräkning när det finns skäl att anta att bolagets eget kapital, beräknat enligt 14 §, understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet (25 kap. 13 § aktiebolagslag [2005:551], ABL)

Utredningen i målet

Av bilaga 2 anbudsformulär i förfrågningsunderlaget framgår följande.

”1 Krav på leverantören

1.1 Företagsbeskrivning

Leverantören ska ha den kapacitet och kompetens som krävs för att utföra uppdraget, samt ha resurser för att kunna tillhandahålla avtalad kompetens och resurs vid eventuell förlust av enskild konsult.

Beskriv kortfattat företaget, organisation, antalet anställda och verksamhetens inriktning. Beskriv företagets formella kompetens med särskild fokus på den/de som ska utföra uppdrag. Alternativt kan hänvisning till bilaga göras.”

Av leverantörsförsäkran bilaga 1 framgår följande.

”1.4 Leverantörsförsäkran

Härmed försäkras på heder och samvete att undertecknat företag:

1. Är registrerat i aktiebolags-, handels- eller föreningsregistret och registrerat för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt samt arbetsgivaravgifter.
2. Innehar giltig F-skattsedel.
3. Inte är i konkurs eller likvidation, under tvångsförvaltning eller föremål för ackord eller tills vidare inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud.
4. Inte är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande.

...”

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan om Nordeg uppfyller ska-kraven

Kontigo har anfört att Nordeg inte uppfyllt kravet på kapacitet och kompetens för att utföra uppdraget och att Nordeg varit underkapitaliserat sedan 2010 och därför inte iakttagit sina skyldigheter enligt aktiebolagslagen. Den leverantörsförsäkran som Nordeg gjort har inte varit sanningsenlig vad gäller registrering för arbetsgivaravgifter m.m. enligt Kontigo.

Gymnasieförbundet har inte bestritt det Kontigo anfört i målet. Nordeg har uppgett att Nordeg vid en formell bedömning avgett en korrekt försäkran med undantag för det som avser avdrag för preliminär inkomstskatt och arbetsgivaravgifter. Att Nordegs försäkran varit inkorrekt ifråga om avdrag för preliminär inkomstskatt och arbetsgivaravgifter får därför anses vara

ostridiga omständigheter i målet. Fråga uppkommer således om dessa fel medför att Nordegs anbud inte borde ha kvalificerats för utvärdering. Kontigo har anfört att Nordeg trots försäkran om att Nordeg är registrerat för arbetsgivaravgift, avregistrerat sig för arbetsgivaravgift den 20 juni 2013, vilket också framgår av Kontigos bifogade kreditupplysningsrapport för Nordeg. Denna omständighet har inte bestritts av gymnasieförbundet. Nordeg har hävdats att avregistrering som arbetsgivare skett men inte "företaget som sådant". Vad Nordeg anfört i frågan tolkar förvaltningsrätten inte på annat sätt än att avregistrering av arbetsgivaravgift och skatter skett på så sätt som Kontigo anfört.

Av punkten 4.1 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

"4. Krav på leverantören (LOU kap 10:2)

...

4.1. Företagsupplysning

Nedanstående företagsupplysning bifogas anbudet

- Leverantörsförsäkran, ifylld och undertecknad. OBS beställaren kommer att kontrollera uppgifternas riktighet innan beslut i upphandling fattas
- Övriga krav på företaget samt bevis som ska bifogas anbud, se Anbudsformulär (bilaga 2)".

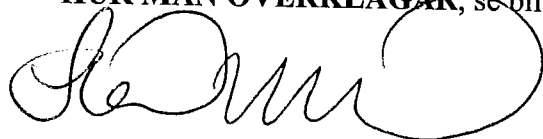
Punkten 4.1 är en underrubrik till punkten 4 i förfrågningsunderlaget. Det får därför anses ha varit ett krav i upphandlingen att innehållet i leverantörsförsäkran ska vara korrekt. Förvaltningsrätten finner att då avregistrering från arbetsgivaravgifter och A-skatt skett ca åtta månader före sista anbudsdag i den aktuella upphandlingen, så har den leverantörsförsäkran som Nordegs företrädare lämnat inte varit sanningsenlig. Då Nordeg inte uppfyllt kravet på att vara registrerad för preliminär A-skatt och arbetsgivaravgifter, borde inte Nordegs anbud ha kvalificerats för utvärdering.

Då Kontigo placerat sig som nummer två för tilldelning av kontrakt har Kontigo riskerat att lida skada då gymnasieförbundet brutit mot likabehandlingsprincipen vid kvalificeringen av Nordegs anbud och Kontigo har därmed riskerat att gå miste om det ekonomiska värde som kontraktet innebär. Det finns således skäl för ingripande enligt LOU.

Valet av åtgärd

Genom den aktuella överprövningen har Nordegs anbud enligt ovan inte ansetts vara kvalificerat för utvärdering. Enligt punkt 3.4 i förfrågningsunderlaget har samtliga anbuds giltighetstid löpt ut. Då det inte framkommit att anbudens giltighetstid har förlängts kan rättelse inte ske utan den åtgärd som kan komma ifråga är att upphandlingen ska göras om. (Jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 30 april 2014 i mål nr 1183-14 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 4 november 2009 i mål nr 3356-09. Se även RÅ 2008 not. 26). Vid denna utgång saknas det skäl att behandla Kontigos övriga grunder. Ansökan om överprövning ska således bifallas på sätt som anförts ovan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredraganden Benjamin Älmedal.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.