



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2018-08-09
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
14136-17

SÖKANDE

Peab Anläggning AB, 556568-6721

Ombud:

[REDACTED]
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

MOTPART

Trafiknämnden
Göteborgs kommun
Box 2403
403 16 Göteborg

Ombud:

[REDACTED]
Foyen Advokatfirma KB
Stora Nygatan 33
411 08 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 549190

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	031 - 711 78 59	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Trafiknämnden i Göteborgs kommun genomför en upphandling av ”Linbana i Göteborg, Järntorget till Wieselgrensplatsen”, dnr 550/17. Det rör sig om en totalentreprenad som omfattar projektering och byggnation av en stadslinbana mellan Järntorget och Wieselgrensplatsen

Av tilldelningsbeslut den 5 december 2017 framgår att NCC Sverige AB tilldelas kontraktet i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Peab Anläggning AB (Peab) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan en ny anbudsvärdering har genomförts utan beaktande av anbudet från NCC Sverige AB.

Peab anför bl.a. följande.

NCC Sverige AB skulle ha uteslutits ur upphandlingen, eftersom de inte uppfyller det ställda kvalificeringskravet på finansiell och ekonomisk styrka. Genom att ändå utvärdera NCC Sverige AB:s anbud har Trafiknämnden överträtt de grundläggande principerna i LUF. Peab har lidit eller kan komma att lida skada då Peab, om NCC Sverige AB hade uteslutits, skulle ha tilldelats kontraktet i upphandlingen.

Trafiknämnden har dels ställt upp krav på att anbudsgivaren ska ha sådan finansiell och ekonomisk ställning som är tillräcklig för kontraktets slutförande, dels att anbudsgivaren som bevis på detta ska kunna visa att anbudsgivaren under det senaste räkenskapsåret haft en årsomsättning motsvarande minst 3 miljarder kr, en soliditet om minst 20 procent och att anbudsgivaren har ett visst angivet kreditbetyg. NCC Sverige AB uppfyller ostridigt inte

självständigt något av dessa krav utan att åberopa NCC AB:s kapacitet. NCC Sverige AB har inte åberopat NCC AB:s kapacitet.

I kravets andra led anges att om anbudsgivaren kan visa skäl för att inte förete begärda bevis får anbudsgivarens ekonomiska stabilitet redovisas på annat sätt som beställaren godtar. NCC Sverige AB har emellertid inte redovisat sin ekonomiska stabilitet på annat sätt i sitt anbud. NCC Sverige AB har endast gett in uppgifter avseende ett annat företag, NCC AB, vars kapacitet inte har åberopats och vars ekonomiska stabilitet inte kan tillgodoräknas NCC Sverige AB. I motsats till vad Trafiknämnden hävdar har NCC Sverige AB inte heller i sitt anbud påvisat att de skulle ha övertagit NCC AB:s relevanta verksamhet.

Det förhållandet att NCC Sverige AB anställt viss personal visar inte på något sätt att de har finansiella och ekonomiska kvalifikationer för att slutföra kontraktet. NCC Sverige AB har inte heller i övrigt på något sätt redogjort för vilka resurser bolaget kommer att förfoga över sedan kommissionärsförhållandet med NCC AB upphörde att gälla. Om NCC Sverige AB vid tidpunkten för ingivandet av anbudet inte självständigt uppfyllde kraven på omsättning, soliditet och kreditbetyg hade de lika lätt kunnat åberopa NCC AB:s kapacitet genom att ge in det kapacitetsintyg för 2017-2022 som man gett in i andra upphandlingar än den nu aktuella. Även om det är sannolikt, eller till och med välkänt, att ett bolag i och för sig har efterfrågad kapacitet medför det inte att en upphandlande myndighet kan bortse från att bolaget i fråga inte har uppfyllt ett obligatoriskt krav på hur den efterfrågade kapaciteten ska visas i upphandlingen. Sammanfattningsvis uppfyller inte NCC Sverige AB kravet på finansiell och ekonomisk ställning som är tillräcklig för kontraktets slutförande. NCC Sverige AB borde alltså rätteligen ha uteslutits ur upphandlingen.

Trafiknämnden yrkar att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Trafiknämnden har ställt krav på att anbudsgivare ska ha en finansiell och ekonomisk stabilitet som är tillräcklig för kontraktets slutförande. Kravet syftar till att bedöma anbudsgivarens förmåga att fullgöra kontraktet.

Trafiknämnden har genom att kvalificera och utvärdera NCC Sverige AB:s anbud agerat korrekt. Upphandlingen har genomförts helt i enlighet med gällande rätt och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det framgår uttryckligen av AFB.522 att om anbudsgivare kan visa skäl för att inte förete begärda bevis avseende anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning får anbudsgivarens ekonomiska ställning redovisas på annat sätt. Trafiknämnden har inte närmare preciserat vilka bevis som ska lämnas in utan endast krävt att anbudsgivare ska styrka att kvalificeringskravet är uppfyllt. Allt i linje med de förutsättningar som anges i 15 kap. 10 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

Om NCC Sverige AB hade varit ett nystartat bolag och inte kunnat visa på någon årsomsättning hade de haft att visa annan bevisning till styrkande av att kvalificeringskravet uppfylls. På samma sätt måste det finnas möjlighet att för NCC Sverige AB, eller vilken annan presumtiv anbudsgivare som helst, att kvalificera sig efter att det skett en intern verksamhetsövergång genom att ge in sådan annan bevisning som styrker att anbudsgivaren har en tillräcklig ekonomisk och finansiell stabilitet att fullgöra kontraktet, om den upphandlande enheten godtar den.

Trafiknämnden har tolkat uppgifterna i NCC Sverige AB:s anbud som att det skett en verksamhetsövergång och att de nu förfogar helt över personella, materiella och finansiella tillgångar som tidigare fanns hos NCC AB. Det är alltså just NCC Sverige AB som numera innehar kapaciteten och det är den bedömning som Trafiknämnden gjort vid genomgång av uppgifterna i deras anbud. Trafiknämnden har utifrån uppgifterna i NCC

Sverige AB:s anbud fått fullständig trygghet i att de har en finansiell och ekonomisk ställning som vida överstiger uppställda krav och är fullt tillräcklig för att fullgöra kontraktet. Det saknas därmed anledning för ingripande på denna grund. Något fel har alltså inte begåtts i upphandlingen och Peab har därmed inte lidit eller riskerat att lida någon skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LUF.

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 eller andra bestämmelser i LUF.

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 (4 kap. 1 § LUF).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF 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 (20 kap. 6 § första stycket LUF).

En upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning i första hand i form av bl.a. lämpliga intyg från banker, årsredovisningar eller uppgift om företagets samlade

omsättning. Om en leverantör har godtagbara skäl för att inte lämna in sådan utredning som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören i stället åberopa annan utredning som myndigheten finner lämplig (14 kap. 3 § LUF jämförd med 15 kap. 10 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Av 15 kap. 10 § LOU följer att en leverantör får visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling än de handlingar och uppgifter som begärs av den upphandlande myndigheten. Det krävs då att det finns ett godtagbart skäl för detta. Av förarbetena till bestämmelsen framgår inte vad begreppet ”godtagbart skäl” innefattar. Ett sådant godtagbart har i praxis ansetts vara om ett företag är nystartat och därför inte kan ge in begärda handlingar eller uppgifter (se Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1227-08). Bestämmelsen lämnar därutöver ett visst utrymme för den upphandlande myndighetens skönsmässiga bedömning av vad som kan anses vara annan lämplig utredning.

Av punkten AFB.522 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ha sådan finansiell och ekonomisk ställning som är tillräcklig för kontraktets slutförande och att anbudsgivaren som bevis på detta ska kunna visa att anbudsgivaren under det senaste räkenskapsåret haft en årsomsättning motsvarande minst 3 miljarder kr jämte en soliditet om minst 20 procent samt att anbudsgivaren har ett visst angivet kreditbetyg. Det anges vidare att om anbudsgivaren kan visa skäl för att inte förete begärda bevis, såsom att företaget är nystartat, koncerninterna regler eller annat liknande förhållande, får anbudsgivarens ekonomiska stabilitet redovisas på annat sätt som beställaren godtar.

NCC Sverige AB har som bevis för att man uppfyller kraven på finansiell och ekonomisk ställning gett in en anbudsbilaga vari väsentligen följande

framgår. Verksamheten i NCC är sedan den 1 januari 2016 indelad i fyra specialiserade affärsområden – NCC Industry, NCC Building, NCC Infrastructure samt NCC Property Development. NCC Buildings och NCC Infrastructures svenska verksamhet liksom svenska Stödfunktioner bedrivs i NCC Sverige AB (f.d. NCC Construction Sverige AB). NCC Sverige AB är dotterbolag till NCC AB och har under åren 2002-2016 bedrivit verksamhet i kommission för NCC AB:s räkning. Under det senaste räkenskapsåret (2016) hade denna verksamhet en nettoårsomsättning om drygt 22 miljarder kr. Genom kommissionärsförhållandet har NCC AB svarat för de förbindelser NCC Sverige AB ingått som kommissionär. Den 1 januari 2017 bröts kommissionärsförhållandet mellan NCC AB och NCC Sverige AB. I och med brytandet av kommissionärsförhållandet har också anställda sysselsatta i Sverige anställts i NCC Sverige AB.

Det är ostridigt att anbudsgivaren NCC Sverige AB inte självständigt uppfyller de i AFB.522 ställda kraven på årsomsättning, soliditet och kreditbetyg. NCC Sverige AB har heller inte åberopat NCC AB:s kapacitet. NCC Sverige AB har sålunda inte gett in de handlingar och uppgifter som Trafiknämnden i första hand har begärt för att visa att kravet på finansiell och ekonomisk ställning är uppfyllt.

Fråga är då om NCC Sverige AB haft godtagbara skäl för att ge in alternativ bevisning för att på annat sätt visa att bolaget har tillräcklig finansiell och ekonomisk ställning för att fullgöra kontraktet. Det konstateras då att det tidigare kommissionsförhållandet mellan NCC Sverige AB och NCC AB bröts genom en koncernintern omorganisation per den 1 januari 2017 och att tidigare verksamhet som bedrivits för NCC AB:s räkning då övergått till NCC Sverige AB. Med hänsyn till den korta verksamhetstid som förflutit vid tidpunkten för anbudstidens utgång har NCC Sverige AB därför inte kunnat ge in begärda uppgifter. NCC Sverige AB har därför haft godtagbara skäl för att ge in alternativ bevisning för att visa att bolaget uppfyller

kvalificeringskravet. Vid en samlad bedömning av uppgifterna i NCC Sverige AB:s anbud anser förvaltningsrätten även att Trafiknämnden har haft fog sin uppfattning att NCC Sverige AB har lämnat en godtagbar och tillräcklig redovisning av sin finansiella och ekonomiska ställning för att kunna fullgöra kontraktet i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Skäl för ingripande med stöd av LUF saknas därmed. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Karin Hartmann

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd 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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.