



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM
2012-11-15
Meddelad i
Linköping

Mål nr
5727-12

1

SÖKANDE

Ohlssons i Landskrona AB, 556559-3497
Varvsvägen 91
261 35 Landskrona

Ombud: Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB
Västerled 33
245 64 Hjärup

MOTPARTER

1. Gnesta kommun
Västra Storgatan 15
646 80 Gnesta

2. Trosa kommun
Västra långgatan 4
619 80 Trosa

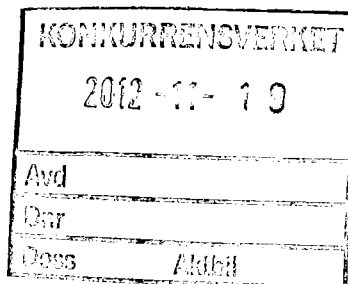
Ombud för 1–2: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Ohlssons i Landskrona AB:s ansökan på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom att en ny utvärdering företas i enlighet med vad som anges under domskälen.



Dok.Id 98889

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Gnesta och Trosa (kommunerna), genomför upphandling av två entreprenader avseende renhållning och slamtömning, (upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt LOU. Kontrakt kommer att tilldelas de anbud som är de ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris och service.

I tilldelningsbeslut den 27 augusti 2012 bedömde kommunerna att SITA Sverige AB (Sita) skulle tilldelas delentreprenaden renhållning och att Foria AB (Foria) skulle tilldelas delentreprenaden slamtömning eftersom de ansågs vara de mest ekonomiskt fördelaktiga anbuden. Ohlssons i Landskrona AB (Ohlssons) lämnade det förmånligaste anbudet för slamtömning, men tilldelades inte kontrakt då bolaget villkorat att bolaget skulle antas i båda delarna.

Ohlssons ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingens utvärdering ska göras om utan beaktande av anbuden från Sita respektive Foria.

Kommunerna motsätter sig bifall till Ohlssons ansökan.

Sita och Foria har i målet beretts tillfälle att yttra sig.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Ohlssons

Firmatecknare och fullmakt

I förfrågningsunderlaget (kap 2) anges att sanningsförsäkran ska undertecknas av behörig firmatecknare för att bekräfta att omständigheter enligt 10 kap 1 och 2 §§ LOU föreligger. För den händelse delegation för under-

skrift av icke firmatecknare för entreprenören har bifogats till anbudet, finns en ruta som ska kryssas i. Sanningsförsäkran i Sitas anbud är undertecknat av Ulf Kraft. Till anbudet är bifogat en fullmakt vilken ger honom behörighet att för Sita lämna anbud avseende "Behandling av brännbart avfall från Kils kommun". Fullmakten är undertecknad av Märten Widlund, VD. Sita visar två brister vilka var för sig innebär en ovillkorlig skyldighet för de upphandlande myndigheterna att förkasta anbudet. Den första bristen består i att Ulf Kraft inte är behörig firmatecknare för Sita och att fullmakten avser en annan upphandling för en annan upphandlande myndighet. Det aktuella kravet på undertecknande är därmed inte uppfyllt. Den andra bristen består i att även om ovanstående brist inte hade funnits, så är Märten Widlund i egenskap av VD inte behörig firmatecknare vad avser avgivande av anbud i en offentlig upphandling eftersom detta inte är att anse som en löpande förvaltningsåtgärd.

Kommunen gör även gällande att den korrekta fullmakten upptäckts efter att målet inleddes. Om den korrekta fullmakten ingetts hade detta förhållande varit känt för kommunerna från början. Uppgifterna är därför osannolika. Den korrekta fullmakten har dykt upp först vid tidpunkten då kommunerna fått en klar indikation på att domstolen övervägt att bifalla ansökan om överprövning i det att Sita beretts tillfälle att yttra sig. Det är mycket enkelt att tekniskt i efterhand skapa en fil som synes vara tillkommen tidigare. Genom att ändra inställningarna för datum i Windows och därefter skapa en fil, ges filen informationen att den är skapad i enlighet med de datuminställningar som Windows anger. Detta är inte på något sätt komplicerat. Det stämmer inte att det är klarlagt att den aktuella filen skapades den 16 augusti 2012, samt att fullmakten fanns med i Sitas anbud. Det får vidare anses vara osannolikt att Sita i egenskap av vinnande leverantör inte av kommunerna tidigare informerats om överprövningen och grunderna för denna. Om det vore så att Sita hade skickat in en korrekt fullmakt borde Sita omgående ha reagerat och informerat kommunerna om

detta, vilket i så fall hade inneburit att fullmakten hittats i ett betydligt tidigare skede av målet.

Vad avser anbudet från Foria är det undertecknat av Christer Svalin. Av Forias registreringsbevis framgår att han är VD och har rätt att teckna firman beträffande löpande förvaltningsåtgärder. Han är dock i egenskap av VD inte behörig firmatecknare vad avser avgivande av anbud i en offentlig upphandling, då detta inte är att anse som en löpanade förvaltningsåtgärd. Kravet på undertecknandet av behörig firmatecknare är därför inte uppfyllt och anbudet ska förkastas.

Prisjustering i samband med möte mellan Foria och kommunerna

Av protokoll från ett anbudsmöte den 22 augusti 2012 mellan företrädare för de upphandlande myndigheterna och Foria framgår att de beställande myndigheterna meddelat sin avsikt att tilldela Foria kontrakt i upphandlingen, samt att myndigheterna dock hade synpunkter på vissa priser vilket resulterade i att Foria vid mötet justerade sina priser, se punkt 2 i protokollet. Av protokollet framgår att de upphandlande myndigheterna olovligen låtit Foria justera sitt anbudspris, trots att upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande, se 2.1 i förfrågningsunderlaget. Justeringen av priset kan inte heller ses som ett lagligt förtydligande eller en komplettering, eftersom förutsättningarna för detta inte är uppfyllda. Forias justerade anbudspris ska inte tillåtas i utvärderingen.

Skaderekvisitet

Ohlssons har kommit på andra plats i utvärderingen och skulle ha tilldelats båda delentreprenaderna utan beaktande av anbudet från Sita, respektive utan anbuden från Sita och Foria. Ohlssons uppfyller därmed skaderekvisitet då de vid en korrekt genomförd urvalsfas skulle ha tilldelats upphandlingens båda delentreprenader. Kommunernas argumentation angående

skaderekvisitet fokuserar på frågan om den olagliga justeringen av Forias anbudspris. Även om förvaltningsrätten skulle finna att det inte föreligger skäl att diskvalificera Forias anbud uppfyller Ohlssons skaderekvisitet då Ohlssons har det näst lägsta anbudsvärderingspriset. Om Sitas anbud rätteligen hade diskvalificerats hade Ohlssons haft det lägsta anbudsvärderingspriset och tilldelats såväl slam- som renhållningsentreprenaden.

Kommunerna

Fullmakt och firmatecknare

VD är behörig att underteckna aktuella anbud och/eller bemyndiga annan person inom det anbudsgivande företaget att underteckna anbudet i fråga. Inom ramen för den löpande förvaltningen har VD rätt att teckna bolagets firma. Frågan om behörighet styrs av civilrättsliga regler och det ska inte införas något krav på särskilda regler för offentlig upphandling.

I såväl Sitas som Forias löpande verksamhet ingår att lämna anbud i offentliga upphandlingar. Att anbuden lämnas och avtalen ingås med offentliga myndigheter är inget som ändrar på karaktären av VD:s firmateckningsrätt. Vad Ohlssons synes mena är att enbart på grund av det förhållandet att det är fråga om en offentlig upphandling så ska kraven vara strängare på vem som kan avge anbudet än om det är fråga om anbudsgivning/avtal mellan två privata parter. Det synsätt Ohlssons ger uttryck för finns det således inget stöd för. I förfrågningsunderlaget finns inga avvikande villkor i förhållande till gällande lagregler om vem som kan underteckna anbudet. Genom att avtalen ligger inom ramen för VD:s löpande firmateckningsrätt saknar Ohlssons argumentation rörande reglerna om särskilda firmatecknare relevans.

Sitas anbud avseende renhållningsdelen utgör ca 0,3 % av bolagets omsättning. Forias anbud avseende slamtömningsdelen utgör ca 0,2 % av bola-

gets omsättning. Det är helt givet att avtalen ligger inom VD:s firmateckningsrätt. VD Mårten Widlund har även rätt att bemyndiga Ulf Kraft att underteckna anbudet/kontraktshandlingarna.

Vid ytterligare en genomgång av Sitas anbud har det framkommit att anbudet innehåller en fullmakt för den aktuella upphandlingen. Det råder följaktligen ingen tvekan om Ulf Krafts behörighet avseende den aktuella upphandlingen. Den aktuella filen skapades den 16 augusti 2012, vilket är liktydigt med sista dag för anbudsgivning. Anbudstiden förlängdes från den 2 till den 16 augusti. Fullmakten i sig undertecknades den 27 juni 2012. Avseende Foria gäller att detta anbud är undertecknat av VD. Sammantaget gäller att såväl Sitas som Forias anbud uppfyller kravet på att vara undertecknade av behöriga företrädare.

Prisjustering i samband med möte mellan Foria och kommunerna

Vid den aktuella tidpunkten var det redan klart att Foria och Sita hade lämnat de bästa anbuden. Prisjusteringen innebar inte någon förändring av Forias position i rangordningen. Ohlsons har därför inte lidit skada eller risk för skada.

Sita och Forias yttrande i målet

Sita

I fråga om behörig firmatecknare och hur denna fråga måste avgöras, samt vad som är att betrakta som löpande förvaltningsåtgärd delar Sita kommunernas uppfattning. Det kan inte råda någon tvekan om att det i Sitas löpande verksamhet/förvaltning ingår att lämna anbud och teckna avtal i offentliga upphandlingar. Även om förvaltningsrätten skulle finna att Sitas verkställande direktör inte varit behörig firmatecknare har han i egenskap av behörig företrädare haft såväl rätt att underteckna anbudet i upphand-

lingen som att befullmäktiga annan att göra det. Sita har kunnat konstatera att det inte stämmer såsom görs gällande i målet, att Sita inte till sitt anbud har fogat en fullmakt för Ulf Kraft att lämna anbud i den aktuella upphandlingen.

Foria

Foria ansluter sig fullt ut till vad kommunerna anfört och hemställer om att Ohlssons ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att 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.

Enligt 8 kap. 29 och 36 §§ aktiebolagslagen (2005:551) får en verkställande direktör alltid företräda bolaget och teckna dess firma beträffande uppgifter som faller inom bolagets löpande förvaltning. Till den löpande förvaltningen räknas alla åtgärder som inte med hänsyn till omfattningen och arten av bolagets verksamhet är av osedvanlig beskaffenhet eller stor betydelse. Bedömningen av vilka åtgärder som bör anses ingå i den löpande förvaltningen blir i viss mån beroende av företagets beskaffenhet och storlek (se prop. 1975:103 s. 374 f. och prop. 1997/98:99 s. 226).

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget under rubriken Sanningsförsäkran anges att denna ska undertecknas av behörig firmatecknare för att bekräfta att omständig-

heter enligt 10 kap 1 och 2 §§ LOU föreligger. Försäkran avser även företrädare för anbudsgivaren. Längst ner på sidan finns en ruta att kryssa i om en delegation för underskrift av icke firmatecknare för entreprenören har bifogats till anbudet. Under punkten 3.2 rörande form och innehåll i anbud anges att anbudstecknare som är delegat för firmatecknare ska bifoga fullmakt.

Under punkten 2.1 i förfrågningsunderlaget anges att upphandlingen genomförs som öppet förfarande.

Protokoll från anbuds möte

Enligt ett protokoll från anbuds möte den 22 augusti 2012 deltog representanter från kommunerna och anbudsgivaren Foria. Under punkten 2 anges att upphandlande myndighet hade synpunkter beträffande priserna och att Foria återjusterar ett av priserna så att entreprenören kompenseras för kundtjänsten i Trosa kommun med 165 000 kr.

Förvaltningsrättens bedömning

VD har rätt att företräda bolaget och teckna dess firma när det gäller den löpande förvaltningen. Om värdet av upphandlingen motsvarar ca tio procent av bolagets omsättning och tjänsterna är sådana som bolaget regelmässigt utför, kan undertecknandet anses falla inom den löpande förvaltningen, (se Kammarrättens i Stockholm dom den 27 augusti 2012 i mål nr 2803-12). Vad först beträffar Sitas anbud avseende renhållning, utgör värdet av upphandlingen ca 0,3 procent av bolagets omsättning. Med hänsyn till omfattningen och arten av bolagets verksamhet kan undertecknandet av anbudet inte anses vara en åtgärd av osedvanlig beskaffenhet eller stor betydelse för bolaget. Åtgärden ska därför anses ingå i bolagets löpande förvaltning. Mot bakgrund av det anförda får VD Märten Widlund anses vara

behörig firmatecknare och kan delegera denna firmateckningsrätt till företrädaren Ulf Kraft. Vad gäller Foria framgår av registreringsbeviset att Christer Svalin är VD och därmed har rätt att teckna firman beträffande löpande förvaltningsåtgärder. Slamtömningsdelen utgör ca 0,2 procent av bolagets omsättning och får därför anses falla inom den löpande förvaltningen.


I förfrågningsunderlaget finns ett ska-krav på bifogande av fullmakt. Anbudstiden förlängdes till den 16 augusti 2012, vilket i målet får anses vara ostridigt. Av vad som framkommit av utredningen, har Sita den dagen inkommit med en korrekt fullmakt. Mot bakgrund av detta har kommunerna i nu nämnda delar, inte brutit mot LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principerna.

Enligt förfrågningsunderlaget har ett öppet förfarande använts vid upphandlingen. Härmed avses ett förfarande där alla leverantörer får lämna anbud och där förhandlingar med tänkbara leverantörer inte får ske. Av handlingarna i målet framgår att det vid ett möte (betecknat som "anbudsmöte") den 22 augusti 2012 mellan den upphandlande myndigheten och Foria förekom diskussioner rörande offererat pris. Dessa diskussioner – som i upphandlingsrättslig mening inte kan uppfattas på annat sätt än att det var fråga om en förhandling – ledde till att Foria justerade ned sitt offererade pris.

Förhandlingen i sig innebar en regelöverträdelse och därutöver en särbehandling av en anbudsgivare i förhållande till övriga. Bolaget får härigenom anses ha lidit eller kunnat att komma att lida skada, varför förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är uppfyllda. En mer ingripande åtgärd än vad som är nödvändigt bör inte vidtas. Förvaltningsrätten finner att det är tillräckligt att den upphandlande myndigheten vidtar rättelse på så sätt att en ny utvärdering företas med bortseende från de otill-

låtna justeringar av anbudet som Foria av den upphandlande myndigheten
tillåtitts göra.

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



Anders Mellstrand

Föredragande: Isabel Ekberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU