



KONKURRENSVERKET	
2014-09-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE
Öresundskraft AB, 556089-7851

Ombud: Stadsjuristen Elin Ask
251 89 Helsingborg

MOTPART
One Nordic AB, 556075-7287

Ombud: Ulrika Andersson och Helena Strömbeck
One Nordic AB
Box 50529
202 50 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Malmös dom den 17 januari 2014 i mål nr 11230-13,
se bilaga A

SAKEN
Upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar One Nordic AB:s yrkande om rättelse.

Kammarrätten bifaller Öresundskraft AB:s överklagande och upphäver förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten återförvisar målet till förvaltningsrätten för prövning av One Nordic AB:s i förvaltningsrätten framställda invändningar, i enlighet med domskälen.

YRKANDEN M.M.

Öresundskraft AB (Öresundskraft) yrkar att kammarrätten avslår *One Nordic AB:s* (*One Nordic*) ansökan om överprövning och anför följande. Öresundskraft är ett kommunalt energibolag som ägs av Helsingborgs kommun. Kommunens ändamål med ägandet av ett energibolag jämte dotterbolag, bl.a. Öresundskraft Tjänster AB (ÖKTJ), är att kunna tillgodose invånarnas behov av energi och datakommunikation. Verksamheten i ÖKTJ omfattas inte av Öresundskrafts-koncernens kärnverksamhet och det finns andra aktörer som är bättre lämpade och har större möjligheter att utveckla verksamheten i ÖKTJ. Av såväl kommunalrättsliga som affärsmässiga skäl bör verksamheten privatiseras, vilket kan ske genom aktie- eller inkråmsöverlåtelse. Det är enligt EU-rättslig och svensk praxis inte tillåtet att överlåta ett upphandlingskontrakt på en annan juridisk person än den upphandlande leverantören eller att, förutom i samband med en intern omorganisation, överlåta aktierna eller inkråmet i ett bolag som innehåller upphandlingskontrakt till en tredje part utan att iaktta upphandlingsreglerna. Eftersom det inte är fråga om en intern omorganisation måste bestämmelserna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, iakttas vid överlåtelse av aktierna i ÖKTJ eller bolagets inkråm till en tredje part.

Ett alternativ vore att upphandla tjänsterna utan krav på förvärv av aktier eller inkråm med följd att ÖKTJ fick träda i likvidation eftersom det inte längre skulle finnas något egentligt värde i ÖKTJ eller några arbetsuppgifter för personalen. Detta vore dock en kapitalförstöring av offentliga medel som inte är ett hållbart alternativ.

Öresundskraft valde i detta fall att uppställa krav på förvärv av aktier i stället för inkråm då en aktieöverlåtelse bedömdes vara ett smidigt sätt att se till att personalen och resurserna i ÖKTJ fördes över till den leverantör

som skulle utföra de aktuella tjänsterna. För det fall att Öresundskraft skulle välja att fortsätta att äga ÖKTJ och tjänsterna skulle utföras i egen regi finns inget krav på offentligt upphandlingsförfarande, eftersom ÖKTJ är ett till Öresundskraft anknutet företag. Det har således inte funnits något intresse av att enbart upphandla tjänsterna.

Öresundskraft har inte ställt upp krav på förvärv av aktier i syfte att anskaffa kapital. Syftet med upphandlingen har i stället varit att avyttra verksamheten i ÖKTJ och samtidigt hitta en stark partner som kan leverera service- och underhållstjänster samt byggnation kostnads-effektivt och av hög kvalitet samtidigt som upparbetad kunskap och goodwill i ÖKTJ tas tillvara. Med beaktande av Öresundskrafts syfte med upphandlingen har det varit lämpligt, effektivt och nödvändigt att ställa upp kravet avseende överlåtelse av aktierna i ÖKTJ. Vidare har det eftersträlvade syftet inte kunnat uppnås med ett mindre ingripande alternativ och kravet kan varken anses vara godtyckligt eller uppenbart osakligt. Det är inte heller konkurrensbegränsande, då det drabbar alla anbudsgivare lika. Bedömningen av om kravet på förvärv av aktier är förenligt med proportionalitetsprincipen måste av naturliga skäl göras i förhållande till hela upphandlingskontraktet, dvs. i förhållande till affären i sin helhet. Aktieförvärvet utgör endast en mycket begränsad del, ca tre procent, av den totala affären. Det framgår inte av förvaltningsrättens bedömning vad det betungande inslaget i kravet består i. Dessutom skulle en inkrämsöverlåtelse inte vara mindre betungande än ett aktieövertagande.

Vidare har det inte varit oförutsägbart för One Nordic vad överlåtelsen av aktierna i ÖKTJ skulle innebära, då ÖKTJ har kunnat granskas på alla sätt. ÖKTJ har presenterats och anbudsgivarna har beretts tillgång till bolagets handlingar. Därtill har det funnits alla möjligheter att ställa frågor kring bolaget. One Nordic har yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att affären tilldelas dem. One Nordic har till synes inga problem

med att då acceptera kravet på förvärv av aktier och förvärva aktierna till det pris som lämnats i anbudet samt på de villkor som anges i aktieöverlåtelseavtalet.

One Nordic har inte visat att kravet inneburit skada eller risk för skada för bolaget, vilket är en förutsättning för att skaderekvisitet ska anses vara uppfyllt. Dessutom finns det ingenting som tyder på att One Nordic inte lämnat sitt mest konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen. Det bör särskilt beaktas att One Nordic värderat aktierna i ÖKTJ högst av alla anbudsgivare, vilket innebar att det hamnade i ett bättre läge i utvärderingen än vad det skulle ha gjort om kravet inte funnits med, eftersom det offererade priset för aktierna avräknats från de offererade priserna för de efterfrågade tjänsterna.

One Nordic anser att överklagandet ska avslås och yrkar för egen del att det i förvaltningsrätten framställda yrkandet om rättelse ska bifallas. *One Nordic* anför följande. Upphandlingen har skett i strid med LUF genom att Öresundskraft beslutat att tilldela kontrakt till en anbudsgivare vars ansökan inte uppfyller de obligatoriska kraven för prekvalificering. Om den anbudsgivare som enligt tilldelningsbeslut tilldelats kontraktet rätteligen inte prekvalificerats skulle *One Nordic* ha tilldelats detsamma, varför skaderekvisitet är uppfyllt.

Öresundskrafts eventuella behov av att förändra koncernstrukturen och avyttra bolag kan inte tillgodoses genom det upphandlingsrättsliga regelverket. Det är direkt felaktigt att ange att överlåtelsen av aktierna eller inkråmet i ÖKTJ skulle utlösa en upphandlingsplikt såvitt gäller aktierna. Förvärvet av aktierna i ÖKTJ är inte någon förutsättning för att kunna leverera de upphandlade tjänsterna och kravet ifråga är därför inte nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vad man vill upphandla och vilka krav som ställas på det som ska upphandlas. Proportionalitetsprincipen förutsätter dock att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. För att kunna utföra de efterfrågade tjänsterna krävs inte att verksamheten i ÖKTJ övertas. I stället för att ställa krav på aktieöverlåtelse hade det rimliga alternativet för ett kommunalt bolag som vill avyttra en verksamhet med tillhörande kontrakt varit att göra en inkråmsöverlåtelse, s.k. outsourcing, innebärande att upphandlingen omfattade utförandet av tjänsterna och att anbudsgivarna därtill erbjöds att frivilligt överta inkråmet i ÖKTJ mot särskild betalning. En sådan upphandling hade inte inneburit någon kapitalförstöring av offentliga medel

Öresundskraft har agerat i strid med principerna om proportionalitet, transparens och likabehandling. Proportionalitetsprincipen innebär att kraven i detta fall skulle vara proportionerliga i förhållande till de service- och underhållstjänster som upphandlas. Det av Öresundskraft tillämpade förfarandet att vid anbudsutvärderingen låta anbudsgivare erhålla positionering utifrån hur högt de värderat ÖKTJ kan inte anses vara transparent. Detta visar även att värderingen av ÖKTJ är högst godtycklig. Öresundskraft har försökt att spela ut samtliga anbudsgivare mot varandra i syfte att på bästa sätt bli av med aktierna i ÖKTJ. Det stämmer inte att aktieförvärvet utgör en begränsad del av upphandlingen. Den köpeskilling som One Nordic angav kan mycket väl visa sig inte vara tillräcklig. Den verkliga kostnaden av övertagandet kan konstateras först i efterhand. Övertagande av ett aktiebolag innefattar alltid en betydande risk. Vid ett förvärv ingår frågor om övertagande av miljö- och saneringsansvar, skatteskulder, ansvar mot personal m.m. Riskerna brukar minimeras genom garantier från säljaren. Öresundskraft har dock, enligt det aktieöverlåtelseavtal som bifogades förfrågningsunderlaget i upphandlingen, för avsikt att inte ta något ansvar för dessa frågor.

Aktieöverlåtelseavtalet är extremt säljarvänligt och avviker i väsentliga delar från vad som är sedvanligt beträffande dylika avtal på marknaden.

Det oproportionerliga kravet på ett förvärv av ÖKTJ har medfört att One Nordic lidit eller kan komma att lida skada då det, om kravet inte funnits, hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud, eftersom det i anbudssumman inte hade behövt räkna in risken som det innebär att förvärva ett bolag. Att One Nordic är den anbudsgivare som offererat högst pris på aktierna har ingen betydelse i sammanhanget, då utvärderingen av anbuden skedde på summan av de olika delarna i anbudet. Det väsentliga är att One Nordic hade kunnat lämna ett helt annat anbud om upphandlingen innehållit mer proportionerliga och förutsägbara krav.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att One Nordics yrkande om rättelse inte kan prövas av kammarrätten, eftersom bolaget inte har talerätt mot förvaltningsrättens dom, varigenom One Nordics ansökan om överprövning bifallits (jfr HFD 2012 ref. 2). Yrkandet om rättelse ska därför avvisas.

Vad gäller målet i övrigt har kammarrätten att ta ställning till huruvida någon av de grundläggande principerna trätts för när genom kravet på aktieförvärv.

Av praxis följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling (RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48).

Öresundskraft bedriver i dagsläget stora delar av den verksamhet som upphandlas genom dotterbolaget ÖKTJ. Om verksamheten upphandlas kommer Öresundskraft inte längre att ha något behov av att äga ÖKTJ

och omvänt skulle det inte finnas något behov av att upphandla tjänsterna om ägandet av dotterbolaget bestod. Syftet med upphandlingen är således inte enbart att upphandla de aktuella tjänsterna utan även att privatisera verksamheten i ÖKTJ. Med hänsyn till detta får Öresundskraft anses ha visat att kravet på aktieförvärv, oavsett om detta skulle utlösa en upphandlingsplikt eller inte, varit nödvändigt för att uppnå de eftersträlvade syftena med upphandlingen. Kravet har motsvarat endast en mycket begränsad del av upphandlingen och kan inte anses vara godtyckligt eller uppenbart osakligt (jfr RÅ 2010 ref. 78). Kammarrätten finner således att kravet inte är oproportionerligt.

Det har inte heller framkommit att Öresundskraft gått utanför de ramar i fråga om transparens som en upphandlande myndighet har att rätta sig efter vid utformningen av en upphandling. Vidare har samma förutsättningar gällt för samtliga anbudsgivare och det kan inte utläsas av One Nordics talan att kravet om aktieförvärv inverkat negativt på dess möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, då det anbud som One Nordic lämnat stått sig bättre i konkurrensen mot övriga anbud tack vare den höga värderingen av aktierna ifråga. Kravet har drabbat alla anbudsgivare lika. Likabehandlingsprincipen har därmed inte trätts för när genom kravet på aktieförvärv.

Eftersom utredningen i målet inte visar att Öresundskraft överträtt någon av de allmänna principerna för offentlig upphandling genom kravet på aktieförvärv saknas skäl att ingripa mot upphandlingen på den grunden. Överklagandet ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom upphävas.

Förvaltningsrätten har inte prövat One Nordics invändningar om dels att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse skett med hänsyn till att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyllt samtliga skall-krav, dels att Öresundskraft brutit mot likabehandlingsprincipen genom att informera den vinnande anbudsgivaren om att ändringar kan göras i

aktieöverlåtelseavtalet. Kammarrätten bör med hänsyn till instansordningsprincipen inte pröva dessa invändningar som första instans. Målet ska därför visas åter till förvaltningsrätten för prövning av nämnda invändningar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)

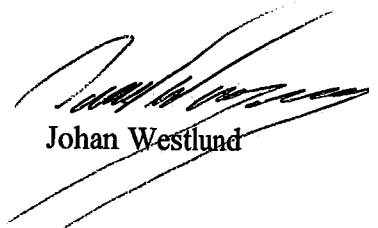


Petter Classon



Anders Cedhagen

referent



Johan Westlund



/Elin Strand



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2014 -01- 17
Meddelad i
Malmö

Bilaga A
Mål nr
11230-13

Sida 1 (8)

SÖKANDE

One Nordic AB, 556075-7287
Box 50529
202 50 Malmö

Ombud: Helena Strömbeck och Ulrika Andersson
Box 50529
202 50 Malmö

MOTPART

Öresundskraft AB, 556089-7851
Box 642
251 06 Helsingborg

Ombud: Stadsjurist Elin Ask
Rådhuset
251 89 Helsingborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Öresundskraft AB:s upphandling "Service, underhållstjänster, byggnation och aktieöverlåtelse av bolag" ska göras om.

Dok.Id 186035

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND, YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Öresundskraft AB genomför upphandling benämnd ”Service, underhållstjänster, byggnation och aktieöverlåtelse av bolag”. Upphandlingen genomförs med förhandlat förfarande enligt LUF. Enligt tilldelningsbeslut den 31 oktober 2013 ska kontrakt tilldelas ATS Kraftservice AB (ATS).

One Nordic AB begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den ska få avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om utan beaktande av anbudet från ATS och hänvisar till att anbudet inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav bl. a. vad gäller erfarenhet och kapacitet för att hantera beredskapsuppdrag samt saknar redovisning av referenser. I andra hand yrkar One Nordic AB att upphandlingen ska göras om och åberopar följande. Öresundskraft AB har brutit mot proportionalitetsprincipen och transparensprincipen genom att ställa upp obligatoriska krav i upphandlingen som inte är proportionerliga i förhållande till den aktuella upphandlingen av tjänster. Öresundskraft AB har angett som ett obligatoriskt krav att anbudsgivarna som vill lämna anbud på avtal avseende drift- och underhåll samt byggnationer förvärvar det av Öresundskraft AB helägda dotterbolaget ÖKTJ. Upphandlingen har genomförts på ett sådant sätt att anbudsgivarna har tvingats förvärva aktier i ett bolag utan att på sedvanligt sätt tillvarata sina möjligheter att förutse eller hantera riskerna i förvärvet av bolaget. Kravet på förvärva av aktierna är inte proportionerligt då åtagandet att överta aktierna inte står i rimlig proportion till kontraktets föremål. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att ägande av samtliga aktier i ÖKTJ överhuvudtaget skulle vara en faktisk förutsättning för att kunna utföra tjänsterna som upphandlas. Det ställs dessutom långtgående krav på anbudsgivarna att ha egen kapacitet att utföra tjänsterna utan beaktande av de resurser som redan finns i ÖKTJ.

Öresundskraft AB har inte haft någon skyldighet att sälja aktierna i ÖKTJ. Det normala vid en outsourcing av drift- och underhåll är att den upphandlande

enheten begär in anbud avseende drift- och underhållsavtal, varefter det efter tilldelning sker en verksamhetsövergång då berörd personal övergår till den kontrakterade leverantören i enlighet med den arbetsrättsliga lagstiftningen. Försäljningen blir inte upphandlingspliktig genom överviktsprincipen bara för att den ingår i den aktuella affären med blandade kontrakt. Enligt fast praxis ska en proportionalitetsbedömning göras i tre steg. För det första ska åtgärden vara lämplig och effektiv för att uppnå syftet med upphandlingen. För det andra ska åtgärden bedömas nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. För det tredje ska det bedömas om de negativa effekterna som åtgärden får likväl är oproportionerliga. I det här fallet är aktieförvärvet inte nödvändigt för att kunna fullgöra tjänsterna som efterfrågas i upphandlingen. Tjänsterna och byggnationerna är möjliga att utföra fristående från ett aktieäggande i ÖKTJ. Aktieägandet främjar inte syftet med upphandlingen. Kravet är också allt för långtgående vid en samlad balansavvägning. Kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Upphandlingen ska därför göras om utan kravet.

Förutom att Öresundskraft AB ställt krav på att anbudsgivaren ska förvärva aktierna har ställts som obligatoriskt krav att det av Öresundskraft AB framtagna aktieöverlåtelseavtalet ska accepteras utan avvikelser eller reservationer. Aktieöverlåtelseavtalet är extremt säljarvänligt och avviker i väsentliga delar från vad som är sedvanligt beträffande dylika avtal på marknaden. Det innehåller även en kraftig ansvarsbegränsning för säljaren. Öresundskraft AB har vid förhandlingar med ATS efter anbudstidens utgång meddelat ATS att justeringar kan göras i aktieöverlåtelseavtalet. Denna information har One Nordic AB inte fått. Öresundskraft AB:s agerande strider mot likabehandlingsprincipen. Om upphandlingen hade genomförts utan att oproportionerliga krav hade One Nordic AB kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud. One Nordic AB har därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Öresundskraft AB motsätter sig bifall till ansökan och vad gäller kravet på aktieöverlåtelse åberopas följande. En upphandlande enhet har stor frihet att organisera utförandet av en upphandling. Öresundskraft AB genomför av affärsmässiga och kommunalrättsliga skäl en konkurrensutsättning av den verksamhet som idag bedrivs i egen regi genom det helägda dotterbolaget ÖKTJ. De kontrakt som nu upphandlas utgör den helt dominerande delen av ÖKTJ:s verksamhet. Öresundskraft AB har inte längre behov av att äga ÖKTJ eller ha direkt tillgång till bolagets personal. Det har varit mycket viktigt för Öresundskraft AB att förändringen genomförs på bästa sätt i förhållande till den personal som berörs av beslutet. Vidare är det så att de viktigaste tillgångarna i ÖKTJ, avtalen med Öresundskraftskoncernen, löper ut vilket innebär att tjänste- och byggnationsavtalen måste handlas upp. Öresundskraft AB har önskemål om att den nye ägaren av ÖKTJ ska vara den som i framtiden utför tjänsterna enligt tjänste- och byggnationsavtalen åt Öresundskraftskoncernen. Önskemålet medför att Öresundskraft AB är skyldigt att göra affären i form av en offentlig upphandling. Detta eftersom värdet av tjänsterna (tjänste- och byggnationsavtalen) väsentligt överstiger värdet av ÖKTJ.

Innebörden av upphandlingen är att den som förvärvar aktierna i ÖKTJ också ska utföra tjänster till Öresundskraftkoncernen. Vald leverantör kan välja att ingå tjänste- och byggnationsavtalen antingen genom det anbudsgivande bolaget eller genom det bolag som förvärvas i upphandlingen. Att lägga upp affären på detta sätt är Öresundskraft AB:s fria val och skälen för valt alternativ behöver inte redovisas. Av upphandlingsmaterialet framgår klart att de aktuella kontrakten och den personal som är anställd i ÖKTJ är sammankopplade. Det framgår tydligt att affärsålet är att vald leverantör ska säkerställa och vidareutveckla personalkompetensen samt att Öresundskraft söker ett partnerskap med en marknadsaktör som kan fortsätta att utveckla verksamheten. Det råder ingen tvekan om att det är den verksamhet som avses och som ska utvecklas som idag ligger i ÖKTJ och har sin huvudsakliga verksamhet inom ramen för de kontrakt som upphandlas. Kopplingen mellan å ena sidan tjänste-

byggnationsavtalen och förvärvet av ÖKTJ och betydelsen av den fortsatta avtalsuppfyllelsen å andra sidan är helt klar. Enbart det förhållande att vald anbudsgivare kan ingå tjänste-/byggnationsavtalen genom det förvärvade anbudet är tillräckligt för att konstatera ett samband mellan aktieförsäljningen och upphandlingen av kontrakten. Att det skulle vara mer fördelaktigt för en anbudsgivare om inte köpdelen var med innebär inte att affären skulle vara i strid med proportionalitetsprincipen. Försäljningen av ÖKTJ och upphandlingen är direkt sammankopplade. Kravet på att anbudsgivaren ska förvärva aktierna i ÖKTJ är utformat på ett objektivt sätt. Kravet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt.

Vad avser aktieöverlåtelseavtalet har One Nordic AB liksom övriga anbudsgivare accepterat samtliga i förfrågningsunderlaget angivna villkor och inkommit med anbud. Det kan noteras att One Nordic AB är den anbudsgivare som offererat högst pris för bolaget ÖKTJ. De ställda villkoren är kontraktsvillkor för själva överlåtelsen. Villkoren har varit lika för samtliga anbudsgivare. Att kraven i aktieöverlåtelseavtalet kan upplevas som hårda innebär inte att villkoren är upphandlingsrättsligt felaktiga. One Nordic AB har inte visat att själva upplägget av affären med är i strid med gällande rätt.

ATS har inte fått klartecken för några ändringar i aktieöverlåtelseavtalet. Det som skett är att vissa ändringar har gjorts i det ursprungliga förslaget till aktieöverlåtelseavtal under upphandlingens gång. Samtliga anbudsgivare har behandlats lika och One Nordic AB har inte visat att man lidit någon skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m. m.

Upphandlande enheter ska enligt 1 kap. 24 § LUF 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. 4 och 6 §§ LUF framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av

en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Vid överprövningar gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Vid upphandling gäller att en upphandlande enhet har betydande utrymme att välja vilka krav man vill ställa i förfrågningsunderlaget, förutsatt att dessa är proportionerliga, har anknytning till upphandlingsföremålet och inte är diskriminerande. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa större krav på leverantören eller på det som upphandlas än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till kontraktsföremålet och det behov som ska täckas.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

One Nordic AB har till grund för sin begäran om ingripande mot upphandlingen bl.a. åberopat brister hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Enligt förvaltningsrättens mening bör detta prövas först och rätten gör därvid följande bedömning.

För att få offerera de tjänster som Öresundskraft AB köper i upphandlingen har Öresundskraft AB ställt ett obligatoriskt krav på att anbudsgivaren skall godta krav på att förvärva 100 % av aktierna i Öresundskraft AB:s dotterbolag ÖKTJ och därigenom fullt arbetsgivaransvar för personal anställd i bolaget och tillgång till dess kompetens. One Nordic AB gör gällande att kravet strider mot principerna om proportionalitet och transparens. Enligt One Nordic AB är kravet allt för långtgående bl.a. mot bakgrund av att aktieförvärvet inte är nödvändigt för att kunna fullgöra tjänsterna som efterfrågas i upphandlingen samt att aktieägandet inte främjar syftet med upphandlingen.

Öresundskraft AB har redogjort för bakgrunden till att man valt att genomföra upphandlingen på det valda sättet och därvid hänvisat till hänsyn till personalen samt till att Öresundskraft AB har önskemål om att den nye ägaren av ÖKTJ ska vara den som i framtiden utför tjänsterna enligt tjänste- och byggnationsavtalen åt Öresundskraftkoncernen. Öresundskraft AB anför att de aktuella kontrakten och den personal som är anställda i ÖKTJ är samman-

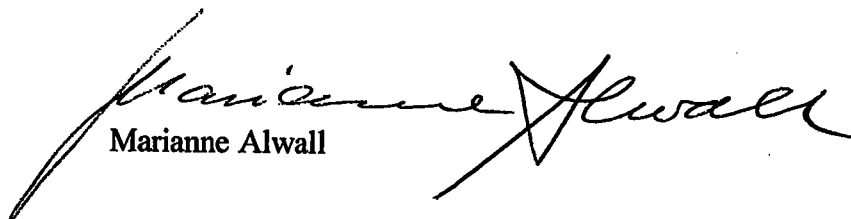
kopplade samt att enbart det förhållande att vald anbudsgivare kan ingå tjänste- och byggnationsavtalen genom det förvärvade bolaget är tillräckligt för att konstatera ett samband mellan aktieförsäljningen och upphandlingen av kontrakten.

Förvaltningsrätten menar att Öresundskraft AB:s krav på att leverantören förvärvar ett av den upphandlande enhetens dotterbolag tveklöst får anses vara alltför betungande för att få offerera de tjänster som Öresundskraft AB köper i upphandlingen dvs. service, underhållstjänster och byggnation. Det aktuella kravet grundar sig i Öresundskraft AB:s önskemål om att den nye ägaren av ÖKTJ ska vara den som i framtiden utför tjänsterna enligt tjänste- och byggnationsavtalen åt Öresundskraftkoncernen. Utredningen i målet ger dock inte stöd för att ägande av samtliga aktier i ÖKTJ är nödvändigt för att kunna utföra de tjänster som upphandlas. Det kan härvid noteras att det i upphandlingen även ställs långtgående krav på att anbudsgivarna att ha egen kapacitet, organisation, personal etc. att utföra uppdraget. Kravet framstår inte heller som ändamålsenligt. Den omständigheten att det på grund av det sätt som Öresundskraft AB valt att genomföra upphandlingen föreligger samband mellan aktieförsäljningen och upphandlingen av kontrakten innebär inte att det aktuella kravet på aktieförvärv är förenligt med LUF. Något objektivt samband mellan kravet på aktieförvärv och de tjänster som upphandlas har inte visats föreligga. Förvaltningsrätten finner således att det angripna kravet på aktieförvärv strider mot proportionalitetsprincipen och därmed är oförenligt med LUF.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten rätten det visat att Öresundskraft AB i det aktuella upphandlingsförfarandet brutit mot 1 kap. 24 § LUF. Då One Nordic AB härigenom har lidit eller kan komma att lida skada föreligger grund för ingripande enligt LUF. Med hänsyn till att den konstaterade bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och det konkurrensuppsökande skedet måste upphandlingen göras om. Skäl att vid sådana förhållan-

den pröva One Nordic AB:s yrkande om rättelse av upphandlingen har inte framkommit.

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



Marianne Alwall

Lena Palmér har föredragit målet.

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. 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 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 krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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.