



SÖKANDE

Caverion Sverige AB, 556052-8753
Box 1810
171 22 Solna

Ombud: advokaten Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPARTER

1. Helsingborgs stad
251 89 Helsingborg

Ombud: stadsjuristen Mikael Svegländ
Helsingborgs stad
Rådhuset
251 89 Helsingborg

2. Termo Kyl AB, 556696-8771
Florettgatan 5
254 67 Helsingborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Caverion Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2015 -01- 26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Helsingborgs stad genomför en upphandling av kyl- och värmepumpservice. Upphandlingen består av två anbudsområden, A och B. Enligt tilldelningsbeslutet har Helsingborgs stad valt att teckna avtal med Termo Kyl i Sydsverige AB (Termokyl) för anbudsområde B.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Caverion Sverige AB (Caverion) ansöker om överprövning av upphandlingen avseende anbudsområde B och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att utvärderingen sker utan beaktande av Termokyls anbud. Caverion anför bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget 3.1.2, Teknisk förmåga och kapacitet uppställs följande obligatoriska krav.

Till anbudet ska bifogas en översiktlig presentation av anbudsgivarens organisation, resurser över tiden och ägarförhållanden och en kortfattad presentation av företagets verksamhet med avseende på företagsidé, kundkategori, tjänsteutbud och hur arbetsgivaren arbetar med kvalitetssäkring och service.

Sista dag för lämnande av anbud var den 1 september 2014. Sammanlagt inkom anbud från tre anbudsgivare avseende område B; bland dessa Caverion och Termokyl. Enligt tilldelningsbesked av den 25 september 2014 antogs anbudet från Termokyl. Efter att Caverion påpekat att Termokyls anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen beslutade Helsingborgs stad den 3 oktober 2014 att dra tillbaka tilldelningsbeslutet.

Det är ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren till sitt anbud ska bifoga uppgift om anbudsgivarens ägarförhållanden. Kravet är relevant och tydligt.

Inte i någon av de handlingar som Termokyl har bifogat sitt anbud anges någon uppgift om ägarförhållanden. Eftersom det har varit ett obligatoriskt krav att anbudet ska innehålla uppgift om ägarförhållanden, är det tydligt att det ursprungliga anbudet från Termokyl inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Detta torde vara ostridigt.

I upphandlingsprotokollet till den förnyade utvärderingen den 6 oktober 2014 har Helsingborgs stad angett att Termokyl har inkommit med komplettering avseende ställt krav på redovisning av ägarförhållande genom dokument från Bolagsverket.

Ovanstående innebär att Termokyl, vars anbud vid anbudstidens utgång inte uppfyllde de obligatoriska kraven, har tillåtits att komplettera sitt anbud med nya uppgifter. Detta utgör en tydlig och otillåten förändring av anbudet.

Lämnat anbud får inte ändras efter anbudstidens utgång. Enligt 9 kap. 8 § LOU får dock en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Inget utbyte av uppgifter får dock ske och inga nya uppgifter får tas in i anbudet. Uppgiften om ägarförhållanden är helt ny information som inte har funnits i det ursprungliga anbudet.

Komplettering enligt LOU kan endast ske om det är utan risk för särbehandling. Så kan aldrig vara fallet då kompletteringen görs för att läka att obligatoriska uppgifter har utelämnats. Det står klart att det inte är förenligt med LOU att läka bristande uppfyllelse av obligatoriska krav genom

komplettering. Kompletteringen är således otillåten och ska inte beaktas. Dessutom har den otillåtna kompletteringen skett först efter det att Helsingborgs stad har fattat sitt tilldelningsbeslut den 25 september 2014. En komplettering kan under alla omständigheter inte vidtas efter det att tilldelningsbeslut fattats.

Vid en korrekt behandling av Termokyls anbud, skulle Caverion ha lämnat det anbud som vid utvärderingen haft det lägsta utvärderingspriset och därmed skulle Caverion ha vunnit anbudsutvärderingen och utsetts som leverantör. Det är uppenbart att Caverion kommer att lida skada om upphandlingen avslutas genom att avtal ingås med en annan leverantör.

Helsingborgs stad bestrider bifall till Caverions ansökan och anför bl.a. följande.

Av Termokyls ingivna handling, "Företagspresentation", framgår att Termokyl angett två personer som företagsledare. Det är Stadens uppfattning att de två angivna personerna i och med denna handling anges som bolagets ägare. Staden drog dock tillbaka sitt första tilldelningsbeslut efter påpekande av Caverion och förtydligande/komplettering begärdes in så att bekräftelse i detta avseende kunde erhållas.

Med anledning av Stadens förfrågan inkom Termokyl med en handling från Bolagsverket vari det verifierades att de två namngivna företagsledarna i handlingen "Företagspresentation" är bolagets enda ägare.

För det fall rätten inte delar Stadens uppfattning, att ägarförhållandena framgår av handlingen Företagspresentation, anser Staden ändå att dess agerande inte strider mot reglerna i LOU eftersom det är fråga om förtydligande/komplettering genom myndighetsuppgift.

Handlingen från Bolagsverket är en myndighetsuppgift som inte påverkar innehållet i Termokyls anbud. Att en upphandlande myndighet får uppmana en anbudsgivare att förtydliga/komplettera sitt anbud framgår av 9 kap. 8 § LOU. Att förtydligande/komplettering med myndighetsuppgift är tillåtet framgår av avgöranden från kammarrätterna. Det ska även framhållas att den förtydligande/kompletterande uppgiften fanns tillgänglig hos Bolagsverket innan tiden för anbudets ingivande löpte ut. Det begärda förtydligandet/kompletteringen har således skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Vidare saknar uppgiften om ägarförhållandena relevans vid den konkurrensjämförelse som gjorts i förevarande upphandling. Att diskvalificera ett anbud enbart på grund av en otydlig uppgift avseende ägarförhållandena skulle enligt Staden få orimliga konsekvenser då ett annars konkurrenskraftigt anbud skulle förkastas. Ett sådant agerande skulle också stå i strid med proportionalitetsprincipen eftersom den av Termokyl ingivna handlingen från Bolagsverket inte medför risk att anbudet förändras i sak.

Caverion anför ytterligare följande. Det bestrids att anbudet har kompletterats med en "myndighetsuppgift". Den åberopade handlingen från Bolagsverket utgör ett årsstämmoprotokoll från Termokyl där relevanta uppgifter om ägarförhållanden framgår. En kopia av detta årsstämmoprotokoll finns visserligen sannolikt tillgänglig hos Bolagsverket. Detta innebär dock inte att uppgiften i årsstämmoprotokollet är en "myndighetsuppgift". Årsstämmoprotokollet är upprättat direkt av Termokyl och är inte upprättat av Bolagsverket eller annan myndighet, vilket är en förutsättning för att uppgiften ska anses utgöra en myndighetsuppgift.

Det är grundläggande att ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i en upphandling inte kan vara kvalificerat för utvärdering. Om förvaltningsrätten skulle anse att, som Helsingborgs stad nu synes göra gäl-

lande, det vore oproportionerligt att upprätthålla det obligatoriska kravet på uppgift om ägarförhållanden eller att kravet är otydligt utformat, har ett sådant brott mot principerna om proportionalitet och/eller transparens påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, vilket innebär att upphandlingen i så fall ska göras om.

Termokyl har fått tillfälle att yttra sig över ansökan men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdig och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt.

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I prop. 2006/07:128 s. 377 anges bl.a. att bestämmelsen i 9 kap. 8 § andra stycket LOU ska tillämpas restriktivt och att bestämmelsen också innebär att en upphandlande myndighet får kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg, skriftliga bevis och andra handlingar. I prop. 1992/93:88 s. 71 uttalas om rättelse, att risk för diskriminering kan uppkomma om en rättelse som görs innebär att anbudet i praktiken blir

ett annat än det som lämnats. När det gäller förtydligande av anbud, då frågan rörde kompletteringar, har EU-domstolen uttalat att en begäran om sådant förtydligande inte får leda till att den berörda anbudsgivaren i själva verket inger ett nytt anbud (mål C-336/12, Manova A/S, punkt 36).

Det kan konstateras att möjligheten att komplettera anbud ska tillämpas mycket restriktivt. Av ordalydelsen i 9 kap. 8 andra stycket LOU framgår att det finns möjlighet att begära in kompletteringar av redan ingivna handlingar. Möjligheten att på begäran av upphandlande myndighet senare, efter anbudstidens utgång, inkomma med ytterligare handlingar måste ses som mycket begränsad. Enligt EU-domstolen kan dock en handling, såsom ett offentliggjort årsbokslut, godtas, då dess förekomst före utgången av fristen för ansökan om att få delta i upphandlingsförfarande kan kontrolleras objektivt (mål C-336/12, Manova A/S, punkt 42). Kammarrätten i Göteborg godtog likaså i dom den 30 januari 2009 i mål nr 7217-08 en komplettering av ett registreringsbevis. Enligt kammarrätten innehöll registreringsbeviset sådana myndighetsuppgifter, såsom uppgift om behörig firma-tecknare, som inte i sig påverkade innehållet i anbudet och som hade funnits tillgängliga hos Bolagsverket före anbudstidens utgång.

I nu aktuellt mål har den vinnande anbudsgivaren fått möjlighet att komplettera sitt anbud med ett årsstämmoprotokoll där uppgifter om ägarförhållanden framgår. Den aktuella uppgiften har funnits tillgänglig hos Bolagsverket före anbudstidens utgång. Enligt rättens bedömning påverkar uppgiften rörande ägarförhållanden inte i sig innehållet i anbudet. Dessa omständigheter innebär enligt förvaltningsrättens uppfattning att kompletteringen i form av ingivande av årsstämmoprotokoll inte innebär en otillåten förändring av det ursprungliga anbudet. Kompletteringen kan därför inte anses ha skett i strid med LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten därmed att det inte finns skäl för ingripande enligt LOU på den grund som Caverion har åberopat i målet. Caverions ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Anders Mattsson

Målet har föredragits av Marita Ekdahl.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.

