



**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 04

DOM
2017-09-19
Meddelad i Stockholm

Mål nr 1320-17

KLAGANDE

1. EVRY AB, 556586-9996
2. EVRY Norge AS, 933012867

Ombud 1-2: Advokaterna Per-Owe Arfwedson och Sofia Hertz
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

3. Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokaterna Eva Granbohm och Oscar Jacobsson
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

MOTPART

Tieto Sweden AB, 556052-7466
Fjärde Bassängvägen 15
115 83 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 20 februari 2017
i mål nr 24855-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandena.

Dok.Id 406904

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2302 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 5	08-561 690 00 E-post: kammarrattenistockholm@dom.se www.kammarrattenistockholm.domstol.se	08-14 98 89	måndag – fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

EVRY AB och **EVRY Norge AS (EVRY)** yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avslå Tieto Sweden AB:s ansökan om överprövning. EVRY åberopar de grunder och omständigheter som anförts i förvaltningsrätten med bl.a. följande tillägg. Att tolka kravet som förvaltningsrätten gjort, innebär en betydligt snävare tillämpning av kravet än vad staden avsett. Istället ger kravets ordalydelse utrymme att uppfylla kravet på flera olika sätt, inklusive det sätt som EVRY gjort. Förvaltningsrättens tolkning är oproportionerlig.

Stockholms stad (staden) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avslå Tieto Sweden AB:s ansökan om överprövning. Staden åberopar de grunder och omständigheter som anförts i förvaltningsrätten med bl.a. följande tillägg. Staden har inte frångått någon del av kravet i punkten 4.3.2. Såsom aktuellt krav är formulerat framgår det inte att det uppställts något krav på att uttryckligen ange personer i samarbetsavtalet. Förvaltningsrätten har således på grund av ett krav som staden inte uppställt i upphandlingen, funnit att gruppen av leverantörer inte är kvalificerad. Förvaltningsrätten väljer vidare att bortse från det förhållande att det i det aktuella kravet inte anges hur ett fastställande av person eller personer ska vara formulerat. Vidare tolkar förvaltningsrätten kravet snävt, trots att det saknas skäl. Kravet som staden ställt upp är tydligt och avsiktligen inte så snävt formulerat som förvaltningsrättens tolkning innebär. Enligt praxis är det inte tillåtet att skärpa krav och ge dem en strängare innebörd än vad som följer av förfrågningsunderlaget. Även om det inte skulle anses som att samarbetsavtalet fastställer vem som äger rätt att företräda gruppen framgår detta på annan plats i gruppens anbudsansökan.

Tieto Sweden AB anser att överklagandet ska avslås och åberopar vad som anförts i förvaltningsrätten med bl.a. följande tillägg. Kravet har uppställts

för att det i samarbetsavtalet med tydlighet och klarhet ska framgå vilken eller vilka personer som har rätt att företräda anbudsansökanden och anbudslämnaren i upphandlingen. För att åstadkomma detta krävs det att det i samarbetsavtalet uttryckligen anges, genom en aktiv handling, en faktisk och reell skrivning vilken eller vilka personer som har rätt att företräda gruppen. Hade det räckt med att samarbetsavtalet i sig undertecknats av behöriga företrädare för de i gruppen av leverantörer ingående bolagen skulle det obligatoriska kravet helt sakna betydelse. Det måste anses vara av stor vikt för en upphandlande myndighet att veta vem som har rätt att företräda den grupp av leverantörer som deltar i upphandlingen och som myndigheten eventuellt kommer att sluta avtal med.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det finns skäl för ingripande i form av rättelse enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Kammarrätten anser därför att förvaltningsrättens beslut är riktigt och överklagandena ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

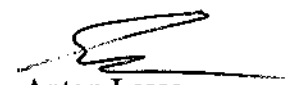


Anna Lönnestav
kammarrättsråd
ordförande



Eva Gullfeldt
kammarrättsråd
referent

Klas Johansson
tf. kammarrättsassessor



Anton Lesse
föredragande



SÖKANDE

Tieto Sweden AB, 556052-7466
Fjärde Bassängvägen 15
115 83 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholms stad
Stadshuset
105 35 Stockholm

2. EVRY AB, 556586-9996
Ekenbergsvägen 113
171 79 Solna

3. Evry Norge As, 933012867
Snarøveien 30 A
Norge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Tieto Sweden AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen av stadsövergripande gemensam IT-service (GSIT 2.0), Dnr 220-1699/2015, inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att en ny utvärdering genomförs, vid vilken anbudsansökan och anbudet från Evry AB och Evry Norge AS, som grupp av leverantörer, inte ska beaktas.

YRKANDEN M.M.

Stockholms Stad (staden) genomför en upphandling av stadsövergripande gemensam IT-service (GSIT 2.0), Dnr 220-1699/2015. Upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna för förhandlat förfarande vid upphandling av tjänster i enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Staden har den 10 november 2016 beslutat att tilldela Evry AB och Evry Norge AS, som grupp av leverantörer, kontraktet.

Tieto Sweden AB (Tieto) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse gjorts på så vis att anbudsansökan respektive anbudet från gruppen av leverantörer bestående av Evry AB och Evry Norge AS (Evry) ska förkastas varvid Tieto ska tilldelas kontrakt i upphandlingen. I andra hand yrkar Tieto att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför Tieto bl.a. följande. Staden har, i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, främst likabehandlingsprincipen, kvalificerat Evrys ansökan, bjudit in Evry att lämna anbud i upphandlingen samt utvärderat anbudet för att sedermera tilldela gruppen kontraktet trots att anbudsansökan inte uppfyllt ett obligatoriskt krav. I stadens underlag för anbudsansökan anges att leverantörer som lämnar anbudsansökan inom ramen för en grupp av leverantörer tillsammans med ansökan ska bifoga en kopia på ett samarbetsavtal mellan bolagen där det fastställs vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen av leverantörer. Detta utgör ett obligatoriskt krav. Kravet måste anses innebära att det av samarbetsavtalet ska gå att utläsa vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen av leverantörer. Detta är inte något som indirekt ska behöva härledas utifrån vilka personer som undertecknat samarbetsavtalet för de i gruppen av leverantörer ingående bolagen, eller genom långtgående analogier till lagen om handelsbolag och enkla bolag, eller på något annat indirekt sätt. Evry har ingett ett samarbetsavtal med sin anbudsansökan. Detta saknar dock angi-

velse av vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen. Samarbetsavtalet brister således avseende det nämnda obligatoriska kravet. En anbudsansökan som inte uppfyller ett obligatoriskt krav ska förkastats. Kravet måste anses som väsentligt då det rör frågan om hur anbudsansökanden binder och förpliktigar sig för sin anbudsansökan och samtliga krav som uppställs i ansökningsunderlaget. Det faktum att samarbetsavtalet undertecknats av två personer som var och en – både med stöd av fullmakt och i egenskap av registrerade behöriga firmatecknare för de i Evry ingående bolagen – varit behöriga att underteckna samarbetsavtalet innebär inte på något sätt att samarbetsavtalet fastställer vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda Evry i enlighet med det obligatoriska kravet i ansökningsunderlaget. Att ha behörighet att underteckna samarbetsavtalet är något helt annat än att uppfylla det obligatoriska kravet att i samarbetsavtalet fastställa vilken eller vilka personer som äger företräda gruppen av leverantörer. Det aktuella kravet är klart och tydligt och anger på ett otvetydigt sätt vad samarbetsavtalet ska innehålla. I ansökningsunderlaget anges också att staden endast kommer att godkänna anbudssökande som uppfyller samtliga obligatoriska krav i ansökningsunderlaget och som visat att ställda krav uppfylls samt att staden är strikt i sina bedömningar av att inkomna ansökningar lever upp till ställda krav. Evrys anbudsansökan borde ha förkastats och gruppen borde inte ha bjudits in att lämna anbud i upphandlingen.

Avsaknaden av den obligatoriska regleringen i samarbetsavtalet avseende vem eller vilka som äger rätt att företräda Evry medför att gruppen till synes saknar behöriga företrädare eller i vart fall saknade en behörig utsedd företrädare vid tidpunkten för inlämnandet av anbudsansökan. Det skulle ligga närmast till hands att anta att Evry skulle företrädas gemensamt av behöriga företrädare för vart och ett av de i samarbetsavtalet ingående bolagen. Evrys anbudsansökan har undertecknats av en person som är behörig firmatecknare för Evry AB men inte för Evry Norge AS. Evry har inte heller med sin anbudsansökan ingett någon skriftlig fullmakt eller likande handling som

stryker den undertecknade personens behörighet att företräda gruppen. Staden har vid prövningen av anbudsansökan haft uppenbar anledning att ifrågasätta behörigheten för den person som undertecknat ansökan. Staden borde i vart fall ha kontrollerat företrädarens behörighet och när så inte skedde även av detta skäl förkastat gruppens anbudsansökan.

Av upphandlingsprotokollet framgår att Tieto efter genomförd anbudsutvärdering hade näst lägst utvärderingstal efter Evry varför Tieto, om anbudsansökan hade förkastats, skulle ha tilldelats kontakt i upphandlingen. Överträdelserna har därmed medfört skada eller risk för skada för Tieto.

Staden bestrider bifall till ansökan om anför bl.a. följande. Staden har inte brutit mot någon grundläggande princip enligt 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse. För det fall brister skulle anses föreligga avseende underlaget för anbudsansökan eller förfarandet i övrigt är inte bristerna av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts. Bolagen i Evry är systerbolag inom samma koncern. Kravet att samarbetsavtalet ska fastställa vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen är uppfyllt. Samarbetsavtalet anger att parterna kommer bilda en gemensam associationsform i det fall att Evry tilldelas kontraktet. Det anges att parterna kommer att delta i och solidariskt ansvara för genomförandet av det åtagandet som innefattas av det avtal som sluts. Beträffande skrivningen att avtalet även ska fastställa vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen så anges inte något särskilt om hur detta ska ske. Samarbetsavtalet är undertecknat av behöriga företrädare för bolagen i Evry. Enligt staden har det genom undertecknandet av samarbetsavtalet av behöriga företrädare fastställts vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen av leverantörer. Det är uteslutet att uppfatta samarbetsavtalet som att ett fastställande inte skett. Det har inte funnits anledning för staden att ifrågasätta att de båda angivna personerna inte ägde att företräda Evry.

Om staden skulle förkastat anbudsansökan på den grund som Tieto gör gällande skulle det ha stått i strid mot principen om proportionalitet. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att underlaget för anbudansökan skulle vara otydlig i denna del så gäller enligt praxis att förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen och gemenskapsrätten inte träds förnär. Underlaget för anbudansökan strider inte mot proportionalitetsprincipen. Då Evry är den enda grupp av leverantörer som lämnat anbud i upphandlingen strider det inte heller mot kravet på likabehandling. Kravet har inte avhållit någon från att lämna anbud. Anbudansökan undertecknades av en genom fullmakt behörig företrädare för Evry AB som även undertecknat samarbetsavtalet där bolagens avsikt att inom ramen för en grupp lämna in anbudansökan och anbud i den aktuella upphandlingen. Den undertecknande får därmed, med stöd av annan fullmakt än skriftlig, ha haft rätt att underteckna anbudansökan även för Evry Norge AS:s räkning.

Evry AB och Evry Norge AS har beretts tillfälle att yttra sig i målet och har anfört bl.a. följande. Evry har rätteligen kvalificerats i upphandlingen i och med att samarbetsavtalet fastställer företrädare för gruppen samt att gruppens anbudansökan har undertecknats av en person som är behörig att företräda både Evry AB och Evry Norge AS. De påstådda bristerna är av formell karaktär och har varken haft någon påverkan på upphandlingen eller påverkat stadens kvalificering och utvärdering av anbuden. Ordalydelsen av krav 4.3.2 medger, och förhindrar inte, att fastställande av vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen fastställs genom att behöriga företrädare för Evry AB och Evry Norge AS undertecknar samarbetsavtalet. Genom att de behöriga företrädarna för Evry AB och Evry Norge AS undertecknade samarbetsavtalet har det tydligt fastställts att dessa personer också skulle företräda gruppen om den tilldelas kontraktet. Att både Evry och staden uppfattat undertecknandet som tillräckligt för att konstatera ett fastställande är naturligt eftersom samarbetsavtalet i juridisk mening är att anse

som ett enkelt bolag. Av 4 kap. 3 § (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag framgår att enkla bolag företräds av sina bolagsmän eftersom det enkla bolaget inte kan rättshandla själv. Det är således de behöriga företrädarna för Evry AB och Evry Norge AS som gemensamt kan rättshandla för det enkla bolaget. Kravet i punkt 4.3.2 anger inte hur eller på vilket sätt samarbetsavtalet skulle fastställa vilken eller vilka som skulle företräda gruppen. Som kravet är utformat måste staden acceptera olika sätt för hur fastställande sker. Ett motsatt synsätt innebär att anbudssökanden riskerar uteslutning med hänvisning till ett krav som inte framgått av förfrågningsunderlaget. Det är inte möjligt att utesluta Evry på denna grund då det skulle strida mot likabehandlings- och transparensprincipen. Samarbetsavtalet reglerar inte vem som ska underteckna anbudsansökan och det är inte nödvändigt att de personer som fastställts företräda Evry i samarbetsavtalet också måste underteckna anbudsansökan. Av praxis följer att om det uppställts krav på att anbudet ska vara undertecknat av behörig företrädare räcker det med att den som undertecknar gör det med stöd av någon form av fullmakt. Staden har inte haft anledning att ifrågasätta behörigheten hos den som undertecknat anbudsansökan. Tieto har inte lidit skada. Den eventuella otydligheten i samarbetsavtalet har inte gett Evry någon fördel eller Tieto någon nackdel som påverkat utgången av upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017 varför lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är tillämplig i målet.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Det är inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan han ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr. HFD 2013 ref. 53).

Beträffande obligatoriska krav i en upphandling har Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet HFD 2016 ref. 37 I och II konstaterat bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget utgör en central del av upphandlingsförfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett

obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Om en upphandlande myndighet överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling. Överväger myndigheten att avvika från ett obligatoriskt krav genom att godta ett anbud som inte uppfyller kravet har myndigheten vissa möjligheter att tillåta eller begära komplettering eller förtydligande av lämnade anbud, förutsatt att det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud.

I punkt 4.3.2 Avtal mellan deltagarna i grupp av leverantörer i dokumentet "Underlag för anbudsansökan" anges följande.

Leverantörer som lämnar anbudsansökan inom ramen för en grupp av leverantörer ska tillsammans med anbudsansökan bifoga kopia på civilrättsligt bindande avtal mellan samtliga i gruppen ingående parter. Avtalet ska fastställa att parterna kommer att bilda en gemensam associationsform i det fall gruppen av leverantörer tilldelas kontrakt. Avtalet ska även visa att berörda parter kommer att delta i och solidariskt ansvara för genomförandet av det åtagande som innefattas av det avtal som sluts till följd av denna upphandling. Avtalet ska slutligen fastställa vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen av leverantörer.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det, i det samarbetsavtal som Evry bifogat sin anbudsansökan, inte uttryckligen anges vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen av leverantörer.

Staden och Evry har anfört att det i det aktuella kravet inte anges hur ett fastställande av vilka som äger att företräda gruppen ska ske. Staden har anfört att det, genom att behöriga företrädare för de respektive bolagen har undertecknat samarbetsavtalet, även har fastställts vilken eller vilka personer som äger rätt att företräda gruppen av leverantörer. Evry instämmer i

denna bedömning och anför även att det är naturligt att undertecknandet anses som tillräckligt för att konstatera ett fastställande eftersom samarbetsavtalet i juridisk mening är att anse som ett enkelt bolag.

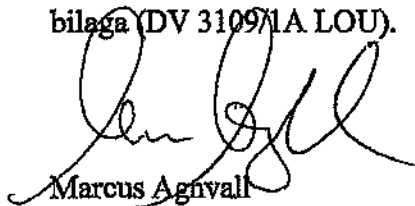
Förvaltningsrätten delar inte denna uppfattning. I det aktuella kravet anges visserligen inte hur ett fastställande ska vara formulerat, men kravet kan inte tolkas på annat sätt än att det uttryckligen ska anges i samarbetsavtalet vilken eller vilka personer som äger att företräda gruppen. Att samarbetsavtalet undertecknats av behöriga företrädare för de respektive bolagen är en förutsättning för avtalets civilrättsliga giltighet men innebär inte i sig att det fastställs vilken eller vilka personer som framöver äger rätt att företräda Evry i förhållande till den upphandlande myndigheten. Inte heller anser förvaltningsrätten att invändningen att gruppen utgör ett enkelt bolag, som enbart kan rättshandla genom sina bolagsmän, kan medföra att det aktuella kravet är uppfyllt genom undertecknandet. Förvaltningsrätten noterar vidare att även om det i samarbetsavtalet anges att parterna ska formalisera sitt samarbete inom ramen för en gemensam associationsform så anges där inte vilken associationsform som avses. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av det anförda att gruppen inte uppfyller det obligatoriska kravet i punkt 4.3.2.

Staden har anført att om anbudsansökan skulle ha förkastats på den grund som Tieto gör gällande skulle det ha stått i strid mot principen om proportionalitet. Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit något som medför att det aktuella kravet ska anses vara oproportionerligt. Det får anses vara av stor vikt för den upphandlande myndigheten att veta vem som äger rätt att företräda den grupp av leverantörer som deltar i upphandlingen och som man eventuellt kommer att sluta avtal med. Det har inte heller framkommit något i övrigt i målet som medför att staden kan godta anbudet utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen.

Staden har därmed brutit mot den grundläggande principen om likabehandling som följer av 1 kap 9 § LOU genom att utvärdera anbudsansökan och anta anbudet från Evry trots att anbudet inte uppfyller samtliga uppställda obligatoriska krav. Då Tietos anbud vid utvärderingen har ansetts vara det näst mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet har Tieto lidit skada till följd av anbudet från Evry har utvärderats. Ansökan om överprövning ska därmed bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts innebärande att anbudsansökan och anbudet från Evry inte ska beaktas. Vid denna utgång anser förvaltningsrätten inte att det finns skäl att pröva de av Tieto i övrigt åberopade grunderna.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Marcus Agnvall
Rådman

Madeleine Pettersen har föredragit målet.