



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2017-12-13
Meddelad i Uppsala

Mål nr
3281-17 E

SÖKANDE

Tunstall Nordic AB, 556540-2889

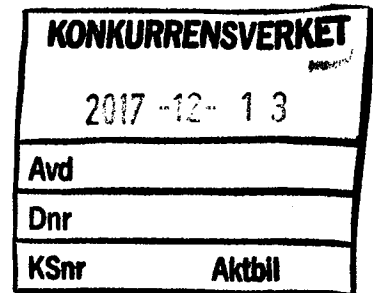
Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck och biträdande jurist Mattias Forsberg
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Håbo kommun
746 80 Bålsta

2. Everon Sverige AB, 559073-8992

Ombud: Advokat Walter Sköldstam
ANNOT Advokatbyrå AB
Gamla Rådstugugatan 30
602 24 Norrköping



SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrätten avslår begäran om att rätten ska inhämta sekretessbelagda uppgifter om referensuppdrag från upphandlande myndighet.

Dok.Id 218177

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Håbo kommun (kommunen) har genom ett förenklat förfarande gjort en upphandling av trygghetslarm, dnr UH-17-12201. Kommunen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Everon Sverige AB (Everon).

Tunstall Nordic AB (Tunstall) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsprövning ska genomföras, varvid Everons anbud ska förkastas.

Till stöd för sin talan anför Tunstall i huvudsak följande.

Kommunen har felaktigt antagit Everons anbud, trots att detta inte har uppfyllt alla i upphandlingen uppställda obligatoriska krav, vilket strider mot LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Som en följd av detta har Tunstall lidit, eller riskerar att lida, skada genom att inte tilldelas kontraktet i upphandlingen. Om kommunen hade gjort en korrekt bedömning av i upphandlingen ställda obligatoriska krav hade istället Tunstall, som placerats på andra plats i upphandlingen, tilldelats kontraktet.

Kommunen har i upphandling uppställt krav på att anbudsgivaren bl.a. ska tillämpa en metod eller ett system för att kvalitetssäkra, följa upp och förbättra sitt arbete och har angett att kravet kan uppfyllas på två alternativa sätt. Everon har i sitt anbud gjort gällande att kravet uppfylls enligt det andra alternativa sättet, genom bifogat certifikat, som visar att Everon uppfyller det uppställda kravet. Detta är emellertid inte korrekt. Det certifikat som Everon bifogat med sitt anbud avser inte Everon, som lämnat anbud i upphandlingen, utan Everon OY, som är en helt annan juridisk person och som inte har lämnat anbud. Kommunens uppfattning att certifikatet skulle gälla hela koncernen är felaktig. Det aktuella kravet kan därmed inte anses uppfyllt, eftersom en anbudsgivare inte kan åberopa ett annat företags miljö-

och kvalitetsledningssystem (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 januari 2015 i mål nr 3914-14 och Kammarrätten i Stockholms dom den 4 juli 2016 i mål nr 1849-16). Rättspraxis såvitt avser åberopande av annat företags kvalitets- och miljöledningssystem är entydig. Det av Tunstall bifogade reklambladet innehåller inte, som kommunen felaktigt påstår, en redogörelse för Everons sätt att arbeta med ISO 9001:2008.

Kommunens felaktiga anbudsprövning bör åtgärdas genom att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras, varvid Everons anbud ska förkastas. Utvärdering av Everons anbud kan rätteligen inte ske. Någon annan åtgärd än rättelse i enlighet med Tunstalls yrkande är inte påkallad.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och yrkar i första hand att ansökan ska avslås. För det fall att förvaltningsrätten skulle finna att kommunen brustit i upphandlingen yrkar kommunen i andra hand att hela utvärderingen ska göras om men med beaktande av samtliga anbud.

Kommunen anser att Everon har klarat kraven i och med inlämnande av ISO certifiering (ISO 9001:2008) av hela koncernen. Det är inte alls ovanligt att koncerner har certifieringar som dotterbolagen ska tillämpa. Ytterligare inlämnade dokument som styrker kommunens agerande är där Everon redogör för sitt sätt att arbeta enligt ISO 9001:2008 för både sin serviceproduktion och verksamhet i inlämnat anbud.

Rättspraxis ifråga om rätten att åberopa annans kapacitet är spretig. Kammarrätten i Göteborg konstaterade i dom den 19 juni 2013, mål nr 1439-13, att en leverantörs rätt att åberopa annan leverantörs kapacitet inte kan inskränkas. Det kan dock utifrån Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3914-14 diskuteras hur långt rätten sträcker sig. I Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 augusti 2014, mål nr 897-14, ansågs anbudsgivaren NCC

Construction genom uppgiften om kommissionärsförhållandet med NCC AB ha åberopat NCC AB:s kapacitet på ett godtagbart sätt. När det gäller frågan om leverantörens bevis att denne förfogar över nödvändiga resurser finns varierande praxis. Ett exempel på där kammarrätten varit mycket tillåtande är Kammarrätten i Stockholms dom den 21 februari 2014 i mål nr 5945-13.

Everon bestrider bifall till ansökan och yrkar att den ska avslås. Till stöd för sin talan anför Everon i huvudsak följande.

Tunstalls ansökan ska i första hand avslås eftersom Tunstall inte lidit, eller riskerar att lida, skada och i andra hand då LOU inte trätts förnär på ett sätt som skulle föranleda rättelse.

Tunstall har för kravet i punkt 4.8 "Kvalitetssäkring" i upphandlingsdokumentet åberopat certifikat för kvalitetsledningssystem vari framgår att Tunstall omfattas jämte Tunstall AB, Tunstall A/S och Tunstall OY. Av Tunstalls företagspresentation som lämnats i upphandlingen framgår att Tunstall UK utvecklar och tillverkar delar av den offererade leveransen och att detta bolag är certifierat enligt samma kvalitetsledningsstandard som Tunstall. Tunstall har emellertid inte gett in något intyg för Tunstall UK i enlighet med punkt 4.8 och inte heller åberopat Tunstall UK som annans kapacitet eller som underleverantör där så skulle ha skett under punkt 4.6 eller 4.8. Trots att Tunstall UK offererats som en del av Tunstalls kvalitetssäkring uppfyller inte Tunstall kravet på intyg enligt alternativ 2 i punkt 4.8 i och med att Tunstall UK inte omfattas av det ingivna intyget. Tunstall har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada eftersom Tunstall inte uppfyller alla krav i upphandlingen.

Punkt 4.7 anger som krav att anbudsgivaren ska ange två referensuppdrag. Såvitt Everon känner till har inte Tunstall kunnat utföra minst två referens-

uppdrag av efterfrågat slag i och med att Tunstall AB är det bolag (Tunstalls dotterbolag) som i Sverige kan tänkas ha denna erfarenhet. Tunstall har i upphandlingen begärt och beviljats sekretess för sina referensuppdrag. Trots att Everon begärt ett överklagbart beslut avseende sekretessen har sådant ännu inte erhållits från kommunen. Everon har således inte haft möjlighet att kontrollera om referensuppdragen avser Tunstall eller något annat bolag än anbudsgivaren. Everon hemställer om att rätten inhämtar den sekretessbelagda uppdragsförteckningen från kommunen avseende Tunstalls referensuppdrag i syfte att möjliggöra kontroll av om Tunstall avgett referens avseende uppdrag som utförts av Tunstall (se HFD 2015 ref. 55). Om Tunstalls referensuppdrag inte utförts av Tunstall uppfyller inte Tunstall kravet i punkt 4.7 och har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada.

Everon har fått uppfattningen att det är Tunstall AB som bedriver verksamheten och inte Tunstall varmed Tunstall inte kan ha de efterfrågade erfarenheter och referenser som de lämnat för krav 4.7 och som Everon förvägrats att få del av. Detta baseras på bl.a. följande. Tunstall har enligt allmänt tillgängliga uppgifter ett mycket mindre antal anställda och mycket mindre omsättning jämfört med Tunstall AB. Tunstall har konsulttjänster som angiven verksamhet medan det är just Tunstall AB som har säkerhetstjänster som angiven verksamhet. Tunstalls egna uppgifter i upphandlingen ger vid handen att man arbetar som en ”grupp av företag” och att det är dotterbolagen som samarbetar m.m., vilket talar för att i vart fall inte Tunstall ensam kan ha den erfarenhet och referens som Tunstall påstås ha. Tunstall AB har nyligen lämnat ett anbud i Upphandling i Skåne avseende trygghetslarm och därvid gjort gällande att det är bolaget och inte Tunstall som levererar, vilket ger fog för antagandet att det är i Tunstall AB som verksamhet, erfarenhet och referenser finns (se Förvaltningsrätten i Malmös dom den 21 september 2017, mål nr 5587-17). På Tunstallgruppens hemsida hänvisas till Tunstall AB för den svenska marknaden. Den omständigheten att Tunstall inte ens vill visa maskerad referensuppdragsförteckning, som skulle visa att

det är Tunstall och inte Tunstall AB som är referens, talar för att saken måste kontrolleras.

Everon uppfyller kravet i 4.8 avseende både alternativ 1 och alternativ 2.

Everon har uppfyllt kravet enligt alternativ 1 genom att ha redovisat hur kvalitetsledningsarbetet sker i enlighet med kravet och med angivande av två referenser. Everon har lämnat två referensuppdrag i enlighet med kravet i punkt 4.7. Dessa två referensuppdrag har genomförts i enlighet med efterfrågat kvalitetskrav i punkt 4.8. I vart fall utgör detta förhållande en godtagbar konkretisering av redan lämnade uppgifter, ett s.k. förtydligande. Everon uppfattar att kravet i punkt 4.7 och i punkt 4.8 hänger samman i och med att båda rör just kvalitetskrav på leverantören.

Everon uppfyller kravet enligt alternativ 2 genom åberopande av annans kapacitet i form av moderbolagets certifiering. I vart fall uppfyller Everon kravet genom att ha åtagit sig att arbeta enligt moderbolagets kvalitetsledningssystem. Kommunen har korrekt godtagit Everons åberopande och intyg från moderbolaget beträffande att Everon arbetar i enlighet med moderbolagets kvalitetsledningssystem. Rätten att åberopa annans kapacitet avseende tekniska och yrkesmässiga förmågor är oinskränkt (jfr mål C-176/98, Holst Italia Spa mot Commune di Cagliari och C-406/14, Wrocław). Everon ansluter sig till kommunens talan vad avser att rättspraxis inte uppställt något förbud mot att åberopa annans kapacitet. Vidare hänvisas till Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 december 2016 i mål nr 1949-16 och Förvaltningsrätten i Luleås dom den 19 september 2016, mål nr 1356-16. Likaså framgår av förarbetsuttalanden att rätten är oinskränkt (prop. 2015/16:195 s. 1095 f. och s. 1263).

Tunstall genmäler och anför i huvudsak följande.

Everons påstående om att kravet i punkt 4.8 skulle vara uppfyllt genom såväl alternativ 1 som alternativ 2 är felaktigt.

För att alternativ 1 ska vara uppfyllt krävs att anbudsgivaren bifogar dokument som visar företagets metoder och system samt lämnar uppgift om två uppdrag där metoden och systemet använts under år 2016. Den bilaga, som Everon hänvisat till, utgörs emellertid av ett e-postmeddelande mellan kommunen och företrädare för Everon, där det anges att Everon arbetar enligt viss egen bilagd policy. Av bilagan framgår på inget sätt uppgift om två uppdrag där metoden och systemet har använts under år 2016. Kravet i punkt 4.8 har varit utformat på ett sådant sätt att de referensuppdrag där kvalitetsledningssystemet ifråga har använts ska anges i den rutan som återfinns i anslutning till punkt 4.8. En separat ruta finns för de uppdrag som anbudsgivaren ska redovisa till uppfyllande av kravet under punkt 4.7. Det rör sig således om olika uppgifter som ska lämnas på olika platser i anbudet. Det finns inget i underlaget som tyder på att kraven ska läsas tillsammans på det sätt som Everon gör gällande. Enligt 4 kap. 9 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta eller begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras. Everon har nu, utan att kommunen uttryckligen efterfrågat ett förtydligande i någon del, uppgett att de referensuppdrag som angetts till uppfyllande av kravet under punkt 4.7 också har utförts i enlighet med det kvalitetsledningssystem vilket bolaget har hänvisat till under punkt 4.8. Detta förhållande har inte framgått av Everons anbud. I detta fall utgör inte Everons nu framförda påstående ett förtydligande utan snarare att nya sakuppgifter tillförts anbudet. Därtill har uppgifterna lämnats på Everons initiativ och utan att uppgifterna efterfrågats av kommunen.

För att alternativ 2 ska vara uppfyllt krävs istället att anbudsgivaren bifogar ett visst intyg som är giltigt och avsett för just anbudsgivaren ifråga. Det intyg som är bifogat Everons anbud är utställt till Everon OY, som är en helt annan juridisk person. Det har inte heller, med hänsyn till utformningen av

punkt 4.8, varit möjligt att uppfylla kravet genom att hänvisa till att bolaget arbetar utifrån moderbolagets kvalitetsledningssystem på det sätt Everon gjort gällande. Likaså är påståendet, att rätten att åberopa annans kapacitet avseende tekniska och yrkesmässiga förmågor är oinskränkt, felaktigt.

Tunstall har uppfyllt kravet avseende kvalitetsledningssystem. Enbart det faktum att vissa delar i leveransen tillverkas i annat land och av annat bolag medför inte att detta bolags kapacitet åberopas för uppfyllandet av upphandlingens uppställda kvalificeringskrav eller att detta bolag kommer att agera underleverantör till Tunstall vid fullgörandet av kontraktet. Med begreppet underleverantör ska förstås tredje man i förhållande till avtalsrelationen mellan anbudsgivaren och den upphandlande myndigheten. Varje annan juridisk eller fysisk person som anbudsgivaren avser att anlita vid utförandet av uppdraget är därför att anse som underleverantör i upphandlingsrättslig mening (se Kammarrätten i Stockholms dom den 7 april 2014, mål nr 567-14). Tunstall har inte gjort gällande att man avser anlita något annat bolag vid utförandet av uppdraget. Det aktuella kravet avseende kvalitetsledningssystem har inte heller omfattat sådana underleverantörer.

Everon har vidare påstått att Tunstall inte kunnat utföra minst två referensuppdrag av det slag som efterfrågas i punkt 4.7 samt i denna del hänvisat till att det endast är Tunstalls dotterbolag Tunstall AB, som har denna erfarenhet. Påståendet saknar stöd och är därtill felaktigt. Då Everon inte närmare förmått precisera de brister som Tunstalls anbud påstås vara behäftat med i denna del, saknar Tunstall möjlighet att bemöta Everons påstående. Tunstall kan enbart konstatera att kommunen, vid sin anbudsprövning, inte funnit Tunstalls anbud innehålla några brister i dessa delar, samt att Tunstall innehar nödvändig erfarenhet.

Tunstall motsätter sig vidare att förvaltningsrätten begär in de av Everon efterfrågade handlingarna, eftersom förvaltningsrätten inte behöver den ef-

terfrågade informationen för att kunna göra en effektiv överprövning. Enbart obestyrkta påståenden och antaganden om brister i konkurrenters anbud medför inte skäl för förvaltningsrätten att inhämta uppgifterna. Everon har tidigare hos kommunen begärt att få ta del av de aktuella handlingarna. Kommunen har därvid funnit skäl att inte lämna ut handlingarna ifråga då dessa, som det får antas, har ansetts innehålla uppgifter som omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2016 ref. 17 uttalat att uppgifter om referensuppdrag typiskt sett anses utgöra företagshemligheter och att det därför kan befaras att det uppkommer ekonomisk skada om uppgifterna röjs. Tunstall instämmer i kommunens bedömning i denna del samt får framhålla att de aktuella uppgifterna om referensuppdrag utgör företagskänslig information genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras. Efterfrågade uppgifter är alltså mycket känsliga. Om förvaltningsrätten med stöd av 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, rekvirerade handlingarna ifråga skulle de bli en del av målet. Därmed skulle Everon i princip ha rätt att genom bestämmelserna om partsinsyn få del av uppgifterna ifråga, såvida inte uppgifterna skulle omfattas av sekretess enligt 10 kap. 3 § OSL. På detta sätt skulle en tillämpning av 8 § FPL riskera att kringgå det annars tillämpliga regelverket i OSL. Detta kan varken ha varit lagstiftarens avsikt eller Högsta förvaltningsdomstolens avsikt i dess avgörande HFD 2015 ref. 55.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder Tunstall anfört.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande

myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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.

Tunstall har gjort gällande att Everons anbud hade bort förkastas då anbudet inte uppfyller det obligatoriska kravet på att visa innehav av kvalitetsledningssystem enligt punkt 4.8 i upphandlingsdokumentet. Detta har bestridits av kommunen och Everon. Everon har också anfört att Tunstall inte lämnat erforderligt intyg för Tunstall UK i enlighet med punkt 4.8 och inte heller åberopat Tunstall UK som annans kapacitet där så skulle ha skett under punkt 4.6 eller 4.8. Everon har slutligen anfört att Tunstall inte kan ha uppfyllt kravet enligt punkt 4.7 på angivna referensuppdrag. Everon har med anledning av detta hemställt om att rätten ska inhämta sekretessbelagd uppdrafsförteckning avseende Tunstalls referensuppdrag i syfte att i enlighet med HFD 2015 ref. 55 möjliggöra kontroll av om Tunstalls anbud uppfyllt kravet. Tunstall har bestridit att referensuppdrag inte skulle ha inlämnats i enlighet med upphandlingsdokumentets krav och anser inte att referensuppdragen bör hämtas in av förvaltningsrätten. Uppgifterna i referensuppdraget utgör enligt Tunstall företagskänslig information, som skulle kunna röjas med hänsyn till Everons partsinsyn om de hämtades in i målet.

Kravet på att visa innehav av kvalitetsledningssystem

I upphandlingsdokumentet anges följande obligatoriska krav (punkt 4.8).

Anbudsgivare ska ha en metod/system för att kvalitetssäkra och följa upp och förbättra i sina levererade uppdrag och som aktivt och löpande tillämpas i företagets verksamhet. Metoden/systemet ska omfatta minst följande delar.

- Kvalitetspolicy för verksamheten
- Rutiner för internrevision eller egenkontroll
- Hantering av avvikelser och förebyggande åtgärder för dessa
- Beskrivning hur man systematiskt arbetar för hög kundnöjdhet

- Namn på företagets kvalitetsansvarige med kontaktuppgifter

Anbudsgivaren uppmanas att begränsa sitt anbud till att omfatta ovanstående innehåll. Efterfrågat innehåll i system ska vara tydligt markerat i anbudsgivarens svar.

Uppfylllandet av kravet visas på ett av två nedanstående sätt:

Alternativ 1

Bifoga dokument som visar företagets metoder och system enligt ovan samt uppgift om två (2) uppdrag där metoden och systemet använts under 2016. Uppdrag ska redovisas i rutan nedan.

Alternativ 2

Bifoga intyg från certifieringsorgan avseende certifierade system som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften. Bifogat intyg ska vara giltigt och vara avsett för anbudsgivaren (observera att det innebär att anbudsgivaren ska vara angiven till namn eller organisationsnummer i bifogat intyg).

Tunstall har gjort gällande att Everons anbud hade bort förkastas då Everon endast lämnat in certifikat från moderbolaget Everon OY. Kommunen anser att Everon klarat kraven i och med inlämnandet av ISO-certifiering för hela koncernen och att Everon har rätt att åberopa annat företags kapacitet. Everon har gjort gällande att Everon både uppfyller kravet på egen hand, genom alternativ 1, och genom att åberopa moderbolagets kapacitet, alternativ 2.

Vidare har Everon å sin sida gjort gällande att inte heller Tunstall uppfyllt kravet i punkt 4.8, då det av Tunstalls företagspresentation, som lämnats i upphandlingen, framgår att Tunstall UK utvecklar och tillverkar delar av den offererade leveransen, samtidigt som Tunstall inte gett in något intyg för Tunstall UK i enlighet med punkt 4.8 och inte heller åberopat Tunstall UK som annans kapacitet eller som underleverantör där så skulle ha skett under punkt 4.6 eller punkt 4.8. Förvaltningsrätten konstaterar att den grundläggande frågan här gäller Tunstall UK:s ställning vid fullgörande av avtal enligt det av Tunstall offererade anbudet.

Har Everon visat innehav av kvalitetsledningssystem enligt alternativ 1?

Everon har anfört att Everon uppfyllt kravet på att visa att det innehar kvalitetssystem enligt alternativ 1 genom att ha redovisat hur kvalitetsledningsarbetet sker i enlighet med kravet och med angivande av två referenser och har härvid hänvisat till en bilagd handling. Tunstall har invänt följande. Den bilagda handlingen utgörs av ett e-postmeddelande mellan kommunen och företrädare för Everon, där det anges att Everon arbetar enligt viss egen bilagd policy. Av bilagan framgår på inget sätt uppgift om två uppdrag där metoden och systemet har använts under år 2016. Everon har mot detta anfört att uppgifter om referensuppdrag lämnats i enlighet med kravet i punkt 4.7 och att kraven i punkt 4.7 och punkt 4.8 hänger samman. Detta förhållande utgör i vart fall ett tillåtet förtydligande. Tunstall anser mot detta att det inte är fråga om ett tillåtet förtydligande.

Det kan konstateras att det enligt instruktionen i alternativ 1 ska lämnas uppgift om två referensuppdrag, utförda under 2016 i enlighet med kvalitetsledningssystemet, i rutan under punkt 4.8. Everon har lämnat uppgift om referensuppdragen under punkt 4.7.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att Everon, genom att ha lämnat uppgifter om referensuppdragen under annan punkt, inte kan anses ha uppfyllt kravet enligt alternativ 1. Även om det finns visst utrymme att i ett anbud lämna uppgifter på annat ställe än det avsedda (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 30 januari 2017, mål nr 2896-16), innebär det faktum att uppgifterna om referensuppdragen lämnats under annan punkt att det inte utan vidare går att utläsa av anbudet om dessa utförts enligt rådande kvalitetsledningssystem. Genom att utelämna uppgifter om referensuppdragen i punkt 4.8 påverkar det negativt den information som förmedlas i anbudet och den upphandlande myndigheten kan således inte utan vidare förlita sig

på att referensuppdragen utförts enligt kvalitetsledningssystemet och att anbudet således uppfyller alla obligatoriska krav.

Everon har vidare gjort gällande att kravet i punkt 4.8, alternativ 1, tillgodoses genom uppgiften om referensuppdragen som lämnats under punkt 4.7, alternativt att Everon gjort ett tillåtet förtydligande av anbudet.

I 4 kap. 9 § LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Åtgärden ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

I det underliggande direktivet till bestämmelsen, Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 (LOU-direktivet), anges följande. Om information eller dokumentation som ska lämnas av de ekonomiska aktörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig eller om särskilda dokument saknas, får den upphandlande myndigheten, såvida inte annat föreskrivs i nationell rätt som genomför detta direktiv, begära att de berörda ekonomiska aktörerna lämnar, kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation inom en lämplig tidsfrist, förutsatt att en sådan begäran görs i full överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet (art. 56.3).

I förarbetena till LOU anges bl.a. följande. Av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för anbud har löpt ut. Det torde därför stå klart att avsikten med direktivbestämmelserna inte är att tillåta materiella ändringar av lämnade anbud. De åtgärder som kan vidtas enligt artikel 56.3 i LOU-direktivet kan enligt regeringens mening sammanfattas med begreppen rättelse av fel, förtydligande och kom-

plettering. Gemensamt för dessa åtgärder är att de inte innebär att anbudet ändras i sak (prop. 2015/16:195 s. 446 f.). Vidare framhålls i förarbetena att bestämmelsen om förtydligande och komplettering bör tillämpas restriktivt (a. prop. s. 977). Det uttalas även att det inte bör spela någon roll vem som tar initiativ till åtgärden och att det därför i de nya bestämmelserna bör anges att den upphandlande myndigheten eller enheten får tillåta eller begära en sådan åtgärd (a. prop. s. 447).

Av ordalydelsen i 4 kap. 9 § LOU framgår att bestämmelsen är fakultativ, dvs. det står den upphandlande myndigheten fritt att välja om den vill utnyttja bestämmelsen.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att Everons lämnade uppgift om att återopade referensuppdrag enligt punkt 4.8 angetts i punkt 4.7 visserligen är en så begränsad åtgärd att den kan rymmas inom ramen för vad som är tillåtet enligt 4 kap. 9 § LOU, men konstaterar samtidigt att uppgiften ifråga inte inlämnats i upphandlingen till den upphandlande myndigheten. Det finns därmed inte skäl för förvaltningsrätten att beakta uppgiften.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att Everon inte har uppfyllt kravet i punkt 4.8 enligt alternativ 1.

Har Everon visat innehav av kvalitetsledningssystem enligt alternativ 2?

Förvaltningsrätten ska därefter ta ställning till om Everon uppfyllt kravet i punkt 4.8 enligt alternativ 2, genom att återopa moderbolagets kapacitet. Det är ostridigt i målet att moderbolaget har ISO certifiering (ISO 9001:2008), vilket framgår av med anbudet inlämnade handlingar.

Det kan inledningsvis konstateras att det enligt uttalande av EU-domstolen, mål C-176/98, Holst Italia, punkt 30, inte är tillåtet att presumera att en le-

verantör förfogar över tredje mans resurser på grundval endast av att de tillhör samma koncern. Det är således nödvändigt att dotterbolaget åberopa moderbolagets kapacitet, att det ställs en moderbolagsgaranti etc. I förevarande mål har med anbudet inlämnats en garanti från Everons moderbolag Everon OY där det intygas att man garanterar dotterbolagets ekonomiska och juridiska åtaganden. Det anges vidare att Everon uppfyller alla krav på förmåga att svara för de i anbudshandlingarna uppräknade åtagandena.

Enligt 14 kap. 6 § LOU får en leverantör för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Frågan är då om regeln omfattar annat företags miljö- och kvalitetsledningssystem.

I de av Tunstall åberopade kammarrättsavgörandena (Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 januari 2015 i mål nr 3914-14 och Kammarrätten i Stockholms dom den 4 juli 2016 i mål nr 1849-16) har det inte ansetts möjligt för en leverantör att åberopa annat företags miljö- och kvalitetsledningssystem. Enligt förvaltningsrättens uppfattning motsägs inte kammarrätternas avgöranden av de av Everon åberopade avgörandena från EU-domstolen, C-176/98, *Holst Italia*, och C-406/14, *Wroclaw*. Det framgår således inte av dessa mål att rätten att åberopa annans kapacitet är oinskränkt på sätt som Everon gjort gällande. Förvaltningsrätten anser inte heller att detta framgår av åberopade uttalanden i förarbetena (prop. 2015/16:195 s. 1095 f. och s. 1263). När det gäller Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 december 2016, mål nr 1949-16, var kravet delvis annorlunda ställt än i föreliggande mål.

Det kan konstateras att ett kvalitets- och miljöledningssystem utarbetas individuellt för det enskilda företaget. Det är således endast detta företag som kan anses vara bundet av de aktuella systemen. Detta synes också ha varit utgångspunkten i upphandlingsdokumentet, där det angivits att bifogat intyg ska vara giltigt och vara avsett för anbudsgivaren, vilket innebär att anbuds-

givaren ska vara angiven till namn eller organisationsnummer i bifogat intyg. Att Everons moderbolag Everon OY för sin egen verksamhet erhållit ISO-certifiering kan inte heller i sig innebära att förvärvade dotterbolag blir bundna av moderbolagets kvalitets- och miljöledningssystem.

Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att Everon OY:s garanti inte innebär att Everon genom att redovisa moderbolagets certifikat kan anses ha uppfyllt kravet beträffande kvalitets- och miljöledningssystem. Everon har således inte heller uppfyllt kravet i punkt 4.8 enligt alternativ 2.

Angivande av underleverantör m.m.

Av Tunstalls företagspresentation, som lämnats i upphandlingen, framgår att Tunstall UK utvecklar och tillverkar delar av den offererade leveransen. Everon har med anledning av detta invänt att Tunstall inte heller åberopat Tunstall UK som annans kapacitet eller som underleverantör under punkt 4.6 eller punkt 4.8. Tunstall har inte heller gett in något intyg för Tunstall UK rörande kvalitetsledningssystem i enlighet med punkt 4.8. Tunstall har å sin sida bestridit att Tunstall UK är underleverantör i upphandlingsrättslig mening (Kammarrätten i Stockholms dom den 7 april 2014, mål nr 567-14).

I Kammarrätten i Stockholms dom den 7 april 2014, mål nr 567-14, angavs att med begreppet "underleverantör" får anses avse varje annan juridisk eller fysisk person som anbudsgivaren avser att anlita för att genomföra hela eller del av uppdraget. Kammarrätten framhöll även att det enligt en direktivkonform tolkning med uttrycket "underleverantör" ska förstås tredje man (third parties) i förhållande till avtalsrelationen mellan anbudsgivaren och den upphandlande myndigheten.

Förvaltningsrätten anser inte att det framgått att Tunstall UK enligt det offererade anbudet kommer att vidta sådana åtgärder som krävs för att fullgöra

avtalet. Det faktum att Tunstall UK levererar produkter till Tunstall innebär inte att Tunstall ska betraktas som underleverantör i upphandlingsrättslig mening. Tunstall hade således ingen skyldighet att i anbudet åberopa Tunstall UK:s kapacitet eller ange Tunstall UK som underleverantör under punkt 4.6. Tunstall hade därmed inte heller någon skyldighet att lämna in handlingar för att styrka Tunstall UK:s kvalitetsledningssystem under punkt 4.8.

Kravet på att visa referensuppdrag

Everon har gjort gällande att Tunstall inte kan ha uppfyllt kravet på referensuppdrag (punkt 4.7) och därvid begärt att förvaltningsrätten ska hämta in uppgifter från upphandlande myndighet i enlighet med HFD 2015 ref. 55. Tunstall har bestridit att kravet inte uppfyllts och även motsatt sig att uppgifterna hämtas in, med hänsyn till risken att känslig affärsinformation kan komma att röjas på grund av Everons partsinsyn.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning föreligger det inte något hinder för Everon att i målet framställa invändningar mot att Tunstall inte uppfyllt upphandlingens obligatoriska krav (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012, mål nr 924-12, och Kammarrätten i Jönköpings dom den 15 mars 2017, mål nr 1507-16).

Det kan konstateras att det är Tunstall, som har den primära bevisbördan dels för att det begåtts ett fel i upphandlingen, dels för att Tunstall, till följd av felet, lidit eller riskerat att lida skada. En förutsättning för att Tunstall skulle kunnat lida skada i upphandlingen är att Tunstall kunnat tilldelas kontrakt.

Everon har i målet anfört invändningar mot att Tunstall skulle ha kunnat lämna efterfrågade referensuppdrag i upphandlingen. Tunstall har endast i

allmänna ordalag bestridit Everons invändningar. Förvaltningsrätten anser att det mot bakgrund av vad som framgått av skriftväxlingen finns tillräckligt starka skäl att betvivla att Tunstall kan ha uppfyllt kravet på referensuppdrag för att det inte utan vidare ska kunna anses som sannolikt att Tunstall kunnat lida skada.

Eftersom det är det sökande bolaget som har den primära bevisbördan för att bolaget till följd av fel i upphandlingen lidit, eller riskerat att lida, skada på grund av felet och det i ett mål om offentlig upphandling i första hand är parterna, som svarar för målets utredning, anser inte förvaltningsrätten att det finns skäl för rätten att vidare efterforska huruvida Tunstall verkligen uppfyllt kravet på angivande av referensuppdrag. Det ankommer istället på Tunstall att svara för att förvaltningsrätten har tillgång till tillräckliga uppgifter – möjligtvis i maskerat skick – för att tillbakavisa Everons invändning om att Tunstall inte kunnat lida skada. Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att det inte i målet framstår som sannolikt att Tunstall lidit, eller riskerat att lida, skada.

Mot ovan bakgrund ska begäran om att förvaltningsrätten ska inhämta uppgifter om referensuppdrag avslås.

Sammanfattning och slutsatser

Förvaltningsrätten har i målet funnit att Everon inte uppfyllt kravet enligt upphandlingsdokumentets punkt 4.8 på att visa innehav av kvalitetsledningssystem. Tunstall har inte, som invänts av Everon, brustit ifråga om att ange underleverantör enligt punkt 4.6 eller visa underleverantörs kvalitetsledningssystem enligt punkt 4.8. Det har däremot framkommit att det är oklart om Tunstall uppfyllt kravet på att redovisa referensuppdrag (punkt 4.7). Förvaltningsrätten har bedömt att då det ankommer på Tunstall att visa att Tunstall lidit, eller riskerat att lida, skada, det inte finns skäl för rätten

begära in uppgifter om referensuppdrag i enlighet med HFD 2015 ref. 55 då Tunstall motsätter sig detta. Förvaltningsrätten har i konsekvens med detta funnit att Tunstall inte visat att Tunstall lidit, eller riskerat att lida, skada. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.

