



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

**DOM**  
2014-07-14  
Meddelad i  
Uppsala

Mål nr  
1920-14 E  
Enhet 2

**SÖKANDE**

Yara Praxair AB, 556691-1342

Ombud:

Advokat Torbjörn Borg  
Öberg & Heijne Advokatbyrå  
Kungsgatan 16  
632 20 Eskilstuna

**MOTPART**

1. Sveriges lantbruksuniversitet
2. Göteborgs universitet
3. Lunds universitet
4. Örebro universitet
5. Luleå tekniska universitet
6. Linnéuniversitetet
7. Karlstads universitet
8. Högskolan i Borås
9. Högskolan i Skövde

**SAKEN**

Offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2014-07-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 121587

<b>Postadress</b> Box 1853 751 48 Uppsala	<b>Besöksadress</b> Kungsgatan 49	<b>Telefon</b> 018-16 73 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenuppsala@dom.se	<b>Telefax</b> 018-16 73 43	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-16:00
---	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

### BAKGRUND

Ovan angivna motparter har, genom Sveriges lantbruksuniversitet (SLU) gjort en upphandling avseende laboratoriegaser, dnr SLU ua 2014.2.4.4-80. SLU har fattat ett tilldelningsbeslut och antagit anbudet från AGA Gas AB.

### YRKANDEN M.M.

**Yara Praxair AB** (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den rättas på så sätt att anbudet från AGA Gas AB utesluts från utvärderingen av anbuderna och att bolaget tilldelas kontraktet. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

I förfrågningsunderlaget anges som krav att i de fall en anbudsgivares ekonomiska stabilitet garanteras av moderbolag, eller annat bolag, ska civilrättsligt bindande intyg om detta bifogas och vara undertecknat av firmatecknare eller fullmäktig för det bolag som garanterar anbudsgivarens stabilitet (1.3.4). AGA Gas AB säljer, enligt sitt svar, i kommission för AGA AB. I svaret anges att den årsredovisning som AGA Gas AB skickar in visar ett "vilande" bolag utan någon direkt verksamhet och att bedömning av den ekonomiska situationen ska ske utifrån AGA AB. Trots att det i anbudet angetts att AGA Gas AB är vilande, inte har något F-skattebevis och som det får tolkas, inte heller har en sådan ekonomisk ställning som krävs, har någon moderbolagsgaranti inte ingetts i anbudet. Enligt upphandlingens förfrågningsunderlag ska F-skattebevis inges varför anbudsgivaren redan av detta skäl inte bort godkännas i kvalificeringsfasen (se kravet i 1.3.2). Eftersom AGA Gas AB är ett vilande bolag, saknar substans och ekonomiska resurser, inte bedriver någon verksamhet och saknar F-skattebevis uppfylls inte förfrågningsunderlagets krav. Då AGA Gas AB inte heller har någon sådan organisation som efterfrågas och som ska säkerställa att uppdraget kan genomföras, inte har någon sådan rating som efterfrågas, samt inte visat att bolaget har en sådan god överlevnadsförmåga på lång sikt som efterfrågas uppfylls heller inte kraven i 1.3.3.

AGA Gas AB har i sitt anbud endast hänvisat till AGA AB såvitt gäller kontroll av kreditvärdighet och upplysningar från Skatteverket. SLU har inte tillämpat de villkor myndigheten ställt beträffande prövningen om anbudsgivarens ekonomiska ställning kan bedömas som godtagbar. Att SLU de facto istället accepterar AGA AB är i strid med gällande rätt och otillåtet då detta företag inte deltar i upphandlingen. Likaså är det i strid med gällande rätt att ett "vilande" bolag kan delta i upphandlingen och samtidigt kvalificeras. SLU äger inte rätt att teckna avtal med en icke-kvalificerad anbudsgivare. SLU:s prövning innebär att myndigheten avser att teckna kontrakt med en fristående och självständig leverantör.

SLU har efter sista anbudsdagen uppmanat AGA Gas AB att komplettera sitt anbud med en moderbolagsgaranti. Anbudsgivaren har på denna uppmaning inkommit med en sådan. En sådan komplettering är otillåten. Eftersom ingen moderbolagsgaranti ingetts med anbudet kan det inte senare, efter anbudstidens utgång, kompletteras. Moderbolagsgarantin innehåller dessutom sådana begränsningar rörande giltighetstid, rätt till överlåtelse och val av svensk rätt att den i sig inte hade bort godtas.

SLU:s agerande har medfört eller riskerar att medföra skada för bolaget. Bolaget har lämnat ett anbud som uppfyller kvalifikationskraven och är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

SLU bestrider bifall till bolagets ansökan och anför i huvudsak följande.

Att AGA Gas AB i sitt anbud angett att företaget är vilande är inte en grund för att diskvalificera företaget. Att AGA Gas AB ger in anbud i upphandlingen och avtalsvis förpliktar sig att leverera är det väsentliga. Under avtalets löptid kommer inte företaget att vara vilande. Det krävs i sak inte heller mycket förberedelser för en kommissionär av gasleveranser att återuppta sin verksamhet.

AGA Gas AB saknar inte, såsom det sökande bolaget anför, F-skattebevis. AGA Gas AB har heller inte uppgett detta utan har endast uppgett att moderbolaget har ett. I förfrågningsunderlaget anges att SLU för egen del kommer att inhämta bl.a. uppgifter om registreringar, inklusive F-skatt.

Det saknas anledning att invända mot moderbolagsgarantin. Att handlingen ingetts efter den sista anbudsdagen är en självklarhet när det är fråga om komplettering. Att garantin är begränsad till giltighetstiden, dvs. att den upphör när AGA Gas AB fullgjort sina kontraktssenliga förpliktelser, följer av dispositiv rätt för borgensförpliktelser och är snarast en truism. Att SLU:s rätt att överlåta garantin är begränsad begränsar inte SLU:s rätt till prestation enligt garantin. Att överlåta garantin till ett factoringföretag är dessutom otillåtet enligt 12 § förordningen (1993:1138) om hantering av statliga fordringar. Att svensk rätt ska gälla för garantin är också i enlighet med dispositiv rätt.

SLU accepterar inte, som bolaget gör gällande, moderbolaget AGA AB som avtalspart. Det är AGA Gas AB som myndigheten har prövat som anbudsgivare och avser att teckna kontrakt med.

Kompletteringen av anbudet i form av ingivande av moderbolagsgarantin har inte varit otillåten. I förfrågningsunderlaget har angetts att anbudsgivaren ska ha en organisation med ekonomiska resurser som säkerställer att uppdraget kan genomföras. Med anbudet angav AGA Gas AB i en inlaga bl.a. att bedömningen av dess ekonomiska situation ska ske utifrån moderbolagets ställning. AGA Gas AB har således åberopat sitt moderbolags kapacitet. Genom att inge moderbolagsgarantin har AGA Gas AB därmed endast kompletterat en handling som redan ingetts. SLU har inte heller ställt som obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget att åtagandet ska inges före anbudsfristens utgång. I princip saknar dessutom bolagets uppfattning, att en handling måste ha getts in med anbudet för att få förtydligas

eller kompletteras, fog. Komplettering får däremot inte leda till att det framstår som att det föreligger ett nytt anbud. En anbudsgivare får inte ändra sitt anbud och därmed vinna kontraktet. Så har inte skett här. Lika-behandlingsprincipen har inte trätts förnär.

### DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling i anledning av de grunder bolaget har anfört till stöd för ett ingripande.

Av 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Bolaget har bl.a. anfört att den vinnande anbudsgivaren hade bort uteslutas då företaget, AGA Gas AB, inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav på ekonomisk ställning. AGA Gas AB är vilande och saknar F-skattebevis. Senare inkommen moderbolagsgaranti utgör en otillåten komplettering. SLU har häremot invänt att det faktum att ett företag är vilande då anbudet läggs inte utgör något hinder att lägga anbud, att AGA Gas AB faktiskt har ett F-skattebevis och att företaget får anses ha åberopat moderbolagets kapacitet för fullgörande av kontraktet. Moderbolagsgarantin utgör en tillåten komplettering.

Förvaltningsrätten delar SLU:s uppfattning att det faktum att AGA Gas AB var ett vilande bolag, vid tidpunkten då anbudet lämnades, inte i sig utgör

ett hinder för att godta företaget som leverantör, om det kan förväntas kunna fullgöra sina förpliktelser under avtalstiden. Det har också visats av SLU att AGA Gas AB innehar ett F-skattebevis. Ingenting annat har heller framkommit än att det är AGA Gas AB och inte AGA AB som är avsedd kontraktspart.

Det är i målet ostridigt att AGA Gas AB inte ensamt uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav på ekonomisk kapacitet. Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till om AGA Gas AB ska anses ha åberopat annan leverantörs kapacitet i enlighet med 11 kap. 12 § LOU. Enligt nämnda bestämmelse får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Detta ska ske när anbud lämnas (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 19 juni 2013 i mål nr 1439-13).

AGA Gas AB har i sitt anbud bl.a. uppgett följande.

*AGA Gas AB säljer i kommission för AGA AB. Vid kontroll av vår kreditvärdighet och begäran av upplysningar från Skatteverket skall AGA ABs organisationsnummer 556009-1331 användas.*

Enligt förvaltningsrättens bedömning får AGA Gas AB anses ha åberopat moderbolagets ekonomiska kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU genom att hänvisa till det i anledning av kontroll av kreditvärdigheten. AGA Gas AB har däremot inte inkommit med något åtagande vid inlämnande av anbud. Som framgår av mål C-176/98, Holst Italia, punkt 30, är det inte tillåtet att presumera att en tjänsteleverantör förfogar över tredje mans resurser på grundval endast av att de tillhör samma koncern. En moderbolagsgaranti inlämnades, på begäran av SLU, efter sista anbudsdagen. Frågan är om detta ska ses som en tillåten komplettering av anbudet.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis ingen anledning att anmärka på moderbolagsgarantins utformning såvitt gäller giltighetstid, begränsning av rätt till överlåtelse och lagval.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får den upphandlande myndigheten 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 kompletterrar 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 rättelser, 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 komplettering av handlingar, 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 (se 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 ett upphandlingsförfarande kan kon-

trolleras objektivt (mål C-336/12, Manova A/S, punkt 42). Kammarrätten i Göteborg tillät likaså i dom den 20 januari 2019 i mål nr 7217-08 en komplettering av ett registreringsbevis. Kammarrätten förklarade att det innehåll sådana myndighetsupp-gifter, såsom uppgift om behörig firma-tecknare, som inte i sig påverkade innehållet i anbudet och som hade funnits tillgängligt hos Bolagsverket före anbudstidens utgång.

Situationen har dock bedömts annorlunda när kompletteringen avsett bevis om förfogande över annat företags resurser. Sålunda fann Kammarrätten i Stockholm i dom den 24 juni 2013 i mål nr 4596-13 att en upphandlande myndighet felaktigt tillåtit en anbudsgivare att efter anbudstidens utgång inkomma med bevis för att det förfogade över ett annat företags resurser. En sådan begäran kunde nämligen inte innebära att en uppgift endast konkretiserades eftersom förtydliganden eller kompletteringar inte får leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs. I Kammarrättens i Sundsvall dom den 6 mars 2013 i mål nr 240-13 godtogs däremot en anbudsgivares komplettering av anbudet genom att denne senare fick inkomma med ett samarbetsavtal som hade ingåtts före upphandlingen.

Om en anbudsgivare, som åberopat annat företags kapacitet men inte inlämnat något bevis om förfogande över denna, genom den upphandlande myndighetens begäran fick möjlighet att komplettera med bevis senare, skulle det kunna ge anbudsgivaren en otillbörlig fördel. I vissa fall skulle nämligen annat företags kapacitet kunna åberopas innan det stod klart att anbudsgivaren verkligen förfogade över denna. Liknande problem kan tänkas uppkomma när det gäller komplettering genom ingivande av moderbolagsgaranti.

AGA Gas AB avser att sälja i kommission för AGA AB. Utgångspunkten för ett kommissionsförhållande är att huvudmannen (kommittenten) tillhandahåller kommissionären varor som denne utan att förvärva dessa säljer



till kunder i eget namn men för huvudmannens räkning. Ett kommissionsavtal innebär således regelmässigt att kommissionären har en ekonomiskt och organisatoriskt underordnad ställning i förhållande till sin huvudman.

Den aktuella kompletteringen gjordes på begäran av den upphandlande myndigheten. AGA Gas AB redovisade bolagets underordnade ställning i förhållande till moderbolaget genom att i anbudet dels hänvisa till moderbolagets kreditvärdighet, dels ange att försäljningen var i kommission.

Dessa omständigheter innebär enligt förvaltningsrättens uppfattning att kompletteringen i form av ingivande av moderbolagsgarantin inte innebar en otillåten förändring av det ursprungliga anbudet och att kompletteringen därför inte skedde i strid med LOU. Det förhållandet att moderbolagsgaranti var daterad den 25 mars 2014, dvs. efter sista anbudsdag den 10 mars 2014, förändrar inte denna bedömning. AGA Gas AB har därmed uppfyllt kraven i upphandlingen på ekonomisk kapacitet. Ansökan om överprövning ska med anledning härav avslås.

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



Klas Innerstedt

rådman

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.

