

PM 2 2007-04-25 SLUTLIG BEDÖMNING

*Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling.*

**Askersunds kommun har vid upphandling av slamtransporter utan sakligt skäl uteslutit viss anbudsgivare i upphandlingen. Endast en anbudsgivare, vilken tidigare under lång tid och utan föregående offentlig upphandling hade anlitats av kommunen, kvarstår därmed för kontraktsskrivning.**

Askersunds kommun har genom bland annat annons i Anbudsjournalen inhämtat anbud på tjänster för slamtransporter under perioden den 1 april 2007 till och med den 31 mars 2009 med möjlighet till förlängning av avtalstiden i två omgångar om vardera ett år (2 +1+1).

Av förfrågningsunderlaget, daterat den 11 december 2006, framgår att upphandlingen skall komma att handläggas som en s.k. förenklad upphandling, samt att "Anbudet *skall vara skriftligt, avgivet på svenska samt undertecknat av behörig företrädare hos anbudsgivaren*". Vidare anges på annan plats i underlaget att "Anbudsgivare för att verifiera belastningar inte föreligger [...] skall fylla i efterfrågade uppgifter samt undertecknat[till förfrågningsunderlaget] bifogat anbudsförmulär". Till underlaget finns bifogat ett formulär rubricerat "ANBUDSFÖRMULÄR FÖR FÖRETAGET" där utrymme lämnas för anbudsgivare att fylla i namn, adress, organisationsnummer, kontaktperson m.m., men även för att redovisa bl.a. vilket antal anställda företaget har samt huruvida företaget är registrerat för olika skatter och avgifter. Längst ned på anbudsförmuläret finns utrymme för att anbudsgivare genom "behörig firmatecknare" skall lämna underskrift.<sup>1</sup>

Systemet med anbudsförmulär förekommer inom entreprenadrätten och vid offentlig upphandling. Normalt avses med anbudsförmulär en blankett som har upprättats av upphandlande part och där anbudsgivare genom underskrift binder sig vid sitt anbud, vilket av utrymmesskäl som regel brukar redovisas i en separat handling.

Vid anbudstidens utgång den 23 januari 2007 hade inkommit två anbud, från Anbudsgivare X respektive Anbudsgivare Y, vilka båda är ledande privata renhållningsföretag i Sverige.<sup>2</sup> Anbudsgivare X har under en längre tid anlitats av kommunen för aktuella transporter, utan att avtalsförhållandet har varit föremål för annonserad offentlig upphandling. Den nu aktuella upphandlingen har kommit till bl.a. efter påtryckningar från Anbudsgivare Y.

Anbudet från Anbudsgivare Y innefattade blanketten "ANBUDSFÖRMULÄR FÖR FÖRETAGET" i samtliga delar ifylld samt undertecknad av verkställande direktören, jämte en skriftlig redovisning av anbudet och dess innehåll i samtliga delar, registreringsbevis för företaget samt föreskrivna bilagor i form av Skatteverkets blankett SKV 4828, bevis om kvalitetscertifikat, bevis om erforderliga tillstånd m.m.

Beslut om tilldelning i upphandlingen fattades den 2 februari 2007. Av ett meddelande rubricerat "TILLDELNINGSBESKED" som skickades samma dag framgår att anbudet från Anbudsgivare Y inte upptagits till slutlig anbudsprövning. Bland annat anges följande: "Tyvärr uppfyllde inte Ert anbud kvalificeringskraven vad gäller obligatoriska krav på anbudet. I förfrågningsunderlaget är det angivet följande avseende anbudets form och innehåll, "Anbud skall vara skriftligt, avfattat på svenska samt undertecknat av behörig företrädare hos anbudsgivaren" Det anbud Ni lämnat saknar underskrift".

<sup>1</sup> Av anbudsupplägget framgår också att "Upphandlingen avslutas med ett skriftligt avtal med antagen/antagna leverantörer som undertecknas av parterna" jämte hänvisning till en till underlaget bilagd avtalsförlaga.

<sup>2</sup> Anbudsgivare X ingår i en koncern som Sverige, Norge, Danmark, Estland och Polen omsätter c:a 3 miljarder kronor per år inom avfalls- och återvinningssektorn. De svenska koncernbolagen, vilka svarar för omkring 80 procent av den totala omsättningen, har knappt 1.800 anställda på ett 80-tal orter i Sverige. Anbudsgivare Y ingår i en internationell koncern med en omsättning på c:a 400 miljarder kronor per år inom främst sektorerna för energi och återvinning. Det svenska bolaget omsätter c:a 1,8 miljarder kronor per år och har ca 1.100 anställda på ett 60-tal orter i Sverige.

Värdet av den aktuella upphandlingen kan uppskattas till c:a 25.000 kronor per månad eller totalt 300.000 kronor per år. Med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelser<sup>3</sup> uppgår det samlade s.k. *kontraktsvärdet* av upphandlingen således till uppskattningsvis 1,2 miljoner kronor under den aktuella kontraktstiden, inklusive förlängningsår.

### Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som därmed äger samband regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för landtransporter, avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör s.k. A-tjänster (kategori 2 respektive 16) enligt en bilaga A till LOU, vilka om det samlade kontraktsvärdet<sup>3</sup> understiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor<sup>4</sup> skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Enligt lagens huvudregel skall alla upphandlande enheter iakttä affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens (1 kap. 4 § LOU).

I förarbetena till LOU motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>5</sup> (jfr. art. 7 i EG-fördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrens-snedvridande sätt, men också för att skydda skattebetalarna mot onödigt höga kostnader.

Bestämmelserna i LOU bygger på ett antal principer som har sitt ursprung i EG-fördraget, bl.a. principerna om proportionalitet och transparens. Enligt den s.k. *proportionalitetsprincipen* måste krav som uppställs vid offentlig upphandling vara relevanta och proportionella i förhållande till det syfte som skall uppnås med kravet. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste även vara rimligt ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som den olägenhet som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerlig i förhållande till nyttan för det allmänna. Principen omfattar både de formella (anbudets form) och de materiella (anbudets innehåll) förutsättningarna för anbudsgivningen.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning skall genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ (det är detta steg som tydligast framträder i domstolens praxis). För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.<sup>6</sup> EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna skall tolkas i ”funktionella termer”, d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas.<sup>7</sup>

Enligt den s.k. *transparensprincipen* skall upphandlingsprocessen vidare kännetecknas av förut-sebarhet och öppenhet. Anbudsforutsättningarna måste framstå klart och tydligt för anbudsgivarna. Krav eller bestämmelser med avgörande betydelse för anbudsgivningen får inte döljas eller göras beroende av en rent subjektiv tolkning i efterhand av viss föreskrift.

Proportionalitets- och transparensprinciperna hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer. Bestämmelserna i LOU skall därför, oavsett upphandlings-form,<sup>8</sup> tolkas mot bakgrund av dessa principer.

<sup>3</sup> Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

<sup>4</sup> Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006.

<sup>5</sup> Prop 1992/93:88, sid. 59-60.

<sup>6</sup> Se Grainne de Búrca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, Yearbook of European Law vol. 13, 1993, sid. 146.

<sup>7</sup> Se vidare Nämnden för offentlig upphandling, yttrande den 8 maj 2006 ”*Fråga om proportionalitetsprincipen och krav på erfarenhet från landsting eller kommun*” (2005/0138-21).

<sup>8</sup> De allmänna principernas generella giltighet, således även på upphandlingar som i och för sig inte omfattas av gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiven, framgår bl.a. av EG-domstolens dom den 3 december 2001 i målet *Vestergaard* (C-59/00). Se även domstolens dom den 7 december 2000 i målet *TeleAustria och Telefonadress* (C-324/98). Flera andra mål rörande förhållanden utanför direktivens direkta tillämpningsområde är för närvarande anhängiggjorda vid EG-domstolen eller föremål för EG-kommissionens granskning.

Förutsättningarna för anbudens form och giltighet vid offentlig upphandling regleras bland annat genom 1 kap. 19 § respektive 6 kap. 5 § LOU, i dess nuvarande lydelse. Enligt dessa bestämmelser skall som huvudregel anbud lämnas *skriftligen*. En upphandlande enhet får emellertid tillåta att anbud lämnas genom elektronisk överföring eller på annat sätt.<sup>9</sup> Enheten får i så fall begära att anbudet skall bekräftas omgående. Bekräftelsen skall lämnas skriftligen eller, om enheten tillåter det, på annat sätt. Enheten skall i en annons eller i förfrågningsunderlaget ange hur anbud får lämnas.

En i detta sammanhang uppkommande fråga är huruvida skriftlighetskravet i LOU skall tolkas som en föreskrift om att anbud för att vara giltiga måste vara egenhändigt undertecknade av behörig firmatecknare. Detta skulle i sådant fall medföra att anbud som vid anbudsöppningen saknar behörig underskrift automatiskt skall förkastas ur upphandlingen.

Tidigare fanns i 1 kap. 19 § LOU intaget ett krav på att anbud som lämnades muntligt eller genom telegram måste bekräftas genom en ”egenhändigt undertecknad handling”. Detta krav har efter en lagändring år 2000<sup>10</sup> numera strukits ur bestämmelserna, vilket av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har tolkats som att underskrift inte längre utgör något formkrav för anbudets giltighet.<sup>11</sup> Det står heller inte att läsa i förarbetena till den nya bestämmelsen att skriftlighetskravet innefattar krav på egenhändig namnunderskrift<sup>12</sup> och i rättspraxis<sup>13</sup> har kravet på skriftlighet inte ansetts innebära även att anbudet måste vara egenhändigt undertecknat. Förekommande underskrift skall enligt rättspraxis och av vad NOU har uttalat närmast beaktas som ett bevis som syftar till att binda anbudsgivaren vid anbudet. Nämnden har därför betonat vikten av att anbudet ändå undertecknas. Den upphandlande enheten riskerar annars att hamna i situationen att den anbudsgivare som antagits, av olika skäl, inte vill stå vid anbudet. Önskemål om egenhändig underskrift sammanhänger således med upphandlarens behov av att säkerställa att anbudet verkligen har lämnats i behörig och för anbudsgivaren civilrättsligt förpliktande ordning, men utgör ingen formell förutsättning för anbudets giltighet.<sup>14</sup>

Den upphandlande enheten kan i annonsen eller förfrågningsunderlaget för upphandlingen även ange som ett s.k. skall-krav att anbudet skall vara egenhändigt undertecknade. Villkoret utgör i sådant fall ett upphandlingskrav som får bedömas bl.a. mot bakgrund av proportionalitets- och transparensprincipernas krav på relevans och tydlighet. Om det på annat sätt i anbudet bekräftas att anbudsgivaren står för sitt anbud saknas enligt rättspraxis<sup>13</sup> anledning att uppställa ett undertecknande som krav för anbudets giltighet.

<sup>9</sup> Vad som skall förstås med ”*annat sätt*” är emellertid inte klarlagt. Kravet på skriftlighet innebär enligt äldre förarbeten att anbud inte får lämnas muntligen (prop. 1992/1993:88, sid. 70). Huruvida 2001 års lagändring har kommit att ändra detta förhållande genom att tillåta även muntliga anbud, framstår som oklart. Formkravet på annons eller, i förekommande fall, skriftligt förfrågningsunderlag enligt 1 kap. 22 § samt 6 kap. 12 § kvarstår dock. Vidare medför dokumentationskravet i 6 kap. 13 § LOU att vid upphandling enligt 6 kap. LOU det muntliga anbudets innehåll i vart fall måste dokumenteras i någon form.

<sup>10</sup> Se lagen (2000:877) om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>11</sup> Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), NOU-info december 01, sid 3.

<sup>12</sup> Se prop. 1999/2000:128.

<sup>13</sup> Se Svea Hovrätt dom den 21 december 2005 i mål T1432-05. Domstolen anförde i ett mål om skadestånd enligt LOU bland annat följande: ”*Ett krav på egenhändig underteckning brukar normalt ha till syfte att avgöra om inlagan härrör från rätt person (jfr NJ 1991 s 407 och 595). En underskrift kan därför mer betraktas som ett bevismedel för att anbud verkligen har lämnats av behörig person. Om det på annat sätt bekräftas att anbudsgivaren står för sitt anbud finns inte anledning att uppställa ett undertecknande som krav för anbudets giltighet. I detta fall har det av de efterföljande kontakterna klarlagts att [Anbudsgivaren] lämnat anbudet*”.

<sup>14</sup> Avseende frågan om *vem* som skall underteckna anbud har NOU tidigare (i december 2001) understrukit vikten av att undertecknande i förekommande fall sker av behörig firmatecknare. I fråga om underskrifter på upphandlingskontrakt har nämnden emellertid senare (i december 2006), uttalat att allmänna civilrättsliga regler på förmögenhetsrättens område får anses vara tillämpliga. Således kan enligt nämnden en person med s.k. ställningsfullmakt vara behörig att underteckna upphandlingskontrakt på parts vägnar. Denna princip har en sådan vidsträckt användning på ett aktiebolags personal att även andra än bolagets firmatecknare har makt att sluta avtal för bolaget, om det är sedvanligt att personer i deras ställning sluter avtal av det slag som det är fråga om. I den mån en upphandlande enhet skulle ha ställt upp strängare krav, gäller dock dessa enligt nämnden. Har den upphandlande enheten däremot endast lämnat föreskrift om att upphandlingskontraktet skall vara undertecknat av behörig företrädare eller motsvarande, kan det enligt nämnden inte innebära annat än att allmänna civilrättsliga regler är tillämpliga för att bedöma behörigheten. I här aktuellt avseende skiljer sig inte kontraktsskrivning från anbudsgivning, eftersom båda rättshandlingarna medför civilrättsligt bindande verkan. Det saknas därför anledning att anta att vad NOU har angivit om formregler för kontraktsskrivningen inte skall äga motsvarande tillämpning även för anbudsgivningen. Således torde det räcka med att ett anbud är undertecknat av en person med ställningsfullmakt, som inte behöver vara firmatecknare.

Enligt 1 kap. 21 § respektive 6 kap. 8 § LOU får en upphandlande enhet medge att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Enheten får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Från praxis förtjänar i sammanhanget framhållas ett lagakraftvunnet avgörande från Länsrätten i Norrbottens län, publicerat i RÅ 2002 ref. 5, där en upphandlande enhet tvingades medge viss anbudsgivare möjlighet att i efterhand komplettera sitt anbud med föreskriven underskrift.

Piteå kommun hade i upphandlingsunderlaget för en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU avseende transport-tjänster (skolbusstransporter angivits som en särskilt föreskrift (skall-krav) att anbuden skulle lämnas skriftligen och vara undertecknat av behörig firmatecknare. En anbudsgivare, vars i övrigt skriftliga anbud hade förkastats eftersom det saknade föreskriven underskrift, begärde i länsrätten möjlighet att i efterhand komplettera anbudet med föreskriven underskrift. Länsrätten biföll talan och förordnade att upphandlingen fick avslutas först sedan den klagande leverantören fått komplettera sitt anbud med underskrift och kommunen utvärderat deras anbud. Till stöd härför angav länsrätten bland annat att det aktuella felet är uppenbart och att en komplettering med underskrift inte kan innebära någon särbehandling eller konkurrensbegränsning eller risk för diskriminering genom att anbudet ändras. Kommunen borde därför ha låtit bolaget komplettera anbudet med underskrift samt utvärderat detta anbud.<sup>15</sup>

Offentlig upphandling avslutas genom lagakraftvunnet s.k. upphandlingskontrakt, d.v.s. ett skriftligt avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt LOU och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur (se 1 kap. 5 § LOU)<sup>16</sup>. Innan upphandlingen har avslutats kan en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § LOU väcka talan om s.k. överprövning i allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) i syfte att tvinga fram rättelse eller att upphandlingen skall göras om. Av 7 kap. 1 § LOU framgår att överprövning kan ske fram till den tidpunkt då det (1) föreligger ett kontrakt grundat på en lagligen genomförd upphandling samt (2) tio dagar har förflutit från det att meddelande om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § LOU har lämnats.<sup>17</sup>

En upphandlande enhet som har fattat ett felaktigt tilldelningsbeslut kan, enligt vad NOU har uttalat och vad som senare även fastställts i rättspraxis, ompröva detta genom ny tilldelning, utan att saken behöver göras till föremål för överprövning i domstol.

NOU uttalade i ett yttrande till Kammarrätten i Sundsvall att det inte finns något ”hinder mot att en upphandlande enhet på eget initiativ rättar eller omprövar sin utvärdering av inkomna anbud eller sitt tilldelningsbeslut under förutsättning att grund för rättelse eller omprövning föreligger. Det torde [enligt nämnden] heller inte finnas något hinder mot att rättelse eller omprövning sker med anledning av att en anbudsgivare uppmanat den upphandlande enheten att vidta rättelse eller omprövning. [...] Rättelse eller omprövning får inte göras i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och LOU och därmed gynna viss leverantör, eller så att de grundläggande principerna träds förnär.”<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Se RÅ 2005 ref. 5: Det refererade avgörandet från Länsrätten i Norrbottens län meddelades genom dom den 27 april 2001 i mål nr 847-01E. Domen överklagades av den först tilldelade leverantören. Kammarrätten i Sundsvall (majoriteten) beslutade den 23 maj 2001 i mål 1396-2001 att avvisa överklagandet på den grunden att klaganden inte utgjorde part i målet (processen i länsrätten hade ju varit mellan kommunen och den leverantör som fått sitt anbud förkastat). Regeringsrätten meddelade prövningstillstånd (mål 3821-2001) och konstaterade att kammarrättsmajoritetens avvisningsbeslut var riktigt. Eftersom den bakomliggande upphandlingen dämera hade avbrutits avskrev Regeringsrätten målet. Prövningen inskränktes enbart till talerätsfrågan.

<sup>16</sup> Civilrättsligt förpliktande bundenhet kan emellertid uppkomma redan innan upphandlingen har avslutats. Enligt lagförarbetena följer upphandlingsrätten i här aktuellt avseende allmänna civilrättsliga bestämmelser på förmögenhetsrättens område, vilket bland annat innefattar avtalslagens (1915:218) huvudregel att, om inte annat har överenskommit eller följer av branschpraxis, civilrättsligt förpliktande avtal uppkommer redan i och med att ett anbud besvaras med ett accepterande meddelande (en s.k. accept, exempelvis i form av ett till anbudsgivaren ställt meddelande om tilldelning). Om den upphandlande enheten vill skydda sig från civilrättslig bundenhet innan upphandlingen har avslutats (och förfarandet således fortfarande kan göras till föremål för överprövning i domstol) bör enheten därför se till att i förfrågningsunderlaget ange att bindande civilrättslig verkan uppkommer enbart genom ett upphandlingskontrakt. För tiden fram till upphandlingens avslutande kan enheten vidare välja att ingå ett villkorat avtal (se prop. 2001/02:142 s. 78 f).

<sup>17</sup> Av aktuella lagförarbeten (prop. 2001/02:142 sid. 102) framgår därför att ”Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda”.

<sup>18</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU) yttrande den 9 december 2003 till Kammarrätten i Sundsvall i mål 621-06 (dnr 2003/0289-29). Innebörden av nämndens yttrande lades även till grund för kammarrättens bedömning (beslut den 23 augusti 2006).

Oaktat möjligheterna till överprövning och självrättelse kan i fall av överträdelse av LOU en fördelad leverantör även begära att den upphandlande enheten skall utge skadestånd. Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med ”uppkommen skada” avses enligt lagförarbetena inte bara onödiga kostnader utan även utebliven handelsvinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört.<sup>19</sup> Enligt vad Lagrådet uttalat<sup>20</sup> torde skadestånd även kunna komma ifråga i s.k. negativt kontraktsintresse, d.v.s. för onödigt nedlagda kostnader för anbudsförfarande m.m. Talan om skadestånd enligt LOU skall väckas vid allmän domstol (tingsrätt) inom ett år från den dag upphandlingskontrakt föreligger. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets<sup>21</sup> regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt. Enligt svensk rätt är förutsättningarna för att föra talan om skadestånd inte beroende av om saken tidigare har prövats i en process om överprövning<sup>22</sup>. Senare gemenskapsrättslig praxis<sup>23</sup> kan emellertid tolkas så att det finns en möjlighet att i svensk lag införa en preklusionsbestämmelse med denna innebörd. Detta har emellertid inte skett.

---

<sup>19</sup> Se prop 1992/93:88, sid. 103.

<sup>20</sup> Se prop 1992/93:88 sid 140-141 samt 103.

<sup>21</sup> 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d).

<sup>22</sup> Högsta domstolens majoritet har i NJA1998 s 873 inte velat ange underlåtelse att begära överprövning enligt 7 kap 1 § LOU som exempel på sådan jämkningsgrund där leverantör inte skulle anses tillräcklig ha sökt begränsa sin skada (jfr. domstolsmajoritetens motivering med minoritens). För närvarande prövas vid Göta Hovrätt (mål. 3305-06) en tingsrättsdom där underlåtelse att begära överprövning däremot medfört jämkning av upphandlingsskadestånd (Norrköpings tingsrätt, dom den 23 november 2006 i mål T 1929-03).

<sup>23</sup> Se EG-domstolens dom den 12 februari 2004 i målet *Grossmann Air Service* (C-230/02).

### Yttrande

Askersunds kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört att anbudet som inkommit från Anbudsgivare Y saknar underskrift av behörig företrädare. Däremot finns det en namnteckning på en bilaga till anbudet. Bilagan benämnd "Anbudsformulär för företaget" och avser endast ett intyg att företaget är fri från hinder att delta i upphandlingen. Namnteckningen gäller alltså bara ett intyg och är inte ett undertecknande av anbudet. NOU har uttalat att anbud som saknar underskrift skall förkastas om detta krävs i annons eller förfrågningsunderlag. Den upphandlande enheten och inte leverantören avgör om ett ofullständigt anbud skall få kompletteras eller ej.

Kommunen har haft flera kontakter med Anbudsgivare Y varvid bolaget uppmanats till att begära överprövning enligt LOU. Bolaget har emellertid avböjt sådan prövning, och angivit att man istället överväger att begära skadestånd. Vid en sådan prövning kan enligt kommunen göras gällande att Anbudsgivare Y inte tillräckligt har sökt begränsa sin skada genom att underlåta att söka rättelse genom överprövning.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Den aktuella upphandlingen av slamtransporttjänster avser ett sådant samlat kontraktsvärde att bestämmelserna i 6 kap. LOU skall tillämpas.

Av utredningen i ärendet framgår att Askersunds kommun har uppställt ett skall-krav i upphandlingen med innebörd att anbud skall vara undertecknat av en behörig företrädare hos anbudsgivaren. Till förfrågningsunderlaget har kommunen vidare fogat ett särskilt anbudsformulär med plats för bland annat egenhändig underskrift av behörig firmatecknare.

Vid anbudstidens utgång hade det inkommit två anbud, däribland ett anbud från Anbudsgivare Y där behörig firmatecknare hade undertecknat kommunens obligatoriska formulär "Anbudsformulär för företaget" (vilket ingick i anbudshandlingarna), men inte någon av de övriga handlingarna. På grund av detta förkastade kommunen anbudet, eftersom detta uppgavs ha saknat föreskriven underskrift.

Som framgår av redovisad praxis utgör det inte något obligatorisk förutsättning för anbuds giltighet att detta är undertecknat. Förekommande underskrifter får snarast ses som ett bevismedel för att klargöra vem som är rätt anbudsgivare samt under anbudets giltighetstid binda anbudsgivaren vid anbudet. Det kan därför, och mot bakgrund av den s.k. proportionalitetsprincipen, sättas ifråga om rena proformakrav på undertecknande kan komma ifråga så länge den upphandlande enhetens behov av klarläggande i nu aktuella avseenden kan tillgodoses på något annat sätt, exempelvis genom att de sammantagna omständigheterna inte lämnar utrymme för tvekan avseende vem som är anbudsgivare eller om anbudet avser en bindande förpliktelse.

I det aktuella fallet har Anbudsgivare Y avgivit en fullständig avsiktsförklaring innefattande anbud som bolaget, vid ett omvänt förhållande, knappast har kunnat backa från. Det kan således inte råda någon tvekan om att bolaget är civilrättsligt bundet av anbudet, även om detta inte skulle ha varit undertecknat. Dessutom har i anbudet ingått ett ifyllt och underskrivet anbudsformulär vilket, enligt vad som är vanligt inom entreprenadrätten, även får anses innebära att anbudet är undertecknat. I varje fall har Anbudsgivare Y haft rimlig anledning att tro att det räcker med att anbudsformuläret har varit undertecknat. Varje annan tolkning måste anses strida mot transparensprincipens krav på tydlighet och förutsebarhet.

Att mot denna bakgrund, utan ytterligare utredning förkasta anbudet från Anbudsgivare Y kan knappast anses affärsmässigt. Åtminstone borde Askersunds kommun, om det överhuvudtaget har rätt någon tvekan huruvida Anbudsgivare Y faktiskt avsåg att stå fast vid anbudet, först ha givit bolaget möjlighet till ett klarläggande förtydligande eller komplettering enligt 6 kap. 8 § LOU. Den eventuella bristen i anbudet förefaller oavsiktlig och en komplettering med underskrift kan

inte anses innebära någon särbehandling eller konkurrensbegränsning eller risk för diskriminering genom att anbudet ändras. Upphandlingen har därför inte handlagts på ett affärsmässighet och objektivt sätt enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU. Konkurrensen på den lokala marknaden för renhållnings- och transporttjänster har därvid kommit att snedvridas.