



SÖKANDE

Målericompaniet AB, 556645-9037

Ombud: Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB
Västerled 33
245 64 Hjärup

MOTPART

Nacka Kommun, 212000-0167

Ombud: Advokat Johan Stern
Jur.kand. Björn Bergström
Ramberg Advokater KB
Box 3137
103 62 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

YRKANDEN M.M.

Nacka Kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende ramavtal för måleriarbeten 2018 (KFKS 2017/1221). Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Enligt tilldelningsbeslut den 29 mars 2018 har kommunen antagit ett annat anbud än det som lämnats av MåleriCompaniet AB (MåleriCompaniet).

MåleriCompaniet yrkar i första hand att upphandlingens utvärdering ska göras om med beaktande av bolagets anbud. MåleriCompaniet yrkar i andra hand att upphandlingen skall göras om. Till stöd anför bolaget i huvudsak följande.

Kontaktperson för utförande av uppdraget i en entreprenad enligt ABT 06 är ombudet. I 3 kap 1 § ABT 06 anges att vardera parten skall utse ombud för entreprenaden samt att ombudet har behörighet att med bindande verkan företräda sin huvudman i frågor som rör entreprenaden samt att träffa ekonomiska och andra uppgörelser. Samtidigt som det i ska-krav 4.1 anges att anbudsgivaren ska ange kontaktperson för utförande av uppdraget anges i ska-krav 4.4, d.v.s. under samma huvudrubrik 4.0 Organisation och CV, att CV för ombudet skall bifogas anbudet. MåleriCompaniet har bifogat CV för ombudet och i detta klart angett exakt den i ska-krav 4.1 efterfrågade informationen. MåleriCompaniet har således angett den efterfrågade informationen, i den handling som efterfrågats i förfrågningsunderlaget och som avser kontaktperson för utförande av uppdraget. Att diskvalificera ett anbud enbart till följd av att en handling inte fyllts i när de efterfrågade uppgifterna har lämnats på annat ställe i anbudet strider mot proportionalitetsprincipen. I nuvarande fall är dessutom så att de efterfrågade uppgifterna lämnats i en handling som efterfrågats i förfrågningsunderlaget och som avser just kontaktperson för utförande av uppdraget. Som jämförelse kan nämnas att den

vinnande leverantören, Alviks måleri, angett: ” Ombud och kontaktperson är D. A.[...]”. Det är således uppenbart att ombud och kontaktperson är samma sak i en entreprenad reglerad enligt ABT 06.

I AFD.54 anges uttryckligen och uttömmande vilka villkor som gäller för entreprenörens försäkringsinnehåll. Dessa är alltså redan fullständigt reglerade i förfrågningsunderlaget och utgör avtalsinnehåll vilket ska följas av entreprenören: *Försäkringsbevis ska överlämnas till beställaren inom två veckor efter tecknat avtal. Av försäkringsbevis ska framgå att entreprenörens försäkringar minst motsvarar det som framgår av bilaga 1 i AMA AF 12: "Byggandets Kontraktskommittés beskrivning av minimiomfattning för allriskförsäkring och ansvarsförsäkring för entreprenadverksamhet" som ska tecknas enligt AB 04 Kap 5 § 23. Ansvarsförsäkringen ska gälla för entreprenörens skadeståndsskyldighet gentemot tredje man enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler och försäkrat avtal med nedanstående kompletteringar: - Utvidgat skydd för entreprenörer. - Försäkringsskydd för skada enligt miljöskadelagen. - Utvidgat skydd vid förlust av nyckel som lånats av beställaren. Bevis om att förnyad försäkring finns ska överlämnas till beställaren senast en vecka före det att försäkringen går ut.*

I ska-krav 3.3 anges att anbudsgivaren ska ha en adekvat ansvarsförsäkring och vid anmodan kunna uppvisa giltigt försäkringsbevis. Det anges alltså uttryckligen att försäkringsbevis inte behöver bifogas anbudet och det kan därtill konstateras att varken innehållet i försäkringen eller tidpunkten för uppvisande av försäkringsbevis går ihop med vad som anges i AFD.54. Sålunda även här fråga om motstridiga uppgifter i förfrågningsunderlaget. Vad som skulle krävas av en anbudsgivare för att uppfylla det aktuella kravet, som alltså är oproportionerligt i och för sig, skulle vara en närmaste ordagrann upprepning av villkoren i AFD.54. Vid en jämförelse med hur den vinnande leverantören, Alviks måleri, uttryckt sig på denna punkt: *"Ja, vi har försäkring Vi Moderna Försäkringar. Bl.a. Allriskförsäkring och Ansvarsförsäkring om 24 milj. Utöver detta har vi försäkring om 5 milj på 3 person."* kan konstateras att Kommunen godkänt

denna beskrivning trots att den inte motsvarar kravet på försäkring i AFD.54. Detta förhållande leder till frågan om vad som helst i försäkringshänseende skulle kunna beskrivas så länge det är fråga om en beskrivning av något slag. Oavsett vilket är syftet och relevansen av kravet högst oklar. Eftersom försäkringsbeviset är en exakt beskrivning av företagets försäkringar och att detta ska överlämnas till beställaren inom två veckor efter tecknat avtal i kombination med att entreprenadföreskrifternas villkor om försäkring är kravet på en beskrivning av företagets försäkringar i anbudsskedet uppenbart onödigt och därmed i juridisk mening oproportionerligt och olagligt. Det kan därtill konstateras att Kommunen har kvalificerat den vinnande leverantören trots att deras beskrivning inte uppfyller kravet i AFD.54. MåleriCompaniet uppfyller alltså även kravet i FFU 3.3. I vart fall är en diskvalificering av MåleriCompaniets anbud på grund av detta uppenbart oproportionerligt i det att kravet inte fyller någon funktion.

De aktuella kraven som Kommunen ansett att MåleriCompaniet inte har uppfyllt strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna vilket per definition omöjliggör en korrekt genomförd upphandling då felet finns inneboende i förfrågningsunderlaget. Till stöd för MåleriCompaniets andrahandsyrkande kan konstateras att det i AFD.311, d.v.s. i entreprenadföreskrifterna, anges att ombud skall anges vid avrop. Detta villkor går uppenbart inte ihop med förfrågningsunderlagets krav 4.1. Det kan åtminstone konstateras att kravet i 4.1 helt synes sakna något legitimt syfte. Att vid äventyr av diskvalificering kräva att ett anbud innehåller viss information som ändå enligt avtalsvillkoren ska anges vid varje enskilt avrop är uppenbart onödigt och därmed olagligt. Förfrågningsunderlaget innehåller alltså motstridiga uppgifter angående angivande av ombud.

Kommunen bestrider MåleriCompaniets yrkanden och anför i huvudsak följande. Kommunen har genomfört upphandlingen enligt givna förutsättningar i upphandlingen, de grundläggande principerna i 4 kap. 1-2 §§ LOU samt upphandlingslagstiftningen i övrigt. Bolagets anbud har rätteligen för-

kastats och bolaget har därmed varken riskerat att lida eller har lidit någon skada. Bolaget har inte angett kontaktperson i enlighet med ska-krav 4.1 och har inte beskrivit innehållet i sin försäkring i enlighet med ska-krav 3.3. De aktuella kraven är vidare likabehandlande, transparenta samt proportionerliga.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav.

Av praxis (HFD 2016 ref. 37 I och II) framgår att en upphandlande myndighet redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget ska se till att de krav

som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen på så sätt att de är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. Potentiella leverantörer ska kunna utgå ifrån att de krav som anges är så viktiga att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna anbud.

Förfrågningsunderlaget

MåleriCompaniet har anfört att kravet i 4.1 på att anbudsgivaren i ett nedanstående textfält ska ange vem som är kontaktperson för utförande av uppdraget helt synes sakna något legitimt syfte. Enligt förvaltningsrätten har kravet emellertid en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet och kan inte på något sätt anses svårt att uppfylla för en potentiell leverantör. Förvaltningsrätten finner därför att det aktuella kravet inte står i strid med proportionalitetsprincipen eller någon av de andra grundläggande principerna i LOU.

MåleriCompaniet har vidare anfört att ska-kravet i 3.3 på en beskrivning av företagets försäkringar i anbudsskedet är uppenbart onödigt och därmed i juridisk mening oproportionerligt och olagligt. Förvaltningsrätten finner emellertid att även detta krav har en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet och det kan inte på något sätt anses svårt att uppfylla för en potentiell leverantör. Inte heller detta krav står således i strid med proportionalitetsprincipen eller någon av de andra grundläggande principerna i LOU.

Utvärderingen

I målet är ostridigt att MåleriCompaniet inte har angett kontaktperson i ett nedanstående textfält i enlighet med ska-krav 4.1. MåleriCompaniet har anfört att man i begärd handling uppgett ombud vilket enligt bolaget är det-

samma som kontaktperson. Förvaltningsrätten finner emellertid att vad MåleriCompaniet anfört om vad som framgår angående ombud i ABT 06 samt vad Alviks måleri angett i sitt anbud om att deras ombud även är kontaktperson inte innebär att ombud är detsamma som kontaktperson i upphandlingen. Uppgiften om vem som är ombud för är MåleriCompaniet har dessutom inte angetts i aktuellt textfält i enlighet med ska-krav 4.1. Enligt förvaltningsrätten uppfyller anbudet från MåleriCompaniet således inte ska-krav 4.1.

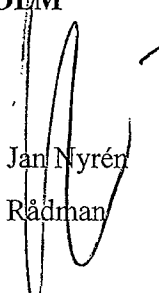
I målet är vidare ostridigt att MåleriCompaniet inte har beskrivit företagets försäkringar i ett nedanstående textfält i enlighet med ska-krav 3.3. Enligt förvaltningsrätten uppfyller anbudet från MåleriCompaniet således inte heller ska-krav 3.3. Då förvaltningsrätten bedömt att de aktuella kraven inte står i strid med proportionalitetsprincipen eller någon av de andra grundläggande principerna i LOU så har kommunen rätteligen förkastat anbudet från MåleriCompaniet.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att kommunen brutit mot proportionalitetsprincipen eller någon av de andra grundläggande principerna i LOU genom att inte utvärdera bolagets anbud. Det saknas därmed anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Jan Nyrén
Rådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.