



**SÖKANDE**

Linfre Education AB, 556746-4440  
Anders Carlssons Gata 9  
417 55 Göteborg

Ombud  
Advokat Roger Wier  
Advokatfirman Morris AB  
Vallgatan 30  
41116 Göteborg

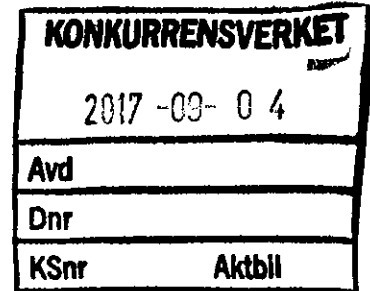
**MOTPARTER**

1. Örebro kommun, Upphandlingsenheten  
Box 30070  
70135 Örebro

2. Caperio AB  
Box 11105  
161 11 Bromma

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Linfre Education AB:s ansökan om överprövning och beslutar att rättelse ska ske på så sätt att en ny utvärdering görs utan beaktande av Caperio AB:s anbud.

## BAKGRUND

Örebro kommun har genomfört en upphandling av elevdatorer med tillhörande tjänster (dnr KS 1013/2016). Anbud ingavs av bland annat Linfre Education AB (Linfre). Kommunen beslutade emellertid att anta anbud från Caperio AB (Caperio).

## PARTERNAS TALAN

Linfre ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand rättelse på så sätt att ny utvärdering ska genomföras utan beaktande av Caperios anbud och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Linfre anför följande.

Caperios anbud skulle rätteligen ha diskvalificerats. Kommunen har uppställt ett stort antal skall-krav, däribland följande två krav:

- Krav att vid åberopandet av annat företags kapacitet bifoga till anbudet ett åtagande eller dylikt som visar att anbudsgivaren förfogar över den åberopade kapaciteten när kontraktet ska fullföljas.
- Krav att offerera ett försäkringsskydd och att anbudsgivaren ska bifoga till anbudet gällande och fullständiga försäkringsvillkor.

Caperio har i sitt anbud visserligen angett att det inte åberopar annat företags kapacitet. Detta är dock ett felaktigt eftersom det framgår av anbudet att Caperio åberopar Caperio Finance AB:s kapacitet avseende en försäkringslösning som Söderberg & Partner förmedlar till Caperio Finance AB. Caperio har inte bifogat något åtagande avseende Caperio Finance AB:s kapacitet. Linfre har kontaktat Söderberg & Partner för att undersöka om Söderberg & Partner förmedlar ifrågavarande försäkring för Caperio Finance AB:s räkning. Det har vid kontakt med Söderberg & Partner visat sig att Caperio Finance AB, och än mindre Caperio, har tillgång till offererad försäkringslösning. Detta innebär att Caperio inte har bilagt några gällande eller fullständiga försäkringsvillkor i enlighet med kravställningen. Caperio

har alltså inte offererat någon försäkringslösning överhuvudtaget. Detta förhållande förklarar dessutom den stora skillnaden mellan de priser som Caperio har offererat i jämförelse med de priser övriga anbudsgivare har offererat.

Örebro kommun motsätter sig bifall till ansökan och anför följande.

Kommunen ställer i förfrågningsunderlaget krav på bevisning enligt LOU 11 kap. 12 § om annat företags kapacitet. Försäkringsmomentet i upphandlingen är inte en del av leverantörskvalificeringen utan en del av avsnitt 3 i kravspecifikationen. Därav har Caperio ej åberopat annat företags förmåga och kapacitet för att fullgöra kontraktet. Kravet i de kommersiella villkoren är att anbudsgivaren ska ha en försäkringslösning vilket inte ska sammanblandas med leverans enligt avtal. Därmed har kommunen godkänt Caperio i leverantörskvalificeringen. Kommun har i kravspecifikationen punkt 4.4 ställt följande krav:

"Leverantören ska med anbudet bifoga:

- kontraktsexempel, med fullständiga försäkringsvillkor.
- förslag till handläggningsrutin för försäkringsärenden.
- förtydliga vilka aktsamhetskrav som krävs för att försäkringen ska gälla.
- tydligt beskriva vilken nedskrivning av ersättningsbeloppet som gäller i de fall då gällande aktsamhetskrav inte uppfyllts. Rutin för hur försäkringsärenden kommuniceras mot elev och målsman"

Till sitt svar har Caperio bifogat "Kontraktsexemplar". Kommunen har inte kravställt att försäkringsförmedlare eller försäkringsgivare ska redovisas i samband med detta utan bara ställt krav på redogörelse av villkor som ska vara i kraft vid avtalets tecknande. Kommunen har fullgjort sin undersökningsplikt i samband med utvärderingen. Kommunen ska kunna förutsätta att bevis som lämnas in i samband med anbudsgivningen är tillräckliga.

Kommunen kommer att kräva av en antagen anbudsgivare att den lever upp till de utfästelser som gjorts i anbudet. Sammanfattningsvis uppfyller Caperios anbud de krav som ställs för leverantörskvalificering samt kraven på vad

som angetts som bevisning i kontraktskrav i punkt 4.4. Kommunen har fullgjort sin undersökningsplikt och kan inte ta hänsyn till de bevis som sökanden i efterhand presenterar.

Linfre tillägger följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att allriskförsäkring ska ingå i offererad utrustning, att leverantören ska bifoga kontraktsexempel med fullständiga försäkringsvillkor samt förslag till handläggningsrutin för försäkringsärenden. Kravställningen blir än mer tydlig om man tar del av frågor och svar i upphandlingen.

"Fråga avseende allriskförsäkring:

Vänligen bekräfta att det är 36 månaders allriskförsäkring som ska inkluderas i lämnade priser på samtliga delspår, är det korrekt?

Örebro kommun: Ja, försäkring som uppfyller de krav vi ställt på just försäkring, och enligt försäkringsvillkor som anbudsgivare bifogar (som ska uppfylla de krav vi ställt i kravspecifikationen)."

Av försäkringsvillkoren i försäkringslösningen som Caperio har offererat framgår tydligt att försäkringsavtalet ska slutas med Caperio Finance AB. Det är alltså inte Caperio som ska stå för, eller ha någon inblandning i, försäkringsskyddet. Som en del i de försäkringsvillkor som Caperio åberopar ingår alltså att Caperio Finance AB, inte Caperio, ska tillhandahålla en försäkring i egenskap av försäkringsgivare samt ingå som part i försäkringsavtalet. Det ingår alltså i Caperios anbud att ett separat avtalsförhållande ska uppstå mellan kommunen och Caperio Finance AB. Det finns ett uttryckligt krav i upphandlingen att anbudsgivaren vid åberopande av andra företags kapacitet ska tillhandahålla ett åtagande från företaget ifråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Det är sålunda uppenbart att Caperio har åberopat annans kapacitet för att uppfylla kravet avseende försäkring men Caperio har inte i sitt anbud tillhandahållit något åtagande eller dylikt som visar att Caperio förfogar över Caperio Finance AB:s resurser vad gäller tillhandahållandet av allriskförsäkring eller att Caperio Finance AB åtar sig att ingå

aktuellt försäkringsavtal. Caperio har de facto åberopat Caperio Finance AB:s tekniska och yrkesmässiga förmåga och kapacitet för att uppfylla ett skall-krav. Det följer inte av kravet enligt förfrågningsunderlaget att kravet på tillhandahållande av åtagande eller dylikt från det företag vars kapacitet åberopas kan, eller ska, begränsas till att endast gälla för uppfyllande av skall-krav för viss del av förfrågningsunderlaget. Kravet på att anbudsgivaren ska tillhandahålla åtagande eller dylikt från företaget ifråga gäller således för varje åberopande av annat företags ekonomiska, yrkesmässiga eller tekniska kapacitet. Dessutom har Linfre visat att Caperio Finance AB inte heller förfogar över den lösning som har presenterats, dvs. att Söderberg & Partner ska förmedla offererad försäkring. Kommunen har inte möjlighet att bortse från uppgifter lämnade av anbudsgivare som innebär att anbudsgivaren inte uppfyller skall-krav (se HFD 2016 ref. I och II). Detta gäller även om bristen i skall-kravsuppfyllnad blivit känd först i samband med överprövningsprocessen (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4904-09). Även om den bristande uppfyllelsen av skall-krav i Caperios anbud inte tidigare uppmärksammats måste alltså dessa uppgifter beaktas nu, oavsett hur långt kommunens skyldighet att självständigt kontrollera uppgifterna i anbuden sträcker sig.

Örebro kommun tillägger följande. Varje anbudsgivare som läser dokumentet med tillräcklig noggrannhet ser att det inte förekommer sammanblandning på det sätt som Linfre gör gällande. Den strategi som Linfre använder att försöka blanda korten och "skjuta på allt" med förhoppningen att rätten delar någon av de synpunkter som lyfts fram är naturligtvis pragmatisk ur ett aktieägarperspektiv men knappast ägnad att ta tillvara de samhällsekonomiska värden som offentlig upphandling ytterst syftar till. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att försäkring är en del av de kommersiella villkoren. Anbudsgivaren ska ange att de har erforderlig försäkring tecknade vid kontraktets fullgörande. Det är vedertaget att underleverantörer innebär sådan leverantör som träder i leverantörens ställe för att utföra hela eller

delar av leverantörens förpliktelser enligt avtalet. Med underleverantörer avses inte de leverantörer som levererar diverse varor och tjänster till avtalsleverantören. Påståendet att vinnande anbudsgivaren inte uppfyller samtliga krav saknar helt bevisvärde.

Linfre tillägger följande.

Som det får förstås anför kommunen att Caperio Finance AB ska träda in i Caperios ställe avseende aktuell försäkring och att det innebär att Caperio Finance AB är Caperios underleverantör. En underleverantör träder dock inte i avtalsleverantörens ställe, utan en underleverantör kan på uppdrag av avtalsleverantören utföra vissa delar av avtalsleverantörens uppdrag. Det uppstår alltså ingen avtalsrelation direkt mellan underleverantören och beställaren. Av kontraktsförslaget som Caperio har fogat till sitt anbud, framgår det att Caperio Finance AB ska ingå avtal direkt med kommunen/eleven, vilket innebär att Caperio Finance AB inte på något sätt kan anses vara underleverantör. Det är därför uppenbart att Caperio åberopar Caperio Finance AB:s kapacitet avseende aktuella försäkringar. Kommunen har tydligt specificerat kraven på en sådan försäkring och ställt tydliga krav på vilka bevis som anbudsgivaren ska ge in avseende offererad försäkring. Det är helt uppenbart att dessa krav är obligatoriska och att dessa ska vara uppfyllda vid anbudets lämnande. Det framgår också tydligt att det är anbudsgivaren som ska erbjuda försäkringen, se bland annat punkten 4.4 samt punkten 4.2, där det anges att "Leverantören ska [...] hantera försäkringsärenden på uppdrag av beställaren" samt sköta all kommunikation i försäkringsärenden. Av Caperios offererade kontraktsvillkor framgår dock tydligt att kommunen ska anmäla alla skador och ärenden till försäkringsgivaren, alltså Caperio Finance AB (se punkt 14 i kontraktsvillkoren). I samma punkt anges tydligt också kontaktuppgifter till Caperio Finance AB. Caperio har alltså som bevis för uppfyllandet av det aktuella kravet åberopat ett kontraktsutkast som innebär att

- Caperio Finance AB ska vara avtalspart med kommunen,

- inte är bindande för Caperio då annan ska sluta avtal med kommunen, samt
- inte innehåller något åtagande från Caperio Finance AB att kontrakt kommer att ingås enligt offererade villkor.

Caperios anbud uppfyller alltså inte kraven i förfrågningsunderlaget avseende återopande av annans kapacitet, alternativt avseende tillhandahållande av försäkring och fullständiga kontraktsvillkor. Caperio har lämnats tillfälle att yttra sig över Linfres ansökan och efterföljande skriftväxling mellan kommunen och Linfre och därvid anfört att man inte har något att tillägga utan hänvisar till kommunens yttranden i målet.

### SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen ska emellertid den upphävda lagen fortfarande gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Upphandlingen gäller elevdatorer med tillhörande tjänster. I förfrågningsunderlagets kravspecifikation (punkt 4.4.) anges att allriskförsäkring ska ingå i offererad utrustning och vidare att leverantören till anbudet ska bifoga bland annat kontraktsexempel, med fullständiga försäkringsvillkor, och tydligt beskriva vilken nedskrivning av ersättningsbeloppet som gäller i de fall då gällande aktsamhetskrav inte uppfyllts. Under punkten 2.8. (Annat företags kapacitet) i förfrågningsunderlaget anges som krav att vid återopandet av annat företags kapacitet ska till anbudet bifogas ett åtagande eller dylikt som visar att anbudsgivaren förfogar över den återopade kapaciteten när kontraktet ska fullföljas.

Linfre gör gällande att Caperio, som antagits som leverantör, inte uppfyllt ovan angivna krav på att till anbudet bifoga ett åtagande eller liknande gällande den försäkring som offererats genom Caperio Finance AB.

Kravet i upphandlingen på att anbudsgivare ska tillhandahålla åtagande eller liknande kan inte tolkas på annat sätt än att det gäller varje återopande av annat företags ekonomiska, yrkesmässiga eller tekniska kapacitet, och således även den i målet aktuella försäkringslösningen. Caperio har visserligen i anbudet angett att man inte återopar annat företags kapacitet men samtidigt offererat en försäkringslösning som annat företag förmedlar till Caperio Finance AB. Det är Caperio Finance AB, och inte Caperio, som kommer att ingå avtal med kommunen. Caperio Finance AB kan därmed inte heller anses som underleverantör till Caperio. Förvaltningsrätten finner sammantaget att Caperio genom den offererade försäkringen har återopat annat företags kapacitet. Något åtagande som visar att Caperio förfogar över Capiero Finance AB:s resurser när det gäller tillhandahållandet av försäkringen har inte bifogats anbudet. Caperio har således inte uppfyllt i upphandlingen ställda skall-krav och skulle därför i enlighet med likabehandlingsprincipen



ha diskvalificerats. Huruvida bristen blivit känd först senare, under processen i domstol, saknar betydelse. Linfres ansökan ska därmed bifallas.

#### HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU).



Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman

Föredragande: Lars Överström



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

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

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

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.