



SÖKANDE

Nobeli Business Support AB, 556016-3247
691 80 Karlskoga

Ombud: Advokat Anders Runebjer
Carlstads Advokatbyrå HB
Drottninggatan 10
652 25 Karlstad

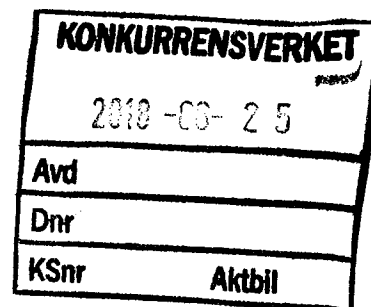
MOTPART

Örebrobostäder AB, 556334-8449
Box 8033
700 08 Örebro

Ombud:
Per-Ola Bergqvist
Linnea Lindberg
Foyen Advokatbyrå i Sverige AB
111 56 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nobeli Business Support AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Örebrobostäder AB (ÖBO) har genomfört en upphandling benämnd ”Ramavtal Tele- och Bredbandsarbeten”. Anbud ingavs av bland annat Nobeli Business Support AB (Nobeli). ÖBO förkastade anbudet med hänvisning till att det inte uppfyller ställt kvalificeringskrav i upphandlingen.

PARTERNAS TALAN

Nobeli ansöker om överprövning av upphandlingen. Nobeli yrkar i första hand rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs i vilken Nobelis anbud beaktas och i andra hand att upphandlingen görs om. Nobeli anför följande. I upphandlingen har sex av tolv anbud uteslutits. Nobelis anbud uteslöts på grund av att Nobeli inte angivit namn på ombud under kontraktstiden. Nobeli har inte uteslutits på grund av omständigheter som anförs i 13 kap LOU. Inte heller brister det i kvalificeringskraven i 14 kap LOU. Dessa avser behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning, samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. De krav som myndigheten ställer enligt 13 och 14 kapitlen ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga. Uppgiften som Nobeli uteslutits för är inte av en sådan kvalitet som anges ovan. Kravet har inte en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet. Uppgiften är i stället av administrativ art och skulle ha varit enkel att komplettera i enlighet med 4 kap. 9 § LOU. Det enda hinder som finns mot detta är om det strider mot principerna om likabehandling och öppenhet. Nobeli anser att uppgiften om ombud under kontraktstiden är av annan kvalitet än de uppgifter som övriga uteslutna anbudsgivare uteslutits för. Samtliga övriga ute-

slutningsgrunder avser anbudsgivarens kompetens och förmåga att utföra det arbete som anbudet avser. Den uppgift Nobeli inte har lämnat är inte av betydelse för Nobelis förmåga att kvalitativt utföra uppdraget utan enbart av administrativ art. Därför menar Nobeli att en begäran om komplettering inte skulle ha stridit mot likabehandlingsprincipen. Uteslutningen från deltagande i den fortsatta prövningen är en konsekvens som inte är proportionerlig i förhållande till den brist som utelämnandet av kontaktperson under kontraktstiden innebär.

ÖBO motsätter sig bifall till ansökan och anför följande. ÖBO har genomfört upphandlingen enligt med LOU och i övrigt följt de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Nobeli har ostridigt utelämnat uppgift om ombud under kontraktstiden, trots att detta utgjort ett obligatoriskt krav. ÖBO har därmed, med hänsyn till LOU, de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna samt vägledande rättspraxis, bl.a. HFD 2016 ref. 37 I och II, varit nödgad att förkasta Nobelis anbud. Vad Nobeli anför om de övriga diskvalificerade anbudsgivarna saknar betydelse för prövningen målet. Under koden AFB.31 "Anbudsform och innehåll" i upphandlingsföreskrifterna stadgas bland annat följande:

Anbud ska innehålla de uppgifter som upptagits i Anbudsformulär och i övrigt efterfrågas i dessa administrativa föreskrifter.

Det är av stor vikt att lämnade uppgifter är fullständiga och korrekta. Anbud kan komma att förkastas om begärda uppgifter är ofullständiga eller saknas.

I anbudsformuläret har tydligt föreskrivits vilka uppgifter som ska lämnas, bl.a. angivande av ombud under kontraktstiden. Under koden AFC/D.321 "Entreprenörens ombud" stadgas vidare att entreprenörens ombud ska anges i anbudet. Sammanfattningsvis har som obligatoriskt krav i upphandlingen föreskrivits att entreprenörens ombud ovillkorligen ska anges i anbudsformuläret. Förkastandet av Nobelis anbud är förenligt med LOU och vägledande rättspraxis. Det har inte funnits utrymme att komplettera Nobelis anbud genom att låta Nobeli i efterhand inkomma med nya sakuppgifter såsom

ombud under kontraktstiden. Det följer av rättspraxis att en komplettering av obligatoriskt krav inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen. Högsta förvaltningsdomstolen, (HFD), har i HFD 2016 ref. 37 I och II klargjort att i situationer såsom denna ska särskild vikt läggas vid likabehandlingsprincipen och möjligheten att komplettera anbudet i detta fall har varit uteslutet eftersom det inte kunnat ske utan risk för särbehandling gentemot övriga anbudsgivare. Se vidare bl.a. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 6248-11, Kammarrätten i Stockholms mål nr 1183-14 och Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1220-13. Kravet att ange ombud under kontraktstiden har i allra högsta grad en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet liksom till upphandlingen i stort. ÖBO har inte agerat oproportionerligt genom att förkasta Nobelis anbud på nämnda grund. Proportionalitetsprincipen kan inte sträckas så långt, på bekostnad av likabehandlingsprincipen och transparensprincipen, att nya sakuppgifter tillåts komplettera ett lämnat anbud. Inte heller kan proportionalitetsprincipen sträckas så långt att ÖBO hade kunnat bortse från den bristande kravuppfyllelsen i det obligatoriska kravet om att ange ombud. ÖBO har uppställt kravet som ett obligatoriskt krav eftersom att det är viktigt för ÖBO att säkerställa vilken person som utgör ombud för anbudsgivaren under kontraktstiden. Betydelsen och innebörden av ombud under kontraktstiden i entreprenaden framgår av AB 04 respektive ABT 06 i 3 kap. 1 § nämnda standardavtal. 1.1 Bestämmelsen lyder enligt följande:

Vardera parten skall utse ombud för entreprenaden. Ombudet har behörighet att med bindande verkan företräda sin huvudman i frågor som rör entreprenaden samt att träffa ekonomiska och andra uppgörelser.

Stadgandet ålägger part en skyldighet att utse ombud för entreprenaden.

Detta ombud har behörighet att företräda och binda sin huvudman i frågor rörande entreprenaden samt ingå ekonomiska och andra uppgörelser. Ombud för entreprenaden medverkar sedermera vid startmöte vid vilket det ska klargöras vilken behörighet som tillkommer andra än de ombud som har sådan fullmaktställning som framgår av 3 kap. 1 §. Ombudet har således en särskild ställning och bestämmelsen ovan innebär en fullmaktsförklaring.

Sammanfattningsvis är ombudet således en mycket en central person. Mot bakgrund härav har ÖBO formulerat kravet som ett obligatoriskt krav som ovillkorligen måste uppfyllas. HFD har i nämnda avgörande HFD 2016 ref. 37 I och II till förmån för likabehandlingsprincipen och beaktande av proportionalitetsprincipen konstaterat följande. I avgörande I (mål nr 555-15) konstaterade HFD att den upphandlande myndigheten handlat rätt när den förkastat ett anbud som inte uppfyllt ett obligatoriskt krav. I avgörande II (mål nr 2691-15) konstaterade HFD att den upphandlande myndigheten handlat felaktigt när myndigheten godtagit ett anbud med bortseende från ett obligatoriskt krav. HFD uttalade att det aktuella kravet i avgörande I hade "tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet" respektive att det aktuella kravet i avgörande II hade "en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen". Slutligen har anbudsgivarna och potentiella leverantörer haft att utgå från att ÖBO kommer upprätthålla de uppställda obligatoriska kraven i upphandlingen.

Nobeli tillägger följande. I rättsfallet HFD 2016 ref. I och II ges utrymme för komplettering om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ingen annan anbudsgivare har missat att lämna namn på kontaktpersonen varför en komplettering inte skulle vara särbehandlande. Dessutom är namnet på kontaktpersonen inte en uppgift som är konkurrensbegränsande eller kan påverka bedömningen av upphandlingsföremålet i sig. Det är dessutom en uppgift som kan komma att ändras under uppdragstiden, ett förhållande som gör att den i sig skiljer sig från de flesta andra obligatoriska uppgifterna. Namnuppgiften ska naturligtvis lämnas men *Nobeli* anser att den inte är av sådan kvalitet att den inte kan kompletteras. Obligatoriska krav är av sådan kvalitet att potentiella leverantörer ska kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Detta kan inte gälla namnet på en kontaktperson. *Nobeli* anser därför att uppgiften om kontaktperson inte har

en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet och att den därför kan bli föremål för komplettering utan att konkurrensen påverkas.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling (2016:1145; LOU) eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Förvaltningsrättens bedömning

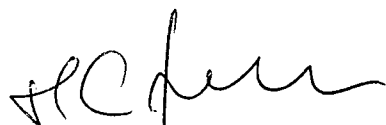
Upphandlingen gäller tele- och bredbandsarbeten. I upphandlingsföreskrifterna anges att anbud ska innehålla de uppgifter som upptagits i Anbudsformulär och i övrigt efterfrågas i de administrativa föreskrifterna (AF). Det anges vidare att det är av stor vikt att lämnade uppgifter är fullständiga och korrekta och att anbud kan komma att förkastas om begärda uppgifter är ofullständiga eller saknas. I anbudsformuläret anges att anbudsgivarna ska lämna uppgift om ombud under såväl anbudstiden som kontraktstiden. Det framgår därmed enligt förvaltningsrättens mening med tillräcklig tydlighet att angiven uppgift är obligatorisk för anbudsgivarna. Kravet utgör således ett s.k. ska-krav varför anbudsgivare har att utgå från att kravet också är

viktigt för den upphandlande myndigheten. Kravet är adekvat och kan inte anses oproportionerligt.

Nobelis anbud har saknat uppgift om vem som är ombud under kontraktstiden och anbudet uppfyller således inte kravet varför det har förelegat grund för att förkasta anbudet. En upphandlande myndighet har dock möjlighet att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av ett lämnat anbud. En förutsättning är då att detta kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Nobeli har inte lämnat uppgift om ombud under kontraktstiden. Betydelsen och innebörden av kravet på att ange ombud följer av "Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader" (AB 04) och "Allmänna bestämmelser för totalentreprenader" (ABT 06). Ett ombud har enligt dessa bestämmelser en behörighet att företräda och binda sin huvudman i frågor rörande entreprenaden och att träffa ekonomiska och andra uppgörelser. Kravet får därmed anses ha en tydlig och viktig koppling till upphandlingsföremålet. Det har inte varit möjligt att utan risk för särbehandling begära in kompletterande uppgifter i detta avseende. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Nobelis anbud inte uppfyller samtliga ställda ska-krav. Det har varit befogat och inte oproportionerligt att förkasta anbudet. Då det inte heller i övrigt är visat att det finns grund för ingripande enligt LOU ska Nobelis ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. 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 avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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-postadress, 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.