



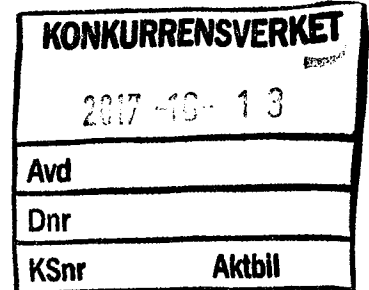
SÖKANDE

Caverion Sverige AB, 556052-8753

Ombud: chefsjuristen Joacim Edman
Box 1810
171 22 Solna

MOTPART

Lunds Universitet
Box 117
221 00 Lund



SAKEN

Överprövning enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Caverion Sverige AB:s ansökan om överprövning enligt LOU.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Lunds universitet genomför en ramavtalsupphandling till MAX IV-laboratoriet, med benämningen ”El- och nätverksinstallationstjänster V-2016 1948”. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Upphandlande myndighet är Lunds universitet och köpare är MAX IV-laboratoriet. Genom tilldelningsbeslut daterat den 26 april 2017 har ApQ EL AB:s anbud antagits. Av tilldelningsbeslutet följer att Caverion Sverige AB (nedan Caverion) uteslutits med motivering att bolaget inte uppfyller ställda krav genom att inte acceptera ”att andra kommersiella villkor inte får bifogas” aktuell avtalstext.

Caverion yrkar att upphandlingen ska göras om.

Lunds universitet bestrider bifall till Caverions ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Caverion anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan. I punkt 1.5.16 i de administrativa föreskrifterna anges att ”Säljaren har skyldighet att ersätta person- och sakskador som uppkommer för tredje man och som säljaren orsakar i samband med avtalets utförande.” Leverantörernas ansvar för tredjemansskador är således obegränsat. I det privata affärslivet förekommer inte avtal där leverantörer påtar sig ett obegränsat ansvar för indirekt skada. Det går heller inte att teckna försäkring utan begränsning i det belopp som försäkringsbolaget kan komma att betala ut. En allmän princip är dock att avtalsrättsliga ansvarsbegränsningar inte upprätthålls vid grov vårdslöshet eller uppsåt från leverantörens sida.

Upphandlingen avser ett mycket specifikt objekt utan motsvarighet i Sverige. Lunds universitet är endast minoritetsägare till anläggningen och fi-

nansiär till en mindre del av projektet. Skador på anläggningen drabbar således i största mån tredje man. Anläggningens unika särart medför att det är omöjligt för anbudsgivarna att, utifrån tidigare erfarenhet av branschen, förutse vilka tredjemansskador som kan uppkomma och därigenom att beräkna det yttre skadeståndsansvaret. Om det inte föreskrivs ett övre belopp för den skada som leverantören ska ansvara för, går det inte heller att teckna en försäkring. Det men som Caverion drabbas av till följd av kravet på obegränsad skadeståndsskyldighet är väsentligen större än den nytta kravet medför för det allmänna. De krav på ekonomisk kapacitet och försäkring som uppställts i förfrågningsunderlaget säkerställer nämligen inte att Lunds universitet hålls skadelöst eftersom leverantörerna vid exceptionella förhållanden riskerar att gå i konkurs. Kravet är därför oproportionerligt.

I punkt 1.5.17 i de administrativa föreskrifterna anges att säljaren ska inneha erforderligt försäkringsskydd under avtalstiden samt att detta innefattar ansvars-, person- och egendomsförsäkring till betryggande belopp. Detta krav går inte att uppfylla då det inte finns något erforderligt försäkringsskydd att teckna. Det finns inte heller någon vägledning för vad erforderligt försäkringsskydd innebär. Det är således upp till varje anbudsgivare att göra denna bedömning, vilket dels i väsentlig mån påverkar möjligheterna för leverantörerna att lämna sina bästa anbud, dels för Lunds universitet att jämföra anbuden.

Det skadeståndsansvar som anges under punkt 1.5.16 i de administrativa föreskrifterna avser endast ansvar mot tredje man. Vad som gäller parterna emellan framgår inte, vilket medför att analogier från konsumenttjänstlagen och köplagen kommer behöva göras för att avgöra leverantörernas skadeståndsansvar i förhållande till Lunds universitet. I avsaknad av direkt tillämplig lag är det brukligt i branschen att beställaren hänvisar till befintliga standardavtal. Att så inte har skett i den aktuella upphandlingen tyder snarast på att Lunds universitet förbisett att reglera skadeståndsansvaret parterna

emellan. Att leverantörer inte känner till vilket skadeståndsansvar som åvilar dem är i strid med principen om transparens.

Caverion har på grund av de otydligheter och de oproportionerliga krav som anges i punkt 1.5.16 och 1.5.17 i förfrågningsunderlaget föreslagit att ansvaret mot tredje man ska begränsas till ett maxbelopp på 100 procent av den årliga anbudssumman. Bristerna i upphandlingen rör det konkurrensuppsökande skedet och har medfört att Caverion frångått möjligheten att lämna sitt bästa anbud. Caverion lider därför skada till följd av de påtalade bristerna.

Lunds universitet anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Den viktigaste regleringen av ansvarsfördelning i ett avtalsförhållande är den mellan parterna. Frågan om rätt till hävning regleras delvis i avtalet. I övrigt har Lunds universitet valt att förlita sig på svensk dispositiv rätt, d.v.s. köplagen, beträffande eventuella moment av uppdraget som avser leverans av varor, och analogi med denna lag för själva utförandet av tjänsten. Köplagen innehåller begränsningar av skadeståndsansvaret för säljaren. Det är alltså inte så att avtalet i fråga påtvingar leverantörer ett obegränsat ansvar eller en obegränsad skadeståndsskyldighet, vilket Caverion hävdar.

I vilken mån man i ett avtal uttryckligen reglerar en viss fråga eller låter dispositiv rätt fylla ut är i mångt och mycket en kostnadsfråga. Att falla tillbaka på dispositiv rätt inom ramen för offentligt upphandlade avtal är mycket vanligt. Det faktum att analogier från köplagen eventuellt kan bli aktuella i en framtida uppkommen situation gör inte att förfrågningsunderlaget per automatik ska anses strida mot transparensprincipen.

En helt annan sak är den specifika fråga om ansvar för person- eller sakskada som leverantören vållar tredje man, vilken regleras i punkten 1.5.16 i förfrågningsunderlaget. Om en leverantör utanför MAX IV-laboratoriet ska-

dar tredje man så ansvarar leverantören självklart för detta. Det är inte orimligt eller oproportionerligt att leverantören också svarar för sitt vållande gentemot tredje man i samband med att leverantören utför uppdraget.

Punkt 1.5.17 i förfrågningsunderlaget uppställer det helt gängse kravet på att säljaren – under avtalstiden – ska inneha ett erforderligt försäkringsskydd. Hänvisningen till ”erforderligt” syftar inte på något annat än att leverantörer ska ha försäkringsskydd som är normalt för företag inom aktuell bransch. Lunds universitet saknar möjlighet att på marknaden försäkra sig mot leverantörens vållande mot tredje man, vilket ytterligare understryker att det är fullt rimligt att kräva att leverantören har erforderligt försäkringsskydd för sin verksamhet under avtalstiden. Kravet är således i allra högsta grad en såväl lämplig som effektiv åtgärd för att tillförsäkra att Lunds universitet ingår avtal med en seriös leverantör. Krav på erforderligt försäkringsskydd är således inte oproportionerligt. Inte heller frånvaron av ett fast försäkringsbelopp i avtalsvillkoren gör kravet oproportionerligt.

Förfrågningsunderlaget är tillräckligt klart och tydligt för att anbudsgivarna ska kunna lämna konkurrenskraftiga anbud och skrivningarna i förfrågningsunderlaget har föregåtts av proportionella överväganden utifrån universitetets behov av de tjänster som upphandlas samt statliga myndigheters försäkringssituation. Caverion har inte visat att Lunds universitet på något sätt agerat i strid med LOU. Caverions yrkande om att upphandlingen ska göras om ska därför lämnas utan bifall.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. I övergångsbestämmelserna anges dock att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling alltjämt ska tillämpas på upphandlingar som har påbör-

jats före ikraftträdandet. Då den nu aktuella upphandlingen påbörjats under 2016 ska bestämmelserna i sistnämnda lag tillämpas vid prövningen i målet.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 4 § LOU överpröva en upphandling. 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 enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Caverion har gjort gällande att kravet i punkt 1.5.16 i förfrågningsunderlaget är oproportionerligt på så vis att det medför ett obegränsat skadeståndsansvar i förhållande till tredje man. I punkten 1.5.16 i förfrågningsunderlaget anges att "säljaren har en skyldighet att ersätta person- och sakskador som uppkommer för tredje man och som säljaren orsakar i samband med avtalets utförande".

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Upphandlingens art och värde ska

därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Uppställda krav får inte heller vara onödiga eller oproportionerliga (jfr prop. 2006/07:128, del 1, s. 155 och prop. 2009/10:180, del 1, s. 91).

Enligt förvaltningsrätten får det anses vara rimligt att en leverantör har ansvar för att ersätta eventuella person- eller saksador som leverantören orsakar tredje man i samband med utförande av ett avtal. Det krav som Lunds universitet ställt upp i punkt 1.5.16 har en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör. Kravet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Kravet får vidare anses vara ändamålsenligt på så vis att den upphandlande myndigheten kan förvissa sig om att ingå avtal med en seriös leverantör. Förvaltningsrätten finner därför att Caverion inte har förmått göra sannolikt att det obligatoriska kravet i punkt 1.5.16 i förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen. Den omständigheten att leverantörens ansvar i förhållande till tredje man inte begränsats till något angivet maxbelopp föranleder inte någon annan bedömning i denna del.

Caverion har vidare gjort gällande att kravet i punkt 1.5.17 i förfrågningsunderlaget är såväl otydligt som oproportionerligt. I punkt 1.5.17 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. ”Säljarens ska inneha erforderligt försäkringsskydd under avtalstiden. Detta innefattar ansvarsförsäkring, person- och egendomsförsäkring till betryggande belopp.”

Med transparens avses främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandling och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen (se prop. 2006/2007:128, s. 132).

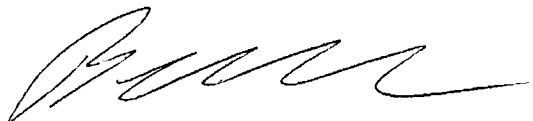
Förvaltningsrätten anser att det obligatoriska kravet i punkt 1.5.17 i förfrågningsunderlaget förvisso inte är optimalt utformat med hänsyn till att formu-

leringar som ”erforderligt försäkringsskydd” och ”betryggande belopp” medför en viss otydlighet och därigenom ett visst utrymme för skönsmässig bedömning. Varje leverantör får dock antas vara bäst lämpad att avgöra vad som utgör ett erforderligt försäkringsskydd respektive ett betryggande belopp utifrån den verksamhet som leverantören bedriver och de varor eller tjänster som leverantören avser offerera. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kravet får anses vara tillräckligt tydligt för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer ska kunna tolka informationen på i huvudsak samma sätt. Caverion har således inte visat att kravet i punkt 1.5.17 i förfrågningsunderlaget utformats i strid med transparensprincipen. Förvaltningsrätten finner inte heller att vad Caverion anfört visar att kravet i punkt 1.5.17 är oproportionerligt.

Caverion har slutligen gjort gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt på så vis att det inte reglerar skadeståndsansvaret mellan leverantören och Lunds universitet. Förvaltningsrätten finner emellertid att vad Caverion anfört inte heller visar att förfrågningsunderlaget i denna del utformats i strid med transparensprincipen.

Sammanfattningsvis har Caverion inte visat att Lunds universitet agerat i strid med bestämmelsen i 1 kap 9 § LOU eller någon av de upphandlingsrättsliga principerna i övrigt. Det saknas således skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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



Bertil Idarsson

Ylva Nilsson har föredragit målet.



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.