



KONKURRENSVERKET	
2018 -06- 0 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Amparo Solutions AB, 556717-4296

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind och biträdande jurist Erik Jansson
Maqs Advokatbyrå Göteborg Ab

MOTPART

Trafikverket

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 24 januari 2018 i mål nr 4353-17,
se bilaga A

SAKEN

Upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 5 februari 2018 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Amparo Solutions AB (Amparo) yrkar att upphandlingen ska göras om.

Trafikverket anser att överklagandet ska avslås.

Amparo hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande. Den ändring av utvärderingsmodell som har gjorts innebär att belastningsvärdet för livslängdsbegränsade komponenter kraftigt har ändrats. I den ursprungliga utvärderingsmodellen belastades komponenter med en livslängd understigande 30 år med ett kraftigt prispåslag. Komponenter med full livslängd om 30 år premierades och det var ur ett utvärderingsperspektiv ekonomiskt ofördelaktigt att offerera livslängdsbegränsade komponenter. Efter anbudstiden ändrades utvärderingsmodellen med innebörd att livslängdsbegränsade komponenters prispåslag kraftigt reducerades. De unika komponenter som direkt påverkades uppgår till fler än 100 i antal. Det rör sig alltså inte om några enskilda undantagskomponenter. Det är ett komplext system där val av komponenter även påverkar varandra. Om en komponent väljs kan detta i sig möjliggöra att en annan billigare komponent också kan användas. Likaså kan leverans- lager-, och organisationsfördelar uppnås med en annan sammansättning av komponenter och leverantörer vilket kan påverka prisbilden. Såväl Amparo som andra anbudsgivares förutsättningar för att lämna anbud har därigenom påverkats kraftigt. Att det endast är i några få undantagsfall som anbudsgivare offererat livslängdsbegränsade komponenter beror på den ursprungliga formelns utformning och anbudsgivarna har inte haft möjlighet att göra några större revideringar med anledning av den justerade formeln.

Garantitiden för de produkter som omfattas av upphandlingen är begränsad till 5 år och kompletteras med en ansvarstid om 10 år. Efter denna tid är Trafikverket betalningsansvarig för de produkter som behöver bytas ut. Det

är även Trafikverket som ansvarar för installation, drift och underhåll av vägskyddsanläggningarna efter det att de levererats av leverantören. Utbyte av livslängdsbegränsade komponenter ersätts således separat. Den möjlighet som Trafikverket har att belasta livslängdsbegränsade komponenter består i att ge dessa ett fiktivt prispåslag för att jämna ut den kostnad som Trafikverket kommer att stå för när en livslängdsbegränsad produkt behöver bytas ut. Det kan alltså vara lönsamt för leverantören att offerera livslängdsbegränsade produkter även om det skulle vara mindre lönsamt för Trafikverket.

Med skåplösningen avses endast själva skåpet och detta skulle hinna bytas på 1,2 timmar. Bytet av ett bomdriv kan även det göras inom 1,2 timmar.

I sammanhanget ska beaktas att Amparo för att utforma sitt ursprungliga anbud lagt ned närmare 1000 mantimmar. Anbudet är komplext och komponenter går inte att enkelt byta ut. Förnyade avtalsförhandlingar med underleverantörer hade krävts. En del av den investerade tiden skulle ha kunnat användas för att revidera anbudet till de nya förutsättningarna men detta hade varit omöjligt under en så kort tid som 5 dagar.

Trafikverket hänvisar till vad som tidigare anförts och tillägger bl.a. följande. Det rör sig inte om en väsentlig förändring. Livslängdsbegränsade komponenter är per se olönsamma, både för beställare och leverantörer. Det gäller oberoende av formeln i utvärderingskalkylen. Ingen anbudsgivare har således erbjudit eller kan erbjuda beställaren en produkt med livslängdsbegränsade komponenter och nå en lägre utvärderingssumma. Amparos anbud skulle bli högre vid varje form av utbyte till livslängdbegränsade komponenter.

Att byta t.ex. en skåplösning eller ett bomdriv tar betydligt längre tid än 1 timme och 12 minuter. Det skulle även hindra både väg- och järnvägstrafik. Förutsättningarna för att nyttjande av livslängdsbegränsade komponenter

och följaktligen ett eller flera därav nödvändiga utbyten är överhuvudtaget utomordentligt snävt. Ett sådant förfaringssätt, även i den mån det rör undantagskomponenter av enklare karaktär, medför i sig att anbudsgivaren måste höja sitt anbud. Det är alltså fråga om en justering av en formel för beräkning av några enstaka undantagskomponenter i ett kalkylark som i relation till upphandlingsföremålet i dess helhet får obefintlig påverkan.

Amparo har inte gett någon konkret uppgift som visar att vad bolaget påstår har någon som helst relevant och hållbar förankring i verkliga förhållanden. Inte heller i övrigt har bolaget på ett konkret och klagörande sätt kunnat visa hur formeljusteringen i kalkylarket påverkat dess anbud. Amparo har således inte lidit eller riskerat att lida skada. Formeln i kalkylarket har därutöver inte alls på något sätt visats ha medfört påverkan på någon av de aktuella anbudsgivarnas, eller för den skulle någon potentiell sådan vilja eller möjlighet att lämna sitt bästa anbud.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, upphävdes i samband med att lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna trädde i kraft den 1 januari 2017. Enligt övergångsbestämmelserna gäller den upphävda lagen dock för upphandlingar som påbörjat före ikraftträdandet. Den upphävda lagen ska därför tillämpas i detta mål.

Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen och generellt gäller enligt praxis att möjligheterna att komplettera eller ändra ett förfrågningsunderlag är begränsade. Några bestämmelser som närmare reglerna när förhandlingar, förtydliganden eller kompletteringar får användas eller hur myndigheten ska agera finns inte. Det krävs dock att den upphandlande myndigheten inte genom sitt agerande bryter mot de grundläggande upphandlingsprinciperna. Förhandlingar, förtydliganden

eller kompletteringar får inte medföra väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget.

Vid bedömning av om en ändring ska anses utgöra en väsentlig förändring får en samlad prövning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen. Av intresse vid denna bedömning är bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen (Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 februari 2016 i mål nr 3362-15).


Kammarrätten konstaterar att den ändring som skett inte avser ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Ändringen framstår vidare som sakligt grundad. Den i målet aktuella Flik 6 har i mycket begränsad omfattning använts av anbudsgivarna. Den högsta totalsumman under fliken var 1,6 miljoner kronor vilket är liten del av anbudssummorna då de totalt ligger i intervallet 854 – 1095 miljoner kronor och någon förändring i rangordningen skedde inte efter att anbudsgivarna getts en möjlighet att justera sina anbud. De av Amparo gjorda beräkningarna är rent hypotetiska och bolaget har inte kunnat visa att användning av komponenter med kortare livslängd skulle medföra en avsevärd förändring anbudssummornas storlek. Den sista dagen för frågor var den 21 april 2017. Den 30 maj 2017, samma dag som anbudet skulle lämnas in, mottog Trafikverket en fråga gällande formeln. Vid anbudsgenomgången med Trafikverket informerades samtliga anbudsgivare om den gjorda ändringen och gavs fem dagar för eventuella kompletteringar. Kammarrätten anser mot denna bakgrund inte att Amparo visat att ändringen varit en väsentlig förändring. Det får därför anses vara fråga om en mindre ändring och den tid om fem dagar som Amparo och de andra anbudsgivarna fått till sitt förfogande för att justera sitt anbud har varit tillräcklig.


Oaktat ovanstående bedömning så krävs för att ett ingripande ska bli aktuellt att sökanden har visat att denna har lidit eller kan komma att lida skada av de påtalade bristerna. Av rättsfallet HFD 2013 ref. 53 får anses följa att det inte räcker att endast påstå att den åberopade bristen lett till att det mest konkurrenskraftiga anbudet inte har kunnat lämnas. Det krävs även någon form av klagande eller konkret beskrivning på vilket sätt de åberopade bristerna lett till den påstådda skadan eller risken att lida skada.


Den påstådda brist som är aktuell är hänförlig till det konkurrens- uppsökande skedet eftersom Amparo hävdar att det och andra anbudsgivare förtagits möjligheten att lämna det bästa anbudet. Såvitt gäller skadebedömningen kan man därför inte upprätthålla ett allt för högt ställt beviskrav (jfr bl.a. Kammarätten i Stockholms dom den 15 oktober 2015 i mål nr 2542-15).

Amparo har anfört att de kunnat erbjuda ett bättre anbud baserat på komponenter med kortare livstid. Enligt Trafikverket har inte detta varit möjligt eftersom ett anbud baserat på komponenter med kortare livstid automatiskt blir dyrare. De av Amparo gjorda beräkningarna visar inte annat än en marginell påverkan på anbudet. Kammarätten finner inte att Amparo visat att det lidit eller riskerat att lida skada på grund av det ändrade anbudsunderlaget. Överklagandet ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Peter Lill
kammarlagslagman
ordförande


Anders Lind
kammarlagsråd


Kajsa Kellerborg
tf. kammarlagsassessor
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Ann-Louise Jonsson

DOM
2018-01-24
Meddelad i Falun

Mål nr
4353-17

SÖKANDE

Amparo Solutions AB, 556717-4296

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind och jur.kand. Erik Jansson
MAQS Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Amparo Solutions AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDE M.M.

Trafikverket genomför en upphandling avseende ”Leveranser av vägskyddssystem, support och förvaltning samt reservdelar” (CTM id 142948, i det följande benämnd ”ALEX”). Upphandlingen, som utannonserades den 21 december 2016, genomförs med ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Trafikverket meddelade den 29 september 2017 att man antagit anbuden från konsortiet EFACEC Engenharia e Sistemas och Industrispår i Ystad AB (EFACEC) samt Scheidt & Bachmann GmbH – Signaling Systems (S&B).

Amparo Solutions AB (Amparo) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Trafikverket har, efter anbudstidens utgång, gjort en ändring i en matematisk formel i Excelfilen ”Utvärdering kostnader” i förfrågningsunderlaget. Ändringen resulterade i att komponenter med lång livslängd inte längre premieras på det sätt som tidigare föreskrivits. Ändringen utgör en otillåten väsentlig ändring och strider mot LUF och innebär i realiteten att en ny upphandling är för handen. Amparo fick fem dagar till sitt förfogande för att fylla i den nya Excelfilen, trots att ändringen var av fundamental betydelse. Amparos utvärderingssumma har inte påverkats av ändringen, men bolaget har förtagits möjligheten att lämna sitt bästa anbud i upphandlingen. De anbudsgivare som offererat komponenter med begränsad livslängd har efter ändringen erhållit väsentligen lägre utvärderingssummor och har gynnats på bekostnad av övriga anbudsgivare. Amparo riskerar därför att lida skada till följd av ändringen. Amparo har vid kontakt med annan anbudsgivare fått information om att denne upptäckt formelfelet i ett tidigt skede under anbudsprocessen och uppmärksammat Trafikverket på detta. Trafikverket borde då, i enlighet med likabehandlingsprincipen, informerat samtliga anbudsgivare så snart detta blivit känt. Trafikverket har således brutit mot

LUF även genom att olika anbudsgivare haft olika tillgång till information vid olika tillfällen.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för rättens prövning

Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) har upphört att gälla med verkan från och med den 1 januari 2017 och har ersatts av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna. Enligt övergångsbestämmelserna till 2016 års lag ska dock LUF alltså tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Amparo anfört är visat att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta har medfört att Amparo lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iakttä principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Vad parterna anför

Amparo framför bl.a. följande. Upphandlingen är tekniskt komplex och innefattar över 900 kvalificeringskrav. Trafikverket har även kravställt att leverantören köper in vissa komponenter och delsystem, s.k. anvisat material, från Trafikverket och integrerar dessa komponenter och delsystem med sina egna komponenter för att skapa en komplett ALEX-vägskyddsanläggning. Leverantören måste således välja komponenter och delsystem som klarar Trafikverkets krav inklusive integration med anvisat material.

ALEX-produkten måste vara utvecklad enligt strikta standarder (CENELEC EN50126, 50128, 50129) och en säkerhetsbevisning behöver tas fram för att visa att systemet är säkert, vilket tydliggör komplexiteten i systemet och de kontroller leverantören måste göra av varje vald systemkomponent. Utöver att möta de ställda kraven i upphandlingen behöver leverantörer också överväga val av varje komponent för att kunna offerera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingskriterierna framgår i Excelfilen "Utvärdering kostnader". I Flik 6, "Livslängdsbegränsade enheter", kommer en viss enhet till visst pris med angivande av livslängden att resultera i ett visst utvärderingspris. Om enheten är en (1), priset är 100 000 kr och livslängden 20 år, kommer utvärderingspriset att uppgå till 150 000 kr. Om livslängden ändras till 25 år framräknas ett utvärderingspris på 120 000 kr och med en livslängd på 30 år blir utvärderingspriset istället 100 000 kr. Excelfilen innehåller således en bakomliggande matematisk formel som premierar komponenter med 30 års livslängd. För leverantörerna har det funnits två huvudspår att välja mellan; antingen att köpa in högkvalitativa komponenter med lång livstid eller bygga systemet med livslängdbegränsade lågkostnadskomponenter som kompletteras med reservdelar. Genom Excelfilen "Utvärdering kostnader" har leverantören getts möjlighet att prova olika scenarion för att bestämma sig för den inköpsstrategi som ger lägst livscykelkostnad. Amparo bestämde sig för att offerera högkvalitativa komponenter med lång livslängd, varför ingen komponent som bolaget offererat har kortare livslängd än 30 år. Vid anbudsgenomgången den 1 september 2017 informerade Trafikverket om att ovan nämnda Excelfil hade ändrats på så vis att de matematiska formlerna i Flik 5 och Flik 6 hade justerats, vilket resulterat i att komponenter med lång livslängd inte längre premierades på samma sätt som tidigare. I den nya Excelfilen, Flik 6, erhåller en komponent med enhetspriset 100 000 kr med en livslängd om 20 år istället utvärderingspriset 100 000 kr. Amparo fick fem dagar till sitt förfogade för att fylla i den nya Excelfilen, trots att ändringen totalt omkullkastade förutsättningarna för att lämna

anbud. Om den senare versionen av Excelfilen hade utgjort del av det ursprungliga förfrågningsunderlaget hade Amparo valt en helt annan strategi.

Leverantören har en omfattande möjlighet att i en anpassning byta komponenter från sådana med lång livslängd till begränsad livslängd. Detta är känt och Trafikverket har även angett en särskild post för kostnaden för detta under Flik 2 "Anpassning till Sverige". Amparo har använt Excelfilerna och fyllt i siffror utifrån olika scenarioanalyser och, baserat på resultatet, gjort komponent- och prissättningsval. Dessa val hade varit annorlunda om Trafikverket från början hade använt sig av den ändrade formeln, alternativt lämnat ytterligare tid för anpassning av anbudet. Som exempel på hur komponent- och prissättningsvalet påverkats kan nämnas komponenten bomdriv, vilket är ett maskineri som sänker och höjer bommen. I utvärderingen ingår totalt 1 985 st. bomdriv (Flik 1a, 1 b och 1 c), varav 1 765 st. avser bomdriv upp till sex meter. Pondera att ett bomdriv av hög kvalitet med lång livslängd kostar ca 120 000 kr. Om Amparo istället skulle använt sig av ett bomdriv med en livslängd på 15 år med ca pris 40 000 kr, blev utvärderingssumman före formeländringen 158,8 miljoner kr. Efter formeländringen blir utvärderingssumman för denna livslängdbegränsade komponent endast 79,4 miljoner kr. En ändring i utvärderingsformuläret, som med beaktande av en enda livslängdsbegränsad komponent kan medföra att ett anbud blir 80 miljoner kr lägre anbud när utvärderingssummorna totalt ligger i intervallet 854 miljoner kr – 1095 miljoner kr, är inte oväsentlig. Amparo kan erbjuda livslängdbegränsade bomdriv för bommar över sex meter till ca 38 500 kr samt bomdriv för bommar upp till sex meter till ca 22 000 kr. Amparos offererade bomdriv med lång livslängd har ett snittpris på 70 140 kr och snittpriset för bomdriv med begränsad livslängd uppgår till 23 829 kr. Efter Trafikverkets formeländring lönar det sig alltså att välja bomdriv med livslängdsbegränsning och Amparo hade därmed på en enda komponent potentiellt kunnat få en lägre utvärderingssumma om 44,6 miljoner kr. Komponentens skåplösning är den komponent som är dyrast i Amparos anbud och där det finns

stora besparingar att göra beroende på om man väljer en livslängdsbegränsad version. Amparo offererade en skåplösning med lång livslängd till en kostnad om 190 000 kr, men kan offerera en lösning med begränsad livslängd för ca 65 500 kr. Givet att anbudet innehåller 500 skåp skulle Amparo således efter formeländringen kunnat erhålla en lägre utvärderingssumma om 29,5 miljoner kr om man valt en skåplösning med begränsad livslängd. Genom att byta ut två komponenter i ett system som innehåller hundratals komponenter hade Amparo kunnat sänka sin utvärderingssumma med ca 74 miljoner kr. Ett utbyte av bomdrivskomponenter kräver ett annat upplägg, förnyad kontakt med underleverantörer, tid för dessa att ta fram offert på 1 985 bomdriv, kontroll av att komponenterna uppfyller den omfattande tekniska kravspecifikationen och kan integreras i systemet, samt prisförhandlingar. Detta kan inte göras på fem arbetsdagar. Trafikverket uppger att man registrerat felet i formeln redan i juni 2017, vilket innebär att man väntat i över två månader innan man informerade Amparo om ändringen.

Trafikverket framför bl.a. följande. Kravställningen utgår tydligt från att det redan finns befintliga system och när nya system anskaffas måste de kunna fungera ihop med de befintliga. Vidare anges att – för att uppnå stipulerade säkerhetskrav – vissa standarder (EN 50126, EN 50128 och EN 50129) ska ha följts vid utvecklingen av anbudsgivarens befintliga produkter, samt att de nu upptagna standarderna även ska följas vid eventuella anpassningar, samt vid projekteringar och installationer. För att klara av den kommande avtalsperioden med anpassning och installationer finns sålunda ingen tid att ta fram nya komponenter, utan förutsättningen är att anbudsgivaren har en befintlig produktportfölj. Sådana krav återkommer hos samtliga de förvaltningar som finns inom gemenskapsområdet och seriösa anbudsgivare är inte alls ovana vid detta. Utrustning som är livslängdbegränsad och som behöver bytas ut innebär en merkostnad för förvaltaren. Det finns därvid ett grundläggande krav på utrustningen i upphandlingen, defi-

nierat i dokumentet ALEX16-011. Kravet återfinns under avsnittet "Teknisk livslängd" och uttrycks enligt följande:

RAM 01

Alex-produkten och dess vägskyddsanläggningar ska ge en teknisk livslängd på minst 30 år. Den tekniska livslängden är den tidsperiod, under vilken Alex-produkten klarar av att upprätthålla funktion enligt kravspecifikationerna och med de underhållsinsatser som leverantören har specificerat inom avtalen för projekt ALEX.

För det fall det i undantagsfall fanns komponenter med kortare livslängd skulle anbudsgivaren i Excelfilens Flik 6 redovisa dess livslängd och kostnad. Vid utvärderingen i juni 2017 registrerade emellertid Trafikverket att det fanns ett formelfel i kalkylarket då formeln nämligen räknande med även den ursprungliga komponenten som redan ingick. Som en kort punkt vid den efterföljande anbudsgenomgången med de kvalificerade anbudsgivarna uppmärksammades samtliga – utan att det riktades några invändningar från någon – på formeljusteringen och den förlängda anbudstiden. De totala anbudssummorna ligger i intervallet 854 – 1095 miljoner kr, där den minsta differensen mellan två närliggande anbud vad 22 miljoner kr. Vid utvärderingen i september 2017 var vid summeringen av undantagskomponenterna i Flik 6 den högsta summan i någon av dem 1,6 miljoner kr. Oavsett om formeln hade justerats eller inte hade det således inte på något sätt kunnat påverka ordningsföljden mellan anbudsgivarna. Samtliga anbudsgivare har som tänkt följt grundförutsättningarna i RAM 01 genom att till allt övervägande del använda sig av material som har tillräckligt lång livslängd och inte behöva belasta Flik 6. Listorna i Flik 6 är därför mycket korta från samtliga anbudsgivare och angivna kostnader och summor i Flik 6 är alla synnerligen låga. Amparo har för egen del offererat bomdriv utan livslängdbegränsning för 115 000 kr (bomdriv avsedd för bom över sex meter) respektive 64 500 kr (bomdriv avsedd för bom upp till sex meter). Bomdriv avsedda för bommar upp till sex meter utgör ca 80 % av det totala antalet bomdriv som ingår i utvärderingen, vilket får till följd att Amparos genom-

snittliga offererade pris därvid bli 74 600 kr per styck. Amparo har offererat bomdriv utan livslängdbegränsning för det genomsnittliga priset 74 600 kr, varför priset 120 000 kr i bolagets räkneexempel är orimligt. Ett bruk av livslängdsbegränsat materiel innebär normalt en fördyring och det krävs inga större överväganden för att anpassa sig till detta förhållande, vilket förklarar varför den ifrågasatta Flik 6 genomgående har använts i ringa omfattning av samtliga anbudsgivare samt varför ingen av anbudsgivarna hade något att invända mot detta vid anbudsgenomgången. Formeljusteringen har inte på något sätt påverkat förutsättningen att tilldelas uppdraget. Efter den marginella justeringen av formeln ligger de två vinnande anbudsgivarna kvar i samma ordningsföljd som tidigare. Amparo, som placerade sig på fjärde plats vid utvärderingen, har inte visat att man lidit eller kunnat lida någon skada till följd av justeringen. Enligt upphandlingsdokumenten var sista dagen för frågor den 21 april 2017. Trafikverket mottog dock en fråga angående den aktuella formeln den 30 maj 2017, dvs. samma dag som anbudsen senast skulle ha inkommit. I enlighet med förutsättningarna besvarade Trafikverket inte frågan. Samtliga anbudsgivare har således haft samma förutsättningar vid anbudslämnandet och något agerande i strid med likabehandlingsprincipen har inte förekommit.

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget, Alex Vägskyddssystem – Utvärdering, Instruktion, anges bl.a. följande.

4.3.2 Livslängdsbegränsade enheter (Flik 6)

Anbudsgivaren ska ange alla de enheter som är livslängdsbegränsade (om sådana finns) och bryta ned materialet till reservdelar (dvs. enheter som kan bytas ut). Alla sådana reservdelar skall inkluderas i modellen.

För varje enhet ska data som påverkar kostnaden för avhjälpande underhåll anges, t. ex:

- Livslängd om den är kortare än 30 år (MTTF)
- Reservdelspris
- Antal enheter

Uppgifterna ska sammanställas i fliken "6 Livslängdsbegränsade enheter" i Excel-dokumentet, Alex16-036 [1].

I målet är klarlagt att Trafikverket efter anbudstidens utgång den 30 maj 2017 har justerat den formel som ligger till grund för utvärderingen av kostnader såvitt avser livslängdsbegränsade enheter (Flik 6). Trafikverket har oemotsagt uppgett att den formel som inledningsvis var inlagd i kalkylarket felaktigt medräknade även den ursprungliga komponent som redan ingick. Mot bakgrund av att det är fråga om en ändring som gjorts efter anbudstidens utgång finns det anledning att jämföra med vad som gäller i fråga om ändringar i kontrakt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7711-14).

I nu tillämplig LUF saknas såväl detaljerade bestämmelser om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. I det nya direktiv på upphandlingsområdet som trätt i kraft den 18 april 2016 (direktiv 2014/25/EU) finns emellertid bestämmelser i artikel 89 om i vilka fall kontrakt och ramavtal får ändras under pågående avtalstid utan att en ny upphandling behöver genomföras. EU-lagstiftaren har genom de införda bestämmelserna i direktivet avsett få till stånd en kodifiering av den rättspraxis som finns på området (jfr direktivets skäl 113 – 117). Direktivet saknar särskilda övergångsbestämmelser och är tillämpligt såvitt gäller förhållanden som uppkommit efter ikraftträdandet (se EU-domstolens dom i mål C-337/98).

Av direktivets artikel 89.1 (e) framgår att ändringar som inte är väsentliga är tillåtna, oberoende av deras värde. I artikel 89.4 finns angivet vad som ska anses utgöra en väsentlig ändring. En ändring ska anses vara väsentlig om den innebär att kontraktet eller ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt eller ramavtal som ursprungligen ingicks. En ändring ska i alla händelser anses vara väsentlig om det i och med ändringen införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes

skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet (artikel 89.4 [a]). En ändring ska vidare anses vara väsentlig om ändringen innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för entreprenören på ett sätt som inte medgavs i det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet (artikel 89.4 [b]), om ändringen medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt (artikel 89.4 [c]) eller om den entreprenör som den upphandlande enheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör (artikel 89.4 [d]).

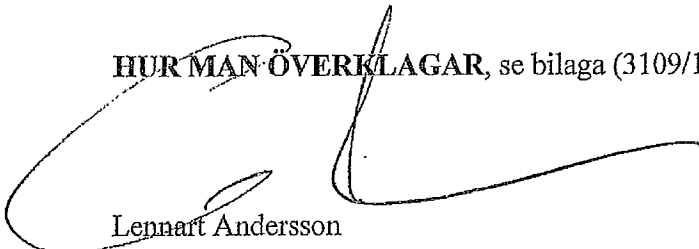
I domen om Pressetext (C 454-06) uttalar EU-domstolen bl.a. att i syfte att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av anbudsgivarna, ska ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (p. 34). Om parterna i ett löpande avtal tillåts omförhandla villkoren i avtalet, finns det en risk för att andra potentiella leverantörer särbehandlas. Anledningen är att förändringen i en upphandlingssituation kunnat medföra att andra anbud antagits eller att andra leverantörers möjlighet eller intresse att delta i upphandlingen påverkats (jfr p. 35). Av EU-domstolens praxis kan således utläsas att den likabehandlingsprincip som gäller inom upphandlingsrätten är av avgörande betydelse även för frågan om en ändring i ett avtal under avtalstiden kan godtas utan en ny konkurrensutsättning (jfr mål C-549/14 Finn Frogne). Även Högsta förvaltningsdomstolen har fastslagit att likabehandlingsprincipen är central vid denna prövning (HFD 2016 ref. 85).

Förvaltningsrätten konstaterar att den formeljustering som gjorts avser beräkningen av undantagskomponenter och att det inte är fråga om en ändring av ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att ändringen framstår som sakligt grundad och, sett till upphandlingsföremålet som helhet, som en ändring av mindre karaktär som inte medfört att förutsättningarna för utvärderingen kommit att skilja sig väsentligt från vad som tidigare gällt. Till skillnad mot Amparo anser inte förvaltningsrätten att utredningen i målet talar för att den justering som gjorts i den underliggande formeln har avhållit potentiella anbudsgivare från att avge anbud eller att anbudsgivarnas möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud har försvårats avsevärt till följd av detta. Det är förvaltningsrättens uppfattning att de fem dagar som Amparo fått till sitt förfogande varit fullt tillräckliga för att anpassa och vidta eventuella justeringar av anbudet till följd av den aktuella ändringen. Annat har inte heller visats än att samtliga kvalificerade anbudsgivare har informerats om den aktuella ändringen vid anbudsgenomgången med Trafikverket, varför någon överträdelse av likabehandlingsprincipen inte kan anses ha skett.

Det framstår enligt förvaltningsrättens mening inte heller som troligt att andra anbudsgivare skulle ha godkänts eller att utfallet av upphandlingen skulle ha påverkats om det vid tidpunkten för anbudsgivning varit känt att formeln skulle komma att justeras på det sätt som skett. Amparo har redogjort för det analysarbete som man gjort inför anbudsgivningen med avseende på olika komponent- och prissättningsval. Av utredningen i målet framgår emellertid att Amparo vid utvärderingen placerat sig på fjärde plats och att skillnaden mellan Amparos anbudssumma och den nästa lägsta offererade anbudssumman i upphandlingen uppgår till ca 250 miljoner kr. Även med beaktande av de olika räkneexempel som Amparo konkretiserat vad gäller de ingående komponenterna bomdriv och skåplösningar och en potentiellt sänkt utvärderingssumma i storleksordningen ca 75- 80 miljoner kr, anser förvaltningsrätten att skada som Amparo menar sig ha lidit till följd av ändringen framstår som alltför avlägsen.

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att formeländringen som gjorts inte är att betrakta som väsentlig och finner inte heller att Amparo har förmått visa att ändringen inneburit skada eller risk för skada för bolaget. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF på de av Amparo åberopade grunderna varför ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (3109/1C LOU).



Lennart Andersson
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

