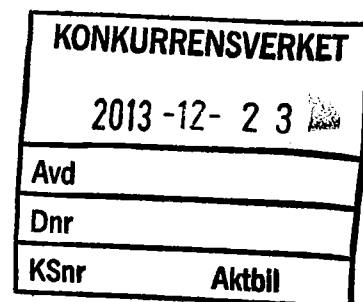




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Föredraganden
 Anna Borgs

DOM
 2013-12-19
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 2789-13



SÖKANDE

Nobina Sverige AB, 556057-0128
 Armégatan 38
 171 71 Solna

Ombud: Advokat Carl Bokwall och jur. kand. Lina Håkansson
 Advokatfirman Cederquist KB
 Box 1670
 111 96 Stockholm

MOTPART

AB Dalatrafik, 556206-2470
 Box 924
 781 29 Borlänge

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och jur. kand. Christoffer Löfquist
 Foyen Advokatfirma AB
 Södergatan 15
 211 34 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om edition.

Dok.Id 98069

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

AB Dalatrafik (Dalatrafik) genomför i form av öppet förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) en upphandling benämnd ”Trafikupphandling 2012” med diarienummer 2012/130 U00. Tilldelningsbeslut fattades den 18 juni 2013 varvid Sambus AB (Sambus) och Arriva Sverige AB (Arriva) antogs som leverantörer.

Nobina Sverige AB (Nobina) ansöker om överprövning och anger följande grunder till stöd för ansökan. De kommersiella anbudsförutsättningarna är inte förenliga med kraven på förutsägbarhet och proportionalitet. Anbudsförutsättningarna har i flera omgångar väsentligen förändrats. Utvärderingsmodellen är utformad på ett sätt som ger Dalatrafik ett oacceptabelt stort skönsmässigt utrymme vid valet av leverantör. De vinnande anbudsgivarna uppfyller inte de obligatoriska kraven och borde därför ha förkastats. Dalatrafik har brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och genomfört upphandlingen i strid med 1 kap. 24 § LUF. Bristerna i förfrågningsunderlaget har försvårat för Nobina att lämna anbud varför Nobina har avstått från detta. Vid ett korrekt utformat förfrågningsunderlag hade Nobina lämnat anbud och haft goda möjligheter att tilldelas kontrakt. Nobina kan därför anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Vidare framställer Nobina yrkande om edition för att få del av vissa närmare angivna handlingar som kan antas ha betydelse som bevis till styrkande av att Sambus respektive Arrivas anbud innehåller brister och därmed rätteligen borde ha diskvalificerats.

Dalatrafik bestrider bifall till ansökan och för fram att upphandlingen är genomförd i enlighet med de grundläggande principerna och övriga bestämmelser i LUF. Vad gäller frågan om vinnande anbudsgivare borde ha förkastats har Nobina inte talerätt varför ansökan i den delen ska avvisas. Nobina har i målet inte konkretiserat på vilket sätt det lidit eller riskerat att lida skada.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

För att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts måste Nobina visa att Dalatrafik har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att Nobina har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 24 § och 16 kap. 6 § LUF).

När en sökande som i förevarande fall har gjort gällande flera skäl för ingripande enligt LUF bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten avser först att pröva frågan om förfrågningsunderlaget väsentligen har förändrats i strid med LUF.

I denna del har **Nobina** anfört i huvudsak följande. Totalt har förfrågningsunderlaget och tillhörande bilagor kompletterats eller reviderats vid minst 16 olika tillfällen. Det stora antalet förändringar i kombination med att det inte tydligt framgått av de nya versionerna vad som ändrats har gjort förfrågningsunderlaget oöverblickbart. Dalatrafik utlovade en komplett lista över samtliga ändringar som gjorts under anbudstiden men denna lista kom inte att upprättas. Följande exempel på ändringar kan nämnas.

- a) Den 13 mars 2013 frånföll Dalatrafik ett obligatoriskt krav avseende dörrarna i klass 1-fordon (fråga 73 i Frågor & Svar)
- b) Den 13 mars 2013 frånföll Dalatrafik ett obligatoriskt krav avseende hellåggolv i Klass I-fordon (fråga 74).
- c) Enligt det ursprungliga förfrågningsunderlaget skulle prissättningen ske enligt index med prisnivå april 2013. Den 20 mars 2013 ändrades detta till att prissättningen skulle ske enligt index med prisnivå december 2012 (fråga 104)

- d) I det ursprungliga förfrågningsunderlaget var det obligatoriskt för anbudsgivarna att prissätta optionen avseende drift av fordon med biogas. Den 12 februari 2013 meddelades genom ett publikt informationsmeddelande att anbud var giltiga även utan prissatt option avseende drift av fordon med biogas. Därefter publicerades den 28 mars 2013 reviderade bilagor som åter gjorde det obligatoriskt att prissätta optionen (fråga 113).
- e) Den 19 april 2013 förändrades beräkningsmodellen för incitamentsersättningen.
- f) Den 19 april 2013 sänktes antalet garantitimmor (dvs antal timmar som leverantörerna lägst kommer bli ersatta för) med totalt 48 000 timmar per år för alla trafikområden.

Flera av de ändringar som gjorts har direkt eller indirekt inneburit förändringar avseende ersättningen i uppdraget och därmed direkt påverkat prissättningen och ersättningen i uppdraget vilket gör dem väsentliga. Detta gäller särskilt minskningen av antalet garantitimmor eftersom denna minskning innebär en minskad garanterad ersättning, vilket är av väsentlig betydelse för beräkning av anbudspriset. De två sist genomförda förändringarna gjordes två veckor innan anbud skulle lämnas och endast tre dagar, varav två helgdagar, före sista dag att ställa frågor i upphandlingen. Det har dels inneburit att anbudsgivarnas möjligheter att ställa frågor kring förändringarna i praktiken varit obefintliga, dels att tiden för att anpassa anbudet efter förändringarna har varit begränsad. Nobina har själva drivit ett flertal av dessa förändringar och vänder sig inte mot förändringarna som sådana utan anser att förändringarna borde ha lett till en omannonsering av upphandlingen.

Dalatrafik bestrider att förutsättningarna för att lämna anbud väsentligen ändrats och har till stöd för det fört fram följande. Dalatrafik har varit lyhörd och lyssnat på de synpunkter som framförts genom Frågor & Svar och har i de fall det varit behövligt förändrat förfrågningsunderlaget på ett transparent sätt. En upphandlande myndighet har en skyldighet att förtyd-

liga sitt förfrågningsunderlag efter påkallandet av eventuella fel, brister och otydligheter vilket kan leda till att innehållet i förfrågningsunderlaget förändras. Ändringarna är sakligt grundade och ett upprätthållande av de enskilda ursprungliga kraven skulle ha inneburit konkurrensbegränsningar i vissa fall och varit till nackdel för anbudsgivaren i de andra fallen, vilket inte kunde motiveras utifrån de enskilda kravens betydelse för upphandlingen. Betydelsen och omfattningen av ändringarna i den aktuella upphandlingen har ingen avgörande inverkan på en anbudsgivares intresse av att lämna anbud. Antalet ändringar i förfrågningsunderlaget är att betrakta som normalt för en upphandling av denna storlek inom den aktuella branschen och Dalatrafik har vid varje förändring redovisat vad som har förändrats och var förändringen är gjord i underlaget. Samtliga ändringar i förfrågningsunderlaget har gjorts innan anbudstiden löpte ut och den potentielle anbudsgivaren har haft erforderligt tidsutrymme att anpassa sitt anbud utifrån de enskilda ändringarna. Det finns inga särskilda bestämmelser som reglerar i vilka situationer förändringar i förfrågningsunderlaget kan tillåtas, vare sig i direktiven eller i LUF. Enligt 8 kap. 10 § LUF framgår det att den upphandlande enheten på begäran av en leverantör ska lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, under förutsättning att en sådan begäran har gjorts i tid. Denna tidsangivelse ger en fingervisning om vilka tider som ska beaktas vid en bedömning om en förändring skett i tillräckligt god tid. Tidsfristen för att komma in med anbud i den aktuella upphandlingen uppgick ursprungligen till 83 dagar, men efter förlängning med 14 dagar har den slutligen varit 97 dagar. Upphandlingen annonserades den 31 januari 2013 och sista anbudsdag har ändrats från den 24 april 2013 till den 7 maj 2013. Potentiella anbudsgivare har haft tillräckligt med tid och förutsättningar i övrigt för att kunna lämna ett ändamålsenligt och konkurrenskraftigt korrekt anbud med beaktande av ändringarna. - Vad gäller de uppgivna förändringarna framför Dalatrafik följande.

- a-b) Ändringarna avseende de obligatoriska kraven avseende dörrarna och hellåggolv i Klass-1-fordon innebar att de specificerade kraven frångavs och att dörrkraven anpassades till att följa branschnormen i Buss 2010. Orsaken till ändringen var att Dalatrafik i likhet med Nobina var av uppfattningen att fordonen skulle ha samma teknik- och funktionskrav som framgår av Buss 2010. Omfattningen och betydelsen av ändringarna är mycket begränsade och kan inte betraktas vara till nackdel för den potentielle anbudsgivaren då ändringarna medför att denne ska leverera ett fordon som stämmer överens med branschnormen. Förändringarna annonserades till de potentiella anbudsgivarna, som alltså fick ta del av ändringarna knappt två månader innan sista dag för anbudsinlämnandet. Ingen av de två ändringarna är väsentliga.
- c) Den 20 mars 2013 gjordes en förändring som innebar att prissättning skulle ske till ett känt värde i enlighet med branschnormerna. Förändringen är inte att betrakta som väsentlig och är tillåten. Omfattningen och betydelsen av denna ändring är mycket begränsad och den är till fördel för alla potentiella anbudsgivare som därigenom får ett känt indexvärde. Ändringen genomfördes drygt 1,5 månad innan sista dag för anbudsinlämnandet. Den har därmed genomförts i god tid och eventuella negativa konsekvenser har motverkats genom att den har annonserats ut till de leverantörer som hämtat ut förfrågningsunderlaget.
- d) Förändringen med avseende på det obligatoriska kravet om prissatt option är den i sammanhanget mest omfattande. Förändringen föranleddes av ett beslut från den regionala kollektivtrafikmyndigheten Region Dalarna. För att inte de potentiella anbudsgivarna skulle drabbas negativt av denna förändring förlängdes anbudstiden med 14 dagar. Den kvarvarande anbudstiden var därmed 40 dagar och därmed uppfyller Dalatrafik minimikrav på annonseringstid om 52 dagar som ställs i 8 kap. 2 § LUF med avräkning med 12 dagar enligt 8 kap. 5-6 §§ samma lag. Omfattningen och betydelsen av ändringen är begränsad på så sätt att de potentiella anbudsgivarna redan från början hade att prissätta optionen för biogas, det var

således inte en okänd prissättning eller en för upphandlingen nyinförd omständighet att beakta. Detta är inte att betrakta som en väsentlig förändring som medför att upphandlingen ska göras om.

e-f) Den 19 april 2013 förändrades beräkningsmodellen för incitamentsberäkning och antalet garantitimmor sänktes. Dessa ändringar genomfördes 19 dagar innan sista dag för anbuds inlämnande. Den potentielle anbudsgivaren har därmed haft tillräcklig tid att beakta ändringarna i sitt anbud. Ändringarna är inte väsentliga då de endast har marginell ekonomisk betydelse och inte utgör obligatoriska krav.

Förvaltningsrättens bedömning

Det saknas detaljerade bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlaget i LUF. En åtgärd som innebär att förfrågningsunderlaget ändras under pågående upphandling får därför bedömas enligt de allmänna principer som upphandlingslagstiftningen bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 24 § LUF.

En upphandlande enhet är inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbudet ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget, under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Vid prövningen av om en ändring är att betrakta som väsentlig får en samlad bedömning av hur åtgärden påverkar upphandlingen. Av intresse vid denna prövning är bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, tidpunkten för ändringen samt om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser till följd av ändringen. En ändring i ett obligatoriskt krav bör dock normalt ses som en väsentlig förändring (jfr Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF av Anders Asplund m.fl. s 193 f och där refererade rättsfall).

Frågan i målet i denna del är sålunda om de förändringar som gjorts i förfrågningsunderlaget under anbudstiden är väsentliga och om Dalatrafik

genom att inte avbryta upphandlingen och annonsera om den har brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna.

Av utredningen i målet framgår att Dalatrafik vid flera tillfällen under anbudstiden har vidtagit förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten konstaterar att Dalatrafik genom ändringarna har ändrat och frånfallit obligatoriska krav, vilka inte kan anses vara oväsentliga i förhållande till upphandlingsobjektet. Vidare får ändringarna avseende incitamentsberäkning och garantitimmor som genomförts i nära anslutning till att tiden för att ställa frågor gick ut, enligt förvaltningsrättens mening anses vara betydande i förhållande till förfrågningsunderlaget. Vid en sammantagen bedömning av de ändringar som således gjorts under anbudstiden, finner förvaltningsrätten att de är väsentliga. Dalatrafik borde därför ha avbrutit upphandlingen och påbörjat en ny upphandling genom att publicera ett meddelande om den nya upphandlingen.

För att det ska finnas förutsättningar för ingripande enligt LUF krävs, vid sidan av en överträdelse av LUF, även att sökanden lidit eller kan komma att lida skada av åtgärden. Enligt rättspraxis gäller att sökanden ska klargöra och konkretisera på vilket sätt bristerna i upphandlingen medfört att sökanden lidit eller kunnat komma att lida skada (HFD 2013 ref. 53).

Nobina framhåller att de väsentliga förändringarna innebär att det har saknats tillräckliga förutsättningar för att lämna ändamålsenliga och konkurrenskraftiga anbud. Nobina har varit mycket aktiv under anbudstiden och haft ett stort intresse av att inkomma med anbud i upphandlingen. Nobina har genom Frågor & Svar påtalat brister och försökt få Dalatrafik att revidera förfrågningsunderlaget. De många och sena förändringarna har inneburit att det funnits väsentliga oklarheter kring omfattningen av uppdraget och förutsättningarna för dess utförande vilket har tvingat Nobina att avstå från att lämna anbud.

Dalatrafik menar att Nobina inte har konkretiserat vilken skada det lidit av Dalatrafiks agerande. Nobina kan därutöver varken anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada. Nobina har haft mycket god tid på sig att sätta sig in i förfrågningsunderlaget och de förutsättningar som gäller för upphandlingen och Dalatrafik har besvarat Nobinas fråga om de sena förändringarna på ett klagörande sätt. Därutöver har Nobina, av förklarliga skäl, en unik och omfattande kunskap om det aktuella uppdraget och de ekonomiska förutsättningarna eftersom bolaget har utfört kollektivtrafik åt Dalatrafik sedan 2006.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av vad Nobina fört fram att bolaget klargjort och konkretiserat att bristerna i upphandlingen har medfört att Nobina lidit eller kan komma att riskera att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Då de konstaterade bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska den göras om. Vid denna utgång saknas skäl att pröva Nobinas övriga invändningar mot upphandlingen. Utgången i målet medför också att editionsyrkandet kan avslås och målet avgöras slutligt utan att Nobina bereds tillfälle att slutföra sin talan.

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



Karin Forslund Johansson

rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.