



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Maja Karkkonen

DOM
 2015-05-08
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 378-15

SÖKANDE

El-Supply i Ed aktiebolag, 556243-8647
 Box 20
 668 21 Ed

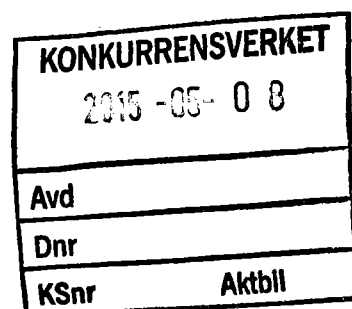
Ombud: Ida-Maria Andersson
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska rättas.

Dok.Id 135874

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

Trafikverket genomför genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) en upphandling av "Aluminiumlinor" (ärendenummer TRV 2014-68426). Tilldelningsbeslut fattades den 21 januari 2015 varvid AMO-Kraft antogs som leverantör utifrån tilldelningsgrunden lägsta pris. Av upphandlingsprotokollet framgår att El-Supply i Ed aktiebolag (El-Supply) lämnat näst lägst pris.

YRKANDEN M.M.

El-Supply ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. El-Supply anför som grund för sin ansökan i korthet följande. Trafikverket har agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att inte ge alla anbudsgivare samma möjlighet till förhandling. Vidare brister förfrågningsunderlaget i transparens avseende anbudsutvärderingen. Om inte förhandlingen med AMO-Kraft beaktats hade El-Supply lämnat anbudet med lägst pris och således tilldelats kontraktet. Om det av förfrågningsunderlaget hade framgått hur slutlig anbudssumma skulle beräknas samt om El-Supply getts möjlighet att förhandla hade El-Supply kunnat utforma ett mer konkurrenskraftigt anbud och haft en reell möjlighet att tilldelas kontrakt. Till följd av bristerna i upphandlingsförfarandet har El-Supply således lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i korthet att upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principer som gäller för upphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad El-Supply anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att El-Supply 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 iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Är förfrågningsunderlaget otydligt?

El-Supply anför i huvudsak följande. I punkten UFB.522 i förfrågningsunderlaget anges att anbudet med lägst pris kommer att antas. Ingenstans i förfrågningsunderlaget framgår dock hur utvärderingen av lägsta pris kommer gå till. Otydligheten är inte förenlig med principen om öppenhet. Vidare anges den uppskattade volymen för upphandlingen i punkten UFA.21 i förfrågningsunderlaget. Det framgår dock ingenstans i förfrågningsunderlaget om det är priset på den totala volymen som kommer att utvärderas. Detta har medfört en osäkerhet för anbudsgivarna om hur pris-sättning ska ske för att erhålla det lägsta priset. Hade det av underlaget framgått på vilket sätt utvärderingen av lägsta pris skulle ske hade El-Supply uppenbart kunnat utforma sitt anbud annorlunda och på så sätt kunna offerera ett mer konkurrenskraftigt anbud. Trafikverket har under tiden för frågor och svar ombetts förtydliga hur utvärderingen skulle komma att gå till men svaret från verket medförde inte att underlaget förtydligades. Det är inte förrän i sitt yttrande till förvaltningsrätten som Trafikverket svarar på hur beräkningen av lägsta pris har gått till. Den brist i transparens som föreligger i förfrågningsunderlaget kan dock inte läkas genom förtydligandet i Trafikverkets yttrande. Oaktat att anbudsgivarna haft samma information är den information som anges i förfrågningsun-

derlaget inte tillräcklig för att det med all önskvärd tydlighet ska stå klart för samtliga anbudsgivare hur beräkning av lägsta pris kommer att gå till.

Trafikverket anför följande. El-Supplys argumentation är ovidkommande till det faktiska utfallet mellan anbudsgivarna. Utvärderingen har skett via en jämförelse av anbudsgivarnas angivna priser, multiplicerat med uppskattade mängder över en period om fyra år. När priserna inkom så rangordnades anbudsgivarna efter prisutfallet och rangordningen ändrades inte när Trafikverket multiplicerade med tid och mängd. I UFA.21 framgår mängderna som Trafikverket har som riktvärde. Samtliga anbudsgivare har således haft informationen och kunnat prissätta sina anbud efter dessa mängder. Det kan inte anses vara särskilt otydligt att Trafikverket kommer använda de uppgifter som efterfrågats för att få fram en summa på vad det faktiskt kommer kosta Trafikverket att kontraktera respektive anbudsgivare. Oaktat hur Trafikverket räknade ut slutpriset, såsom i förevarande fall eller endast med addition av befintliga angivna priser, så påverkade det inte rangordningen. Detta torde innebära att förfrågningsunderlaget inte kan anses som otydligt. Principerna i LUF kan inte ha åsidosatts eftersom uppgifterna varit tydliga och samtliga anbudsgivare har likabehandlats.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en normalt omsorgsfull leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får emellertid godtas under förutsättning att de principer som bär upp LUF och unionsrätten inte överträds (RÅ 2002 ref. 50).

I förfrågningsunderlaget (punkten UFB.522) har Trafikverket angett att det kommer att anta det anbud som har lägst pris. Trafikverket har vidare (punkten UFA.21) angett den uppskattade volymen på upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening är förfrågningsunderlaget inte optimalt utformat eftersom det hade kunnat innehålla ett förtydligande om att beräkningen av lägsta pris skulle avse den totala mängden. Mot bakgrund av att uppgifterna om såväl pris, mängd som period framgår av förfrågningsunderlaget och rimligen bort legat till grund för utformningen av anbuden och då den av Trafikverket använda beräkningsmetoden inte resulterat i att anbudsgivarnas rangordning ändrats anser förvaltningsrätten att det inte är visat att förfrågningsunderlaget innehåller brister av sådan art eller omfattning att kraven på likabehandling och transparens har åsidosatts. Skäl för ingripande på denna grund föreligger således inte.

Har förhandlingen inneburit ett brott mot likabehandlingsprincipen?

El-Supply anför följande. De grundläggande principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 24 § LUF ska iaktas genom hela upphandlingsprocessen, vilket bl.a. innebär att samtliga leverantörer ska ges samma förutsättningar att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. I 4 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) framgår också att syftet med förhandlingsförfarandet ska vara att få fram det bästa anbudet. Någon liknande bestämmelse finns inte i LUF, men detsamma torde gälla även förhandlingar inom ramen för det regelverket. Av Trafikverkets yttrande framgår att AMO-Kraft sänkt sina priser med 7-10 procent i och med förhandlingen, vilket i sin tur resulterade i att de lämnade anbud med lägst pris. Om inte förhandlingen skett med AMO-Kraft hade El-Supply lämnat anbudet med lägst pris och således tilldelats kontraktet. Eftersom El-Supply inte beretts möjlighet att förhandla har de inte fått samma möjlighet att sänka sina priser som AMO-Kraft. Om även El-Supply fått möjlighet att förhandla hade de haft samma möjlighet att sänka sina priser och därigenom hade Trafikverket erhållit det bästa anbudet, dvs. det anbud med lägst

pris. Trafikverket ska därför åläggas att rätta tilldelningsbeslutet genom att i första hand förhandlingen med AMO-Kraft inte beaktas vid utvärderingen och i andra hand genom att El-Supply ges möjlighet till förhandling.

Trafikverket menar å sin sida att vid ett förhandlat förfarande har beställaren möjlighet att förhandla med anbudsgivarna och det är beställaren som bestämmer med vilka eller vilken av anbudsgivarna som förhandling ska ske. Det är således inte nödvändigt att förhandla med samtliga anbudsgivare. I förevarande upphandling förhandlade Trafikverket med vinnande anbudsgivare som sänkte sina priser med 7 – 10 procent, vilket ledde till det lägsta priset i upphandlingen. Möjligen är det därför El-Supply erhållit ett annat pris än vad som anges i upphandlingsprotokollet. Det är dock det priset som vinnande anbudsgivare kommer vara bunden vid om kontrakt tecknas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget (UFB.11) anges att upphandlingen genomförs i form av förhandlat förfarande, vilket innebär att anbud kan komma att antas utan förhandling, men också att köparen om så önskar kan kalla till förhandling med en eller flera anbudsgivare. Bestämmelsen har sin motsvarighet i 2 kap. 9 § LUF i vilken det anges att med ett förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Trafikverket har inom ramen för det förhandlade förfarandet valt att förhandla med en leverantör, vilket i sig inte står i strid med förfrågningsunderlagets bestämmelse om den aktuella upphandlingens förfarande eller 2 kap. 9 § LUF. Den upphandlande enheten kan emellertid inte helt fritt välja vilken eller vilka leverantörer denne förhandlar med, eftersom de grund-

läggande principerna i 1 kap. 24 § LUF måste iakttas genom hela upphandlingsprocessen, även om upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande.

I aktuellt förfrågningsunderlag anges inte närmare hur urvalet av leverantörer till förhandling kommer att ske. Under sådana förhållanden har Trafikverket, för det fall verket önskar förhandla med en eller flera leverantörer, att med beaktande av de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling, förutsebarhet och transparens och utifrån de krav och den utvärderingsmetod som anges i förfrågningsunderlaget, göra ett urval bland de leverantörer som i förevarande upphandling lämnat ett skriftligt anbud.

Av utredningen i målet framgår att samtliga tre anbudsgivare har uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen och kvalificerat sig till utvärderingen. Vid den tidpunkt då enbart de skriftliga anbuden lämnats in hade El-Supply lämnat det anbud med lägst pris (Aluminiumlina 212 mm² offererades för 6,68 kr per meter och Feal lina 99 mm² offererades för 3,84 kr per meter) och var således den anbudsgivare som utifrån upphandlingens tilldelningsgrund lägsta pris skulle tilldelats kontraktet. AMO-Kraft hade lämnat anbudet med näst lägst pris (Aluminiumlina 212 mm² offererades för 6,93 kr per meter och Feal lina 99 mm² offererades för 5,54 kr per meter). Trafikverket valde därefter att enbart förhandla med AMO-Kraft, vilket resulterade i att AMO-Kraft, som var den leverantör som lämnat det näst lägsta anbudet, sänkte sina anbudspriser med mellan 7 – 10 procent. Till följd av detta blev AMO-Kraft också den anbudsgivare som nu lämnat anbudet med lägst pris och som Trafikverket sedermera tilldelade kontraktet.

Enligt förvaltningsrättens mening har Trafikverket, genom sitt förfarande att enbart förhandla med AMO-Kraft, trots att El-Supply vid denna tidpunkt var den anbudsgivare som kvalificerat sig till utvärderingen och

lämnat lägst pris, brutit mot principen om likabehandling. El-Supply får till följd härav anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Bristema i upphandlingsförfarandet är inte hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd.

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

Lina Nilsson Levin
förvaltningsrättsfiskal



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.