

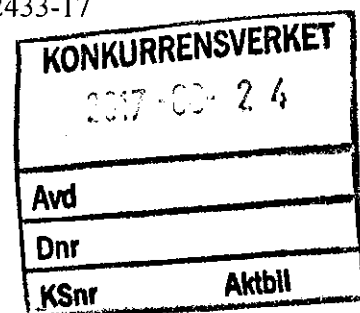


FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredraganden
Antonia Eriksson

DOM
2017-08-24
Meddelad i Falun

Mål nr
2433-17

1



SÖKANDE

Eitech Engineering, 556327-4314
Box 202
732 24 Arboga

Ombud: Biträdande jurist Anna Englund och Advokat Liselott Fröstad
AG Advokater KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Eitech Engineerings ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet.

Dok.Id 199279

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

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Trafikverket har, genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), annonserat upphandlingen ”Totalentreprenad för utförande av trimningsåtgärder Laxå-Göteborg inom Västra Götalands län” CMT ID 147046. Trafikverket beslutade den 18 maj 2017 att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs att Trafikverket blivit varse om att anbuden inte har likställts vid förhandling. Vinnande leverantör har efter den andra av två förhandlingar med respektive anbudsgivare justerat sitt anbud innebärande att priset för elkablar tagits bort. Trafikverket efterfrågade och fick en preliminär uppgift om vad prisavdraget uppgått till. Eitech Engineering (Eitech) har av sekretessskäl inte fått ta del av prisavdragets storlek. Eitech gavs också möjligheten att förhandla om att ta bort ersättningen för elkablar i kontraktssumman, vilket Eitech avstod. Frågan om ersättning för elkablar togs därefter bort ur förhandlingen och Trafikverket och Eitech kom överens om att Eitech inte skulle prissätta en separat reglering av elkablar. Vinnande leverantörs och Eitechs anbudspriser har således omfattat olika arbeten och ersättningsformen för elkablar är därmed inte densamma för de båda anbudsgivarna. Trafikverket ansåg att rättelse inte kan ske genom en ny utvärdering, varför avbrytandebeslut fattades.

Eitech ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att beslutet ogiltigförklaras och menar att bristerna i upphandlingen kan avhjälpas genom rättelse, vilket är en mindre ingripande åtgärd.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Eitech anför i huvudsak följande. Av avbrytandebeslutet framgår att motivet till att avbryta upphandlingen är att Trafikverket blivit varse om att an-

buden vid förhandlingen inte har likställts och att rättelse således måste ske. Eitech kan inte se något hinder för att det, utan att begära in nya uppgifter om pris, går att återkalla tilldelningsbeslutet och genomföra en rättvisande utvärdering utan beaktande av vinnande leverantörs prisavdrag för elkablar. I en sådan likabehandlande utvärdering skulle Eitechs och vinnande leverantörs anbud innefatta samma arbeten och elkablar skulle ersättas enligt samma ersättningsform. Trafikverket har inte angett varför rättelse inte kan ske inom ramen för en ny utvärdering. Det är således inte nödvändigt att avbryta upphandlingen för att åstadkomma likabehandling. Rättelse kan även ske på så sätt att Trafikverket återupptar förhandlingsmomentet i upphandlingen och bortser från den tidigare förhandlingen som skett på olika villkor för vinnande leverantör och Eitech. Genom att vinnande leverantör och Eitech ges tillfälle att justera sina priser på samma villkor kan likabehandlingsprincipen upprätthållas. Detta skulle vara en möjlighet även om anbudsgivarna tagit del av varandras prisuppgifter. Eftersom Trafikverket inte visat att det varit nödvändigt att avbryta upphandlingen föreligger inte sakligt godtagbara skäl för avbrytandebeslutet.

Av protokollet från förhandlingen med vinnande leverantör framgår att vinnande leverantör uppskattar värdet av borttagande av elkablarna till "några miljoner". Om Trafikverket vid förhandlingen inte hade tillåtit vinnande leverantör att ta bort kostnaden för elkablarna från anbudspriset skulle vinnande leverantörs anbudspris varit några "några miljoner" kronor högre. Det får antas vara ett högre belopp än de 1 609 967 kr som skiljer mellan Eitechs och vinnande leverantörs anbud. Vid en ny utvärdering skulle Eitech sannolikt ha det lägsta anbudspriset. Att Trafikverket avbrutit upphandlingen istället för att genomföra en ny utvärdering innebär att Eitech gått miste om kontraktstilldelningen. Beslutet att avbryta upphandlingen innebär därför att Eitech har lidit eller i vart fall riskerar att lida skada.

Trafikverket anför i huvudsak följande. När anbudet inkom i den aktuella upphandlingen konstaterade Trafikverket att detta överskred Trafikverkets budget. I syfte att försöka minska kostnaden bjöd Trafikverket in anbudsgivarna med lägst anbudssumma, Eitech och vinnande leverantör, till förhandling. Trafikverket erbjöd dem att se över tänkbara förhandlingsområden i syfte att minska anbudspriserna och innehålla budgeten. Förhandlingarna resulterade i att anbudsgivarna tog bort RSFI-baliser inklusive kablar och tavlor förutom vid infarterna. Vinnande leverantör föreslog därutöver att plocka bort arbete med elkablar från anbudssumman och att dessa arbeten istället skulle ersättas enligt löpande räkning i kontraktet. Avdrag skedde från respektive anbudsgivares anbudssumma för de avgående arbetena. Förhandlingarna innebar således att vinnande leverantör skulle utföra arbete med elkablarna, men bolaget skulle ersättas för arbetet enligt löpande räkning i kontraktet. Arbetet ingår inte i den utvärderade anbudssumman till skillnad från Eitech vars anbudssumma innehåller arbetet. Anbudet lämnades således på olika grund och är därför inte jämförbara. Under förhandlingen klargjordes hur stort prisavdrag de avgående arbetena svarade mot och det stämmer att vinnande leverantör i protokollet från förhandlingen del två har uppgett kostnadsminskningen på det fasta priset till "några miljoner kronor". Trafikverket ställde dock ytterligare frågor till vinnande leverantör för att klargöra minskningen och erhöll svar med en lägre kostnadsminskning än "några miljoner". Den senare uppgiften om prisavdrag är emellertid inte heller exakt, utan innehåller ordet "cirka". För de fall rättelse i form av ny utvärdering skulle ske på det sätt som Eitech yrkar, behöver uppgiften om priset vara exakt. Nya uppgifter om pris skulle därmed få lov att inhämtas, vilket Trafikverket inte ser som möjligt eftersom anbudsgivarna nu har vetskap om varandras anbud, anbudspriser och skillnaden mellan dessa. Härutöver har Trafikverket behov av att arbeta om förfrågningsunderlaget för att bättre motsvara verkets behov utifrån bland annat tillgänglig budget. Den enda möjligheten till rättelse som återstår är därför att göra om upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande enhet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI, punkt 40-41). EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl, inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43). EU-domstolen har vidare uttalat att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlande enheten på grund av fel som den själv begått inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (mål C-244/02 Kauppatalo Hansel). Det är den upphandlande enheten som ska visa att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Trafikverket har som motiv för att avbryta upphandlingen angett att verket blivit varse att anbudet vid förhandling inte har likställts och måste rättas. Upphandlingen avbröts för att rättelse inte kunde ske genom ny utvärdering. I senare yttrande har Trafikverket anfört att anledningen till att detta inte kan ske är att uppgifterna om leverantörens prisavdrag då måste vara exakta, vilket de inte är. Nya prisuppgifter bedömdes inte kunna inhämtas vid beaktande av anbudsgivarnas vetskap om varandras anbud. Trafikverket anser sig vidare behöva omarbeta förfrågningsunderlaget.

Eitech har gjort gällande att rättelse kan ske utan att nya prisuppgifter behöver inhämtas om en ny rättvisande utvärdering görs där det bortses från vinnande leverantörs prisavdrag för elkablar, vilket angetts ungefärligt. Det har också anförts att rättelse kan ske, trots att anbudsgivarna tagit del av varandras prisuppgifter, om Trafikverket återupptar förhandlingsmomentet i upphandlingen och bortser från den tidigare förhandlingen som skett på olika villkor.

I målet är ostridigt att leverantörernas anbud inte har lämnats på lika villkor och att det inte varit möjligt att utvärdera anbuden på ett likabehandlande sätt. Av utredningen i målet framgår att vinnande leverantör inte har beretts tillfälle att lämna ett anbud utan beaktande av justering för elkablar eller uppmanats att med exakthet precisera kostnaden i denna del. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att Trafikverket inte har agerat i strid med unionsrätten eller i övrigt oskäligt när verket valt att inte rätta upphandlingen genom att konstruera ett nytt anbud för vinnande leverantör och genomföra en ny utvärdering. Det förefaller inte heller anmärkningsvärt att Trafikverket avstått från att återuppta förhandlingsmomentet, snarare än att avbryta förfarandet, i en upphandling där de ursprungliga anbuden för övrigt överstigit Trafikverkets budget enligt uppgift. Förvaltningsrätten finner sammantaget att de skäl som Trafikverket har åberopat för sitt beslut att avbryta upphandlingen är sakligt godtagbara. Det har inte framkommit att grundläggande principer inom gemenskapsrätten åsidosatts genom beslutet. Eitech ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet ska därför avslås.

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

Veronica Eriksson
förvaltningsrättsfiskal



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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-post-adress, 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.