



SÖKANDE

1. Metrima AB, 556584-0815 (mål nr 6422-17)
Westmansgatan 37 A
582 16 Linköping

2. HM Power Metering AB, 556749-8398 (mål nr 6465-17)
Stansargränd 2
721 30 Västerås

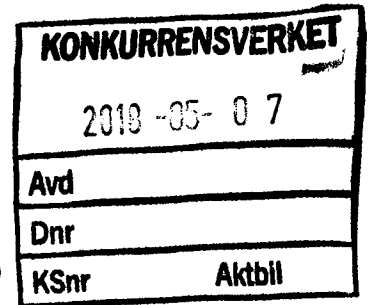
MOTPART

Sala-Heby Energi Elnät AB, 556181-3675

Ombud: advokaten Kristian Pedersen och juristen Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Metrima AB:s ansökan om förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Metrima inte förkastas och att ny utvärdering görs.

Förvaltningsrätten avvisar HM Power Metering AB:s yrkande om skadestånd.

Förvaltningsrätten avslår HM Power Metering AB:s ansökan i övrigt.

BAKGRUND

Sala-Heby Energi Elnät AB (SHE Elnät) genomför en upphandling av mätare och mätinsamlingssystem, 2017/05. Upphandlingen avser enligt förfrågningsunderlaget ett femårigt ramavtal på mätare samt mätinsamlingssystem. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande över tröskelvärdet enligt LUF. Tilldelningsbeslut meddelades den 17 november 2017. Enligt tilldelningsbeslutet antogs anbudet från Swemet AB (Swemet) som uppfyllde alla ställda krav och var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare angavs att anbudet från Metrima AB (Metrima) förkastas då anbudet är ofullständigt och anbudsgivaren inte på ett tillfredsställande sätt förklarat det låga priset eller kostnaden. Anbudet från HM Power Metering AB (HMPM) uppfyllde alla ställda krav.

YRKANDEN

Metrima (6422-17) yrkar i första hand att upphandlingen rättas på så sätt att bolagets anbud inte förkastas och att ny utvärdering görs varvid anbudsgivarnas ursprungliga anbud beaktas, i andra hand ska sådan förnyad utvärdering göras med beaktande av HMPM:s och Swemets uppdaterade anbud. I tredje hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om.

Metrima ber vidare att förvaltningsrätten fastställer huruvida G3-PLC Alliance får föreskrivas som obligatoriskt krav, huruvida ett förhandlat förfarande får användas om det enbart avses att förhandla om priset och inte den tekniska lösningen samt fastställa om det är acceptabelt att förhandla pris i en situation där andra faktorer inte behandlar anbudsgivare lika.

HMPM (6465-17) yrkar att upphandlingen ogillas och att upphandlande enhet ska ersätta HMPM för nedlagt arbete. HMPM yrkar skadestånd om 228 468 kr från upphandlande enhet för kostnader för nedlagt arbete i sam-

band med upphandlingen. Vidare yrkar HMPM att det ska utredas om SHE Elnät vid direktköp agerat mot förvaltningsrättens tidigare dom.

SHE Elnät motsätter sig bifall till ansökningarna.

VAD PARTERNA ANFÖR

Metrimas talan (mål nr 6422-17)

Metrimas anbud

Metrimas anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och genom att anbudet inte utvärderats har bolaget lidit skada. Metrimas anbud har diskvalificerats från deltagande i utvärderingen. Metrima har inte givits tillfälle att yttra sig över diskvalificeringen innan tilldelningsbeslutet, med en kort sammanfattning av utvärderingen där Metrimas anbud inte var med, meddelades. Detta förfarande omöjliggjorde krav från Metrima på upplysningar enligt 12 kap. 13 § LUF och står inte i samklang med den bestämmelsen.

Metrima har lämnat ett komplett anbud. Metrima har inte ombetts förklara sitt föregivet ”låga” pris. Metrima har endast ombetts förklara strukturen i sitt anbud och bakgrunden till att vissa kostnader, vilka inte ingår i utvärderingen, inte tagits med i anbudet samt att vissa ingår i andra rader i anbudsformuläret. Metrima har muntligt och skriftligt förklarat prisnivån för upphandlande enhet. Prisenivån är även känd för SHE Elnät sedan tidigare.

Redan för 15 år sedan betalade SHE Elnät enbart tilläggskostnader, men inte vare sig startkostnad eller årlig driftskostnad. Upphandlande enhet har valt ut en liten del av den totala kostnadsmassan, kostnaden för start samt drift år 2–9, för att identifiera att Metrima lämnat ett ”onormalt lågt” pris. Kostnaden för dessa poster skiljer sig åt mellan de tre anbudsgivarna. Det är uppenbart att alla anbudsgivare inte har förstått upphandlingsdokumenten på

samma sätt eller att alla anbudsgivare inte har samma kostnadsstruktur. Metrima löste dilemmat genom att inkludera kostnaden för start och drift, vilka hursomhelst hos Metrima är försvinnande små, i kostnaden för apparaterna.

Upphandlande enhet har i sitt svar på ansökan om överprövning ändrat inställning i förhållande till motiveringen i tilldelningsbeslutet. Utvärdering med fokus på livscykelkostnad (LCC) är föreskriven i förfrågningsunderlaget. Det anges dock inte hur utvärderingen ska gå till och vad som ska ingå. En anbudsgivare måste därför utgå ifrån de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Metrima har angett all information som efterfrågas i förfrågningsunderlaget för att upphandlande enhet ska kunna utföra en LCC-analys. Det är inte tillåtet att i efterhand lägga till ytterligare krav. Att ange noll kr för vissa poster i prisformuläret innebär inte att anbudet är ofullständigt. Support ska betalas per timma och inte ingå i utvärderingspriset. Metrima har redan utvecklat samtliga efterfrågade funktioner, anpassningar och integrationer med andra system. Eftersom Metrimas kostnad är noll kr vore det inte etiskt att ta betalt igen. Strategiskt viktigt i nu aktuell typ av upphandling är den långa bindningstiden. Formellt är bindningstiden kort då upphandlingen avser ett ramavtal utan köpåtagande. I praktiken blir det uppemot 18 år när systemet väl installerats. Metrimas anbud innebär inga årliga avgifter vilket klart framgår av Metrimas anbud.

Exakta produkter har inte efterfrågats. SHE Elnät har angett att upphandlingen avser ett totalt system för vilket funktioner, uppfyllnad av legala krav m.m. förutsätts men det saknas definition av en exakt produkt. Detta vore inte heller rimligt med tanke på att produkterna ska levereras under en tid om minst fyra år och sedan underhållas i ytterligare (minst) 10 år. Under den tiden torde produkterna behöva ändras av många olika tekniska skäl. Kraven kommer högst sannolikt att ändras. Eftersom kraven inte är tillräckliga för att fullständigt specificera en mätare som ska levereras under lång tid, till

exempel är den så kallade HAN-pluggen (interface för information till slutanvändare) inte specificerad. Metrima har inkommit med ett antal möjliga produkter som kan anpassas och levereras med uppfyllnad av upphandlande enhets krav. Metrima har i diskussioner med upphandlande enhet tydligt förklarat att det finns en stor andel parametrar som fortfarande måste bestämmas och att exakt produkt först kan väljas ut när dessa har fastställts. Detta har inte något inflytande på pris eller leveranskapacitet.

Förfrågningsunderlaget

Den svårighet i jämförbarhet för marknaden som SHE Elnät hänvisar till är inte korrekt, vare sig tekniskt eller kommersiellt. Att jämföra mätare är enkelt. Det finns entydiga obligatoriska krav som definieras i lagar och föreskrifter utfärdade av Swedac och Energimarknadsinspektionen. Alla andra krav är tilläggskrav som den upphandlande enheten kan ställa och är därmed att likställa med börkrav. En upphandling som enbart riktar in sig på obligatoriska krav utöver de som krävs för att uppfylla gällande regelverk kan därför enbart syfta till att minska antalet möjliga leverantörer. Att jämföra systemlösningar är däremot svårt och kräver jämförelse av användarvänlighet, hanterbarhet, support- och utvecklingsmöjligheter samt prestanda. Inga sådana krav har ställts av upphandlande enhet. Upphandlande enhet har ställt ytterst få krav i tillägg till lagliga krav. De obligatoriska kraven i upphandlingen har skrivits så att enbart ett ytterst litet antal mätarfabrikanter ska kunna delta. Detta kan ses genom det ringa antal anbud som inkommit. Flera stora leverantörer har inte kunnat inkomma med anbud beroende på de snävt ställda kraven.

Eftersom G3-PLC inte är en standard får den inte användas som obligatoriskt krav i en upphandling enligt LUF. I vart fall inte utan tillägget ”eller likvärdig”. G3-PLC Alliance är en privat organisation som propagerar för användning av G3-PLC-specifikationen. Detta framgår av deras webbplats.

Organisationen har som mål att propagera för att få G3-PLC accepterad som standard och är själv av åsikten att dess rekommendation inte är en standard. Det saknar betydelse att Metrims kan leverera produkter som är godkända av G3-PLC Alliance. Det finns nämligen alternativa produkter till lägre kostnad som fyller ställda krav på funktion. Kravet på produkter som är godkända G3-PLC Alliance är till ekonomisk nackdel för Metrims. LUF tillåter inte specifikation av produkter som bara kan levereras av en eller få leverantörer.

Upphandlingsförfarandet och lagstiftning

Det upphandlingsförfarande som SHE Elnät har angett i upphandlingsdokumenten finns inte i LUF. Om det är förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LOU som avses är förutsättningarna för att använda det förfarandet inte uppfyllda. Metrims tror att SHE Elnät lyder under LOU.

Brister i Swemets och HMPM:s anbud

Swemets anbud innehåller brister i förhållande till obligatoriska krav och HMPM:s anbud innehåller en otillåten reservation som gör anbudet ogiltigt. SHE Elnät borde ha kontrollerat HMPM:s och Swemets låga priser. Detta visar att Metrims inte behandlats lika i förhållande till de andra anbudsgivarna.

Förhandlingarna

Pris får inte förhandlas om det leder till olika behandling av olika anbudsgivare eller till att förutsättningarna ändras, vilket är fallet i aktuell upphandling.

I avgörandet HFD 2015 ref. 63 fastställs att det är av yttersta vikt hur förhandlingen går till och att alla deltagande anbudsgivare ska behandlas lika. Eftersom det saknas protokoll från förhandlingarna finns det inget bevis för vad som har sagts, därför kan det inte säkerställas att likabehandling har förelegat. Den stora prissänkningen som Swemet har gjort, och det faktum att de lyckas lägga sig precis under det pris som HMPM har angivit är anmärkningsvärt.

SHE Elnäts inställning avseende Metrimas ansökan (6422-17)

Metrimas anbud

Metrimas anbud har förkastats på grund av bristande uppfyllelse av obligatoriska krav. Upphandlande enheter är endast skyldiga att låta anbudsgivare yttra sig över skälen för "uteslutning" enligt 13 kap. 5 § LUF. Metrima har inte uteslutits ur upphandlingen.

12 kap. 13 § LUF syftar endast till att anbudsgivare ska underrättas om skälen för att ett anbud har förkastats, alternativt varför ett annat anbud antagits. I praktiken uppfylls denna upplysningsplikt genom att upphandlande enhet anger "brist i förhållande till obligatoriskt krav" respektive en beskrivning av vilka kvalitativa fördelar alternativt vilket lägre pris som vinnande anbud hade i jämförelse. Sådana upplysningar ska lämnas senast inom 15 dagar från begäran.

SHE Elnät har förkastat Metrimas anbud på grund av att likabehandlingsprincipen förhindrar en upphandlande enhet att godta ett ofullständigt anbud. SHE Elnät gör inte gällande att anbudet är "onormalt lågt". Som framgår av Metrimas anbud har Metrima angett "0 kr" för den stora merparten av de efterfrågade prisuppgifterna i prisformuläret. Instruktionen i förfrågningsunderlaget är dock tydlig i denna del, dvs. SHE Elnät har uttryck-

ligen krävt sådana detaljerade prisuppgifter som gör det möjligt att genomföra en LCC-kalkyl. Metrimas anbud saknar dessa uppgifter.

Som argumentation kring varför Metrima inte inkommit med prisuppgifter för dessa poster, trots att det utgör ett obligatoriskt krav, förefaller Metrima försöka utnyttja ramavtalet på ett osunt strategiskt sätt, vad gäller förväntade tilläggsbeställningar. Den typen av osund strategisk anbudsgivning är precis vad SHE Elnät har avsett att minska risken för, genom att göra LCC-analyser av inkomna anbud. Inte nog med att Metrima inte har lämnat de efterfrågade prisuppgifterna enligt formuläret, utan Metrimas uttryckliga förväntan är att skapa lönsamhet under ramavtalet genom att utgå från att SHE Elnät är villigt att genomföra väsentliga förändringar av omfattningen av det. Ett sådant agerande förefaller dock direkt oseriöst, och Metrimas påståenden i detta avseende framstår som ogrundade spekulationer.

Metrimas anbud saknar uppgifter om vilka produkter som faktiskt offererats. Anbudet innefattar endast prisuppgift för de olika offererade mätarna, i kombination med en mycket omfattande dokumentation för en stor mängd produkter. SHE Elnät har fått dokumentation för 135 olika produkter, trots att det endast efterfrågats fyra kategorier av mätare, med tillhörande moduler och multipunkter. Vissa av produkterna som dokumentationen rör förefaller vara otillåtna att använda i Sverige. Ytterligare andra är av helt annat slag än vad upphandlingen avser.

Förfrågningsunderlaget

SHE Elnät bestrider att det är otillåtet att upphandla G3-PLC-certifierade produkter. Under alla omständigheter kan konstateras att Metrima inte kan anses lida skada av den påstådda bristen, eftersom Metrima saluför G3-PLC-certifierade produkter, och följaktligen inte heller förkastats till följd av kravets tillämpning.

Swemets och HMPM:s anbud

Det finns ingen specificering i upphandlingsdokumenten gällande hur omsättningen ska beräknas, och den har inte heller varit avsedd av SHE Elnät. Såvitt framgår av tillgängliga uppgifter har Swemet en årlig omsättning i vart fall de senaste fem åren som överstiger 10 miljoner kr. SHE Elnät har gjort en grundlig genomgång av Swemets ekonomiska stabilitet, utifrån kraven i upphandlingen, och därvid gjort bedömningen att Swemet uppfyller samtliga krav.

Metrima anför vidare att Swemets anbud inte uppfyller kravet på 12 kV stötspänning och inte innehåller produkter som är G3-PLC-certifierade, eftersom Swemet inte inkommit med testprotokoll från SP. SHE Elnäts tekniker har dock analyserat den av Swemet beskrivna testmetoden och funnit att den ur ett tekniskt perspektiv uppfyller kraven i upphandlingen. Vad Metrima anför om den påstådda betydelsen av olika typer av modellbeteckningar ska därvid lämnas utan avseende.

Bedömningen av HMPM:s anbud påverkar inte utgången i målet.

Förhandlingarna

Metrimas uppfattning att en förhandling enligt LUF inte får avse pris, saknar stöd i lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och tillgänglig doktrin, se t.ex. HFD 2015 ref. 63.

HMPM:s talan (6465-17)

Förfrågningsunderlaget

HMPM:s anbud har inte utvärderats på samma villkor som Swemet. HMPM har vid flera tillfällen påpekat att ”projektgenomförande” och ”dokumentation” inte har definierats i upphandlingsdokumenten och efterfrågat precisering från SHE Elnät angående dessa kostnadsposter. SHE Elnät har underlåtit att till anbudsgivarna definiera omfattningen av ”projektgenomförande” och ”dokumentation”. HMPM har även påpekat detta i sitt anbud. HMPM levererar för närvarande fem projekt av liknande omfattning på den svenska marknaden och har stor kunskap om vad ett seriöst projektgenomförande kostar. Swemet har inga liknande referenser och det är möjligen p.g.a. okunskap Swemet varken angivit något pris eller angett om projektgenomförande och dokumentation ingår i anbudet. HMPM har i sitt anbud bifogat en tydlig beskrivning av det projektgenomförande som ingår i anbudet. Om det är så att HMPM:s beskrivning av projektgenomförande skiljt sig väsentligt från SHE Elnäts intentioner borde det framkommit vid HMPM:s upprepade frågor till SHE Elnät angående framförallt projektgenomförande.

Swemets anbud

Projektgenomförande och dokumentation

Swemets anbud borde ha förkastats på grund av att projektgenomförande och dokumentation ska ingå i anbudet. Det står ingenstans i Swemets anbud att det ingår varför det får antas att Swemet har för avsikt att fakturera löpande kostnader. Prisskillnaden mellan HMPM och Swemets anbud är 600 000 kr för dessa poster. Det kan därför ifrågasättas hur SHE Elnät kan anse att HMPM och Swemet har offererat jämförbara saker. Denna post är direkt avgörande för upphandlingens utfall.

Offererade mätare

Swemets anbud uppfyller inte samtliga obligatoriska krav och saknar i vissa hänseenden uppgift om att vissa krav uppfylls. Samtliga mätare ska vara MID-certifierade, G3-PLC-certifierade och kunna kompletteras med radio eller GPRS. Enligt svarsmall i Swemets anbud är endast enfasmätare MID-certifierade, G3-PLC-certifierade och kan kompletteras med radio eller GPRS. Det är vidare tveksamt om Swemets mätare får användas för debiteringsmätning på den svenska marknaden då de sannolikt inte klarar lagstadgade temperaturgränser, se Swedacs föreskrifter om mätare för aktiv energi, STAFS 2016:4. Ingenting i Swemets anbud styrker att mätarna klarar kraven i 4 § i dessa föreskrifter och då framförallt den undre temperaturgränsen.

Enligt förfrågningsunderlaget ska mätarna testas för 12 kV enligt SP eller likvärdig metod. SP metod 1618 har i decennier varit den gällande metoden för att utföra 12 kV tester på elmätare i Sverige. Det som skiljer SP:s metod från andra internationella standarder är att testerna ska utföras med 40 ohm "source impedance" istället för 500 ohm. Swemet har med sitt anbud bifogat testprotokoll angående 12 kV-test av mätarna. Testerna har stora brister och styrker att Swemets offererade mätare inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Det är anmärkningsvärt att SHE Elnät accepterar testdokument som inte är utfärdade av ackrediterat oberoende testlaboratorium. Det är även anmärkningsvärt att tillverkaren som gjort testerna lyckats utföra 12 kV-tester med ett instrument som endast kan ge 8 kV impulser enligt datablad. Swemets mätare har testats under väsentligt enklare former som inte uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget. Swemets anbud innehåller inga datablad eller annan information om offererade mätare varför HMPM ställer sig frågande till hur SHE Elnät lyckats bedöma mätarnas prestanda, funktionalitet och uppfyllande av kravspecifikationen. SHE Elnät har utifrån Swemets anbud och de handlingar som bifogats anbudet inte

kunna bedöma om de offererade mätarna är MID-certifierade. HMPM ställer sig frågande till hur SHE Elnäts tekniker har bedömt att mätaren klarar ställda krav.

Förhandlingarna

HMPM:s anbud var lägst av anbuden. Under processen har priset sänkts i omgångar varvid Swemets anbudspris till slut hamnade precis under HMPM:s pris. Swemets ursprungliga anbud låg på cirka 22 miljoner kr och HMPM:s anbud på cirka 14 miljoner kr. Att vinnande anbudsgivare sänkt sitt pris med 30 procent för att slutligen hamna 70 000 kr under HMPM:s anbudpris får den konspiratoriska att tro att vinnande anbudsgivare fått otillbörlig information om övriga anbud. Det föranleder en misstanke om att Swemet redan på förhand varit utsedd att vinna upphandlingen. HMPM har fått indikationer från tredje part om att SHE Elnät har förvärvat Swemets produkter redan innan tilldelningsbeslut fattades.

HMPM åberopar e-postmeddelande från Swemet till upphandlande enhet den 3 november 2017 som berör justering av anbudet. E-postmeddelandet visar att SHE Elnät haft otillbörlig kontakt med Swemet som därmed favoriserats genom att få information om att priset på trefasmätare måste justeras. Om ytterligare samtal förekommit kan inte bevisas, men det kan inte uteslutas eftersom Swemet enligt e-postmeddelande förväntar sig ytterligare samtal från SHE Elnät om något behöver justeras.

HMPM:s anbud innehåller inga brister

SHE Elnät har framfört att HMPM:s anbud är behäftat med brister. Detta stämmer inte. G3-PLC-certifikat har skickats med för mätaren MA309 som är godkänd både för enfas- och trefasmätning. HMPM har skickat med ytterligare förslag på G3-PLC-mätare för enfasanläggningar då det ibland är

utrymmesbrist i enfasanläggningar och det därför kan vara lämpligt med ett alternativ. Trefasmätaren kan användas som enfasmätare. Offererat pris för enfasmätare gäller naturligtvis eftersom det är offererat. Inget av det SHE Elnät framfört hade påverkat utvärderingen då offererat pris och antal för var typ av mätare naturligtvis gäller.

SHE Elnät hävdar vidare att HMPM:s anbud har en ogiltig valutaklausul som gör att anbudet inte gäller längre. Klausulen togs bort i samband med anbudsgenomgång och kontraktsförhandling. SHE Elnät har vid ett flertal tillfällen efter det begärt in uppdaterade anbud och inget av dessa uppdaterade anbud har innehållit någon valutaklausul från HMPM varför slutligt anbud inte innehåller någon valutaklausul.

Skada

HMPM har lidit skada då bolaget lagt ned både tid och pengar på att lämna anbud till SHE Elnät som vid två tillfällen inte utvärderat anbuderna korrekt.

SHE Elnäts inställning avseende HMPM:s ansökan (6465-17)

Förfrågningsunderlaget

Det är upp till anbudsgivarna att offerera en lämplig lösning för projektgenomförande och dokumentation, eftersom det är leverantörerna på marknaden som har den största erfarenheten av sådana projekt och därför är bäst lämpade att uppskatta omfattningen av dessa delar. SHE Elnät har på ett tydligt sätt beskrivit föremålet för upphandlingen och utifrån de förutsättningarna har samtliga kvalificerade anbudsgivare fått inkomma med förslag på bl.a. projektgenomförande och dokumentation.

Inga inkomna frågor har lämnats obesvarade i upphandlingen. Det är vidare upp till anbudsgivarna att lämna sina anbud utifrån förutsättningarna i upphandlingsdokumenten. Det är inte SHE Elnäts ansvar att leda en anbudsgivare genom processen på så vis att SHE Elnät upprättar ett "svar" som anbudsgivarna kan kopiera. Utöver att det vore olämpligt och sannolikt i strid med de grundläggande principerna i LUF att göra så, kan dessutom konstateras att det inte finns något "rätt svar", utan endast kvalificerade bedömningar från rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer.

Swemets anbud

Swemets anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav såsom de beskrivits i upphandlingsdokumenten. Av upphandlingsdokumenten framgår att anbudsgivare ska redovisa exempelvis årliga avgifter, licenskostnader, support m.m. för att SHE Elnät ska kunna göra en LCC-analys. De uppgifter som framgår av Swemets anbud är innehållsrika nog för en LCC-analys. Det bestrids att det inte skulle finnas någon prissättning av projektgenomförande och dokumentation i Swemets anbud, utan det ingår tvärtom i de summerade värdena på respektive rad i prisbilagan. Prisskillnaden mellan anbuderna kan inte tas för intäkt att Swemets anbud inte omfattar projektgenomförande och dokumentation. Olika anbudsgivare offererar olika tekniska lösningar och projektplaner, vilket ger olika förutsättningar för att lägga konkurrenskraftiga priser.

Det ställs inte som krav i upphandlingen att anbudsgivarna ska intyga att produkterna exempelvis är G3-PLC-certifierade i korrekt ruta i formuläret, utan att sådan certifiering de facto existerar, och att sådan bevisning bifogas anbudet. Av Swemets anbudshandlingar framgår att nödvändiga G3-PLC-certifikat visar att mätarna omfattas av relevant typgodkännande.

SHE Elnät har inte krävt att testning ska göras enligt SP:s testmetod och SHE Elnät har inte krävt att anbudsgivarna ska ge in intyg avseende testningen eller att testintyget skulle vara beskaffat på något visst sätt. Vid kontroll genomförd av SHE Elnäts tekniker har kunnat konstateras att mätaren uppfyller kraven i upphandlingen och det saknas därmed anledning att ifrågasätta testmetoden eller intyget som Swemet använt. Det finns mot den bakgrunden inte anledning att i detalj kommentera HMPM:s tekniska beskrivning i detta avseende. Något krav beträffande temperaturgränser har inte ställts i upphandlingsdokumenten. Swemets anbud kan naturligtvis inte förkastas då något sådant obligatoriskt krav inte ställts.

Förhandlingarna

SHE Elnät bestrider att förhandlingarna har genomförts på ett otillbörligt vis. HMPM har inte inkommit med något konkret bevis till stöd för påståendena, utan endast tagit det faktum att priserna har sänkts i olika omfattning hos HMPM jämfört med Swemet till intäkt för att SHE Elnät skulle ha läckt information som omfattas av absolut anbudssekretess till annan anbudsgivare. SHE Elnät tillbakavisar dessa påståenden. SHE Elnät förfogar inte över vilka anbudspriser som lämnas i en upphandling, utan det är helt upp till anbudsgivarna att överväga att sänka priset i förhandlingsfasen vilket både HMPM och Swemet gjorde.

Den e-postkorrespondens mellan Swemet och SHE Elnät som HMPM åberopat visar inte att någon otillbörlig kontakt har förekommit utan endast att sedvanliga förhandlingar har förekommit. SHE Elnät har varit transparent gentemot samtliga anbudsgivare i förhandlingsfasen om förutsättningarna för förhandlingarna. Att Swemet och HMPM sänkt sina priser i olika grad har inte SHE Elnät kunnat påverka. Någon information om innehållet eller förekomsten av innehållet i något anbud har inte spridits till någon annan än den som inkommit med anbudet.

Brister i HMPM:s anbud

Vid ytterligare genomgång av anbuden har SHE Elnät kunnat konstatera att HMPM:s anbud är behäftat med sådana brister som rätteligen borde medfört förkastande av anbudet. I och med utgången av upphandlingen har SHE Elnät dock bedömt att det inte är nödvändigt att fatta ett nytt tilldelningsbeslut med denna innebörd. I och med ansökan blir det dock nödvändigt för SHE Elnät att beakta dessa brister.

Sista anbudsdag var den 27 september 2017 och då skulle samtliga obligatoriska krav vara uppfyllda. HMPM:s anbud omfattade produkter som inte hade erforderliga certifikat och har därefter, efter sista anbudsdag, önskat byta ut de offererade mätarna mot sådana som uppfyller kraven. Detta framgår av e-postmeddelande från HMPM den 13 november 2017, till vilket HMPM har bifogat certifikat för den nya produkten. HMPM:s ursprungliga anbud uppfyllde inte kraven i upphandlingen. Det är inte möjligt att genom komplettering läka brister i förhållande till obligatoriska krav. SHE Elnät bestrider att nödvändiga certifikat skickats med anbudet. Om uppgifterna i HMPM:s yttrande ska tolkas som att offererad trefasmätare även ska användas för enfas, vilket inte framgick av anbudet, skulle detta ha påverkat anbudsutvärderingen. Detta eftersom priset blir betydligt högre vilket vore till HMPM:s nackdel. Det framgår i vart fall inte av anbudet och kan inte beaktas av SHE Elnät vid prövning av anbudet.

HMPM har även en otillåten reservation i anbudet. Av HMPM:s anbud framgår följande ”Anbudet är giltigt i 180 dagar förutsatt att dollarkursen håller sig under 8,30 USD/SEK.” Reservationen medför i och av sig självt att SHE Elnät saknar upphandlingsrättslig möjlighet att acceptera anbudet, eftersom ett sådant agerande vore oförenligt med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Dessutom kan konstateras att dollarkursen översteg 8,30 USD/SEK redan en månad efter sista anbudsdag.

Anbudets giltighet har således, i och med HMPM:s i sig otillåtna reservation, löpt ut.

Eftersom HMPM:s anbud rätteligen skulle ha förkastats kan HMPM inte anses lida sådan skada som avses i 20 kap. 6 § LUF.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I mål om upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får som huvudregel själva bära ansvaret för utredningen. Vidare är det vanligen den som ansöker om överprövning som har bevisbördan för att det finns grund för att ingripa mot upphandlingen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 53. Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LUF på de grunder Metrima och HMPM anfört.

I 20 kap. 6 § första stycket LUF anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53)

Enligt 20 kap. 6 § första stycket LUF har domstolen om den finner att det finns skäl för ingripande enligt LUF, oavsett hur sökandens yrkande utformats, att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (jfr RÅ 2005 ref. 47).

När en anbudsgivare 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 (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 29 augusti 2012 i mål nr 1225-12).

Enligt 1 kap. 16 § LUF avses med livscykel samtliga skeden, inklusive forskning och utveckling, som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

I 9 kap. 1 § LUF anges bl.a. följande. De tekniska egenskaper som varan, tjänsten eller byggentreprenaden ska ha ska anges som tekniska specifikationer. Specifikationerna ska ingå i något av upphandlingsdokumenten. De ska vara utformade på något av de sätt som anges i 3–5 §§ förutsatt att det inte står i strid med tvingande tekniska regler.

De egenskaper som specificeras får också avse

1. processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varan, tjänsten eller byggentreprenaden, eller
2. en process som avser ett annat skede i varans, tjänstens eller byggnadsverkets livscykel.

Andra stycket gäller också när de egenskaper som avses inte är egenskaper hos den berörda varan, tjänsten, byggentreprenaden eller det berörda byggnadsverket. Egenskaperna måste dock ha anknytning till det som ska anskaffas.

I 15 kap. 1 § LUF anges följande. En upphandlande enhet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

I 15 kap. 3 § LUF anges följande. När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska enheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

I 15 kap. 4 § LUF anges följande. När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud enligt 2 och 3 §§ får bedömningen utgå från en analys av kostnaderna under livscykeln för den vara eller tjänst eller det byggnadsverk som ska anskaffas. Livscykelkostnader får omfatta kostnader för externa miljöeffekter som har anknytning till det som ska anskaffas, om miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar som kan kontrolleras. Om enheten avser att beakta livscykelkostnader vid utvärderingen, ska den i upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter som leverantörerna ska lämna för detta ändamål och vilken metod enheten kommer att använda för att fastställa livscykelkostnaderna.

Upphandlingsdokumenten

Förfrågningsunderlaget

Under rubriken *anbudsutvärdering* i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Den totala kostnaden för inköpspris och driftkostnader över 10 år (LCC) med hänsyn till start av leverans. Det för SHE Elnät mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet som uppfyller ska-kraven kommer att antas, bifogad bilaga – Utvärdering av krav, ska vara ifylld.

Under rubriken *omfattning* i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Upphandlingen avser mätare och mätinsamlingssystem till totalt ca 14 000 mätpunkter med PLC-kommunikation.

Antal mätare:

3 000 stycken 1-fas, kategori 1

10 750 stycken 3-fas, kategori 1

250 stycken 3-fas, kategori 2

Multipunkter:

323 stycken Markstationer

193 stycken Stolpstationer

Dessutom ska följande ingå:

- Drifttagning
- Projektgenomförande
- Dokumentation
- Utbildning
- Support – serviceorganisation vid utförande som garanterar 4 timmars leveranstid under ordinarie arbetstid (måndag–fredag).

För att kunna utföra en LCC analys över 10 år ska årliga avgifter, licens, support m.fl. redovisas samt beskrivas vad som ingår.

Under rubriken *krav på mätare* anges bl.a. följande.

Mätare ska ha CE-märkning.

Mätare ska vara typgodkänd av SP eller likvärdig certifierat provningsorgan.

Kategori 1-mätare ska minst uppfylla klass MID A.

Kategori 2-mätare ska minst uppfylla klass MID B.

För mätare ska det gå att spåra provningsprotokollet för varje enskild mätare.

Mätare ska klara 12 kV stötspänning, testas enligt SP eller likvärdig metod. Intyg ska kunna uppvisas på anmodan.

Moduluppbyggnad. Byte av metod för överföring av data ska kunna ske utan att strömmen behöver brytas hos kund. Mätare ska klara överföring via radio och GPRS genom modulbyte. Kategori 1-mätare ska vara godkänd och certifierad enligt G3-PLC alliance.

Multipunkter för mark- och stolpstationer bör vara godkända och certifierade enligt G3-PLC alliance.

Under rubriken *krav på mätinsamlingsystem* anges bl.a. följande.

Systemet med ingående komponenter ska uppfylla de lagar och krav som ställs på den svenska marknaden. Systemet ska uppfylla Energiinspektionens förslag på funktionskrav för elmätare. Nya krav och standarder som uppkommer under mätarens livslängd bör uppfyllas. Om det ej sker eller om nya krav inträder under ramavtalsperioden kan beställaren häva ramavtalet utan krav på ersättning.

Intresseanmälan

Under rubriken *krav på intresseanmälan* anges bl.a. följande.

Ekonomiska krav

- Minimum 10 MSEK per år i omsättning senaste 3 åren.
- Minimum 30 % i soliditet vid senaste bokslut alternativ revisorsintyg.

Förvaltningsrättens bedömning

Metrimas talan (6422-17)

Upphandlingsförfarandet och tillämplig lagstiftning

Metrima har inte redogjort för varför bolaget anser att upphandlingen skulle ha gjorts enligt lagen om offentlig upphandling. Det saknas därför anledning för förvaltningsrätten att göra någon annan bedömning än den SHE Elnät gjort att LUF är tillämplig på upphandlingen.

Vad gäller använt upphandlingsförfarande har Metrima inte konkretiserat på vilket sätt valt upphandlingsförfarande är i strid med LUF och på vilket sätt Metrima lidit skada till följd av den påstådda bristen varför det inte finns skäl att ingripa i upphandlingen på denna grund.

Brister i förfrågningsunderlaget

Metrima har invänt mot att SHE Elnät i förfrågningsunderlaget uppställt krav på att mätare ska vara certifierade av G3-PLC Alliance. Metrimas anbud har uppfyllt kravet om att mätare ska vara G3-PLC-certifierade, men menar att det uppställda kravet är till ekonomisk nackdel för bolaget. Förvaltningsrätten finner att Metrima inte visat att det lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av det uppställda kravet. Eftersom skaderekvisitet är en förutsättning för att förvaltningsrätten ska ingripa i upphandlingen finns det därför redan av den anledningen inte skäl för förvaltningsrätten att ingripa på den anförda grunden.

Förkastande av Metrimas anbud

Metrimas anbud har förkastats för att Metrima i sitt anbud angett 0 kr för projektgenomförande och dokumentation i bilaga till anbudet *Utvärdering av krav*.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudet ska innehålla en redovisning av årliga avgifter, licens, support m.m. och att bilaga *Utvärdering av krav* ska vara ifylld. Eftersom Metrima fyllt i priser har Metrima angett efterfrågad information i sitt anbud. Eftersom Metrimas pris för dessa poster var 0 kr har det varit möjligt för SHE Elnät att göra en analys av den totala kostnaden för inköpspris och driftkostnader över 10 år för det som upphandlas. Förvaltningsrätten finner därmed att SHE Elnät inte haft rätt att förkasta anbudet på angiven grund.

I och med att Metrimas anbud förkastades innan förhandling ägde rum med de andra anbudsgivarna, kan det inte uteslutas att Metrimas anbud skulle ha antagits. Förvaltningsrätten finner därför att Metrima lidit skada av att SHE Elnät felaktigt förkastat anbudet. Eftersom felet hänför sig till utvärderingen ska upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering görs varvid anbudet från Metrima inte ska förkastas på den grunden att Metrima i sitt anbud angett 0 kr för vissa poster i bilagan *Utvärdering av krav*. Det ankommer på SHE Elnät att vid förnyad utvärdering iaktta principen om likabehandling. Det finns inte anledning för förvaltningsrätten att närmare ange hur denna utvärdering ska gå till.

Förvaltningsrätten kan av uppgifterna i målet inte finna att Metrimas anbud inte uppfyllt ett obligatoriskt krav i upphandlingen på grund av att Metrima inte närmare definierat vilka exakta produkter som offereras. Det finns nämligen inget sådant obligatoriskt krav i upphandlingen.

Brister i Swemets anbud och HMPM:s anbud

Metrima har gjort invändningar om huruvida Swemet och HMPM:s anbud uppfyllt alla i upphandlingen obligatoriska krav. Eftersom Metrima inte har yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att Swemet och HMPM:s anbud ska förkastas finns det inte anledning för förvaltningsrätten att ta ställning till dessa invändningar.

HMPM:s talan (6465-17)

Brister i upphandlingen och i Swemets anbud

HMPM har anfört att förhandlingen inte har gått rätt till på så sätt att HMPM och Swemet inte behandlats likvärdigt. Vidare har HMPM anfört att

Swemets anbud brister i förhållande till uppställda krav i förfrågningsunderlaget på ett antal punkter.

SHE Elnät har i huvudsak anfört att HMPM:s anbud rätteligen skulle ha förkastats då anbudet innehåller en otillåten valutaklausul som leder till att anbudet är orent, men även att valutaklausulen i sig innebär att anbudet är ogiltigt.

Förvaltningsrätten instämmer i SHE Elnäts invändning att HMPM:s anbud rätteligen skulle ha förkastats. Vad HMPM anfört om att anbudet ändrats under förhandlingarna ger inte skäl för en annan bedömning. Med hänsyn till förvaltningsrättens bedömning att Metrimas anbud felaktigt förkastats återstår i vart fall en anbudsgivare i upphandlingen. Det finns därför inte anledning för förvaltningsrätten att pröva HMPM:s invändningar om att Swemets anbud borde ha förkastats med hänsyn till att HMPM inte lidit skada eller kan komma att lida skada även om så vore fallet. Eftersom HMPM:s anbud rätteligen skulle ha förkastats har HMPM inte lidit skada. HMPM:s ansökan ska därför avslås.

Skadestånd m.m.

Det ankommer inte på förvaltningsrätten att pröva frågor om skadestånd. Yrkandet ska därför avvisas.

Förvaltningsrätten är inte en tillsynsmyndighet. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att i detta mål utreda huruvida SHE Elnät direktupphandlat i strid med LUF. Förvaltningsrätten kan dock, efter ansökan, pröva ett direktupphandlat avtals giltighet. HMPM:s ansökan om överprövning av avtals giltighet är föremål för prövning i förvaltningsrättens mål nr 6670-17.

Förhandlingarna (6422-17 och 6465-17)

Förhandling får inte avse vilka tilldelningskriterier eller minimikrav som ska gälla. Det finns dock inte något hinder mot att förhandla om pris såväl som kvalitet.

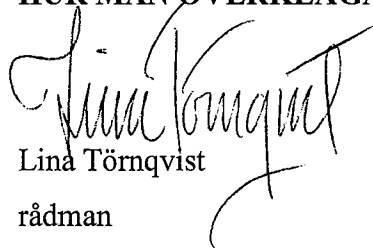
SHE Elnät har förhandlat med såväl HMPM som Swemet. Swemet har sänkt sitt pris avsevärt till ett pris precis under HMPM:s pris. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade i HFD 2015 ref. 63 att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet att avslöja de priser som lämnats av övriga leverantörer i förhandlingen för att utöva prispress. SHE Elnät har anfört att bolaget inte har avslöjat priser för vilka anbudssekretess gäller. Förvaltningsrätten finner det anmärkningsvärt att det inte finns någon dokumentation alls från förhandlingarna. Det omöjliggör insyn och säkerställande av att principen om likabehandling inte åsidosatts. Förvaltningsrätten kan dock inte finna någon brist i förhållande till LUF som inneburit skada för HMPM, eftersom HMPM rätteligen har förkastats. Även Metrima har invänt mot hur förhandlingarna gått till. Eftersom upphandlingen ska rättas genom en ny utvärdering föranleder det Metrima anfört i detta avseende inte något ingripande från förvaltningsrättens sida.

Sammanfattning

Metrimas anbud har felaktigt förkastats och ny utvärdering ska göras varvid anbudet från Metrima beaktas. Eftersom HMPM:s anbud rätteligen skulle ha förkastats och åtminstone en annan anbudsgivare återstår, finns det inte anledning för förvaltningsrätten att ta ställning till om Swemets anbud rätteligen skulle ha förkastats eftersom HMPM inte kan anses ha lidit skada vid eventuell brist i förhållande till LUF. Eftersom Metrima har ett uttryckligt yrkande och inte har yrkat att Swemets eller HMPM:s anbud ska förkastas finns det inte anledning att pröva det Metrima anfört angående Swemets och

HMPM:s anbuds bristande uppfyllelse av obligatoriska krav. HMPM:s ansökan, utom i den del den avvisas, ska därmed avslås och Metrimas ansökan ska bifallas.

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



Lina Törnqvist
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Helene Källse.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 försörjningssektorena

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.

