



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Frida Axelsson

DOM
 2011-09-12
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 2659-11

KONKURRENSVERKET	
2011-09-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Necks Electric AB, 556067-5240
 Box 6036
 461 06 Trollhättan

Ombud: Advokaterna Jimmy Carnelind och Michael Plogell
 Wistrand Advokatbyrå, Göteborg
 Box 11920
 404 39 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

Ombud: Advokaterna Malin Håkansson och Tomas Kjellgren
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten energi m.m. (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Necks Electric AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 39168

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför en upphandling avseende leverans av stolpar och bryggor, diarenummer TRV 2010/62493. Upphandlingen genomförs i form av förhandlat förfarande. Enligt upphandlingsprotokoll från den 7 juni 2011 har anbud från Gävle Galvan AB och Skyllberg Industri AB antagits.

YRKANDEN M.M.

Necks Electric AB (Necks), som lämnat anbud men som inte kvalificerats till utvärdering, ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas så att bolagets anbud kvalificeras till vidare utvärdering och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rätten ska besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller mot någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 5 § LUF).

Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 24 § LUF).

Ska-kravsuppfyllelse

I Trafikverkets upphandlingsprotokoll anges under rubriken *Teknisk kravuppfyllnad* att Necks anbud *Uppfyller med många modifieringar*. Som kommentar i denna del anges *Förkastas prisjust löner*.

Necks anger i förvaltningsrätten att förekomsten av lönejusteringen inte strider mot något formkrav i förfrågningsunderlaget och anför huvudsakligen följande. Beträffande anbudspriset är de enda förekommande formkraven att priset ska lämnas i svensk valuta exklusive mervärdesskatt samt att priset är fast till och med 2011-06-30. Necks har i dess anbud tagit höjd för andra prisökningar än material. Förfrågningsunderlaget saknar förbud mot sådan prisökning. Däremot innehåller förfrågningsunderlaget en tydlig anvisning om att reservationer får förekomma under förutsättning att kostnadspåverkande sådana är prissatta. Lönejusteringen är prissatt och kan enkelt framräknas och läggas till Necks anbudssumma. Necks anbudspris har således varit fullt ut jämförbart med övriga anbudsgivares. Necks reservation består av ett tillägg till punkt 6.13 i Avropsavtalet. Necks har angett att fr.o.m. den 1 januari 2012 är resterande del av priset – den som inte utgörs av materialkostnad – föremål för en prisökning om 2,5 procent. Reservationen är prissatt och tydlig. Reservationen är inte kopplad till någon indexklausul. Det framgår även vilken kostnad som reservationen förleder. Det går av förfrågningsunderlaget inte att utläsa att det åvilar anbudsgivarna att ange pris som är gällande försåvitt reservationen inte beaktas. Tvärtom tillåter förfrågningsunderlaget, UFB.31, förekomsten av reservationer under förutsättning att de prissätts. Necks reservation är prissatt och ska beaktas. Trafikverket har därför inte ägt rätt att förkasta Necks anbud.

Trafikverket bemöter Necks invändningar med huvudsakligen följande. Trafikverket kunde vid genomgång av Necks anbud konstatera att bolaget offererat en icke prissatt reservation kopplat till en indexklausul och att man därför inte uppfyllt det absoluta krav som anges i punkten UFB.31 under huvudrubriken ”Anbudsgivning” i förfrågningsunderlaget. Trafikverket ställer sig oförstående till Necks invändning att ifrågavarande reservation skulle vara prissatt eftersom bolaget uppenbarligen i sitt anbud inte angett vilket pris som är gällande försåvitt reservationen inte beaktas. Det

förhållandet att indexklausulen ifråga indikerar vilket pris som Trafikverket kan behöva erlægga vid enskilda avrop från januari 2012 och framåt ger därvid ingen information om vad reservationen ifråga är värd för Necks vid anbudstillfället. I UFB.31 anges tydligt att reservationer ska vara prissatta, vid risk att anbudet annars förkastas. För att reservationen ska anses vara prissatt krävs således att det i anbudet tydligt anges vilket pris som vid anbudstillfället erbjuds dels med iakttagande av och dels utan beaktande av reservationen. Så har inte skett varför grund förelegat att förkasta Necks anbud.

I Necks anbud anges följande under rubriken *Priser. Priserna i Bilaga 1 är fasta t.o.m. 2011-06-30. Från och med 2011-07-01 kan ersättningen justeras kvartalsvis med avseende på material där 46 % av priset utgörs av materialkostnad för stål och 4 % utgörs av zink. Som bas för justeringen ska LME-kurs "buyer 3 months" användas. Resterande del (arbetskostnad, energi etc.) regleras med +2,5 % fr.o.m. 1 januari 2012, 2013 respektive 2014.*

I Avropsavtalet punkt 6.13 *Ersättning för kostnadsändring (indexreglering)* anges följande. *Priset är fast t.o.m. den 30 juni 2011. Från och med den 1 juli 2011 ska ersättningen justeras kvartalsvis enligt följande: Anbudsgivare lämnar uppgift i procent på ingående material som ska regleras. Vid offert dagens avlämnande anges de priser som kalkylerats med i offerten, dessa bildar bas för kommande justeringar. Avstämning av priser görs varje kvartal med då gällande priser. Förändringen anges i procent med en decimal. Om skillnaden mellan nytt pris och gällande pris är mindre än 1,0 % av gällande pris vid avstämningstillfället, görs ingen reglering. Prisjusteringen ska skriftligen meddelas av säljaren och skriftligen godkännas av Banverket innan den görs. Mervärdesskatt ingår ej. Parterna har rätt att i anslutning till aktuell prisjustering omförhandla indexjusteringens storlek och/indexklausulen, om resultatet av prisjusteringen är i*

en nivå som kan anses avvika från prisutvecklingen på marknaden. De tidigare avtalade priserna ska gälla till dess att ett nytt pris avtalats.

I förfrågningsunderlaget UFB.31 anges bl.a. att *I anbudet ska i förekommande fall anges samtliga för anbudet gällande kostnadspåverkande reservationer. Dessa ska vara prissatta vid risk att anbudet annars förkastas.*

Förvaltningsrätten konstaterar att parterna är överens om att anbudet från Necks innehåller en reservation. Förvaltningsrätten anser att det av Necks anbud inte framgår pris utan beaktande av reservationen, vilket innebär att reservationen inte kan bedömas som prissatt. Förvaltningsrätten anser inte heller att reservationen kan anses prissatt i denna del i ljuset av Avropsavtalets punkt 6.13 som Necks bl.a. gör gällande. Necks anbud uppfyller därmed inte kravet i upphandlingen att reservationer ska vara prissatta. Förvaltningsrättens bedömning är därmed att Trafikverket har haft skäl att förkasta Necks anbud.

Trafikverket anger vidare att Necks anbud, med hänvisning till bedömningen att anbudet skulle förkastas p.g.a. reservationen, lades åt sidan utan att Trafikverket genomförde någon ytterligare granskning eller utvärdering av anbudet. Vid en förnyad genomgång av anbudet har dock Trafikverket konstaterat att Necks anbud också är bristfälligt vad avser kravet på ekonomisk och finansiell ställning. Trafikverket framhåller att det av förfrågningsunderlaget UFB.51 framgår att anbudsgivaren antingen ska lämna in årsredovisning för föregående år eller redovisa sin ekonomiska situation på annat sätt. I Necks anbud saknas både årsredovisning och annat underlag som redovisar företagets ekonomiska och finansiella ställning. Anbudet uppfyller således inte uppställt ska-krav. Det förhållandet att bolaget är godkänd leverantör i prekvalificeringssystemet TransQ medför inte att bolaget är fritt att underlåta att uppfylla ställda formella ska-krav i upphandlingen.

Necks gör gällande att endast de uteslutningsgrunder som Trafikverket har angett i det tilldelningsbeslut som är föremål för överprövning kan prövas av förvaltningsrätten inom processramen för detta mål. Ifall prövning ändå sker anger Necks att bolaget är godkänd leverantör i prekvalificeringssystemet TransQ och anför huvudsakligen följande. För att bli utvald att inkomma med anbud i upphandlingen har Necks visat sin stabila finansiella och ekonomiska ställning. Inför certifiering hösten 2010 lämnade Necks in erforderliga årsredovisningar. Ska-kravet är uppfyllt i och med inlämnade handlingar i prekvalificeringsfasen. Endast leverantörer som har en stabil finansiell och ekonomisk ställning har blivit utvalda att delta i upphandlingen. Det är inte meningsfullt att begära in samma information av anbudsgivarna en andra gång. Övriga anbudsgivare riskerar inte att lida någon skada till följd av att Necks anbud utvärderas och likabehandlingsprincipen träds inte förnär. Eftersom ska-kravet saknar syfte är det oproportionellt och ska bortses ifrån.

I UFB.51 *Prövning av anbudsgivare* anges bl.a. följande. *Anbudsgivare ska ha en stabil finansiell och ekonomisk ställning för aktuellt uppdrag. Anbudsgivare ska därvid uppfylla följande krav: - Årsredovisning för föregående år [max tre år]. Om anbudsgivaren kan visa skäl, såsom att företaget är nystartat, på grund av koncerninterna regler eller annat liknande förhållande, för att inte förete begärda bevis, får anbudsgivaren redovisa sin ekonomiska ställning på ett annat sätt som Köparen godtar.*

Förvaltningsrätten kan konstatera att det är ostridigt att Necks inte fogat årsredovisningar till sitt anbud. Att Necks inlämnat årsredovisningar inför certifiering och är godkänd leverantör i prekvalificeringssystemet TransQ förändrar inte detta faktum. Det har heller inte framkommit att Necks visat skäl för att inte förete begärda bevis, så att rätt att redovisa ekonomisk ställning på annat sätt för köparen att godta förelegat. Anbudet har därmed

inte uppfyllt det aktuella ska-kravet. Förvaltningsrättens bedömning är vidare att det aktuella ska-kravet inte kan anses oproportionerligt.

Förfrågningsunderlagets tydlighet

Necks gör också gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt avseende ska-kraven, bl.a. på så sätt att det innehållit motstridiga uppgifter i sådan utsträckning att bolaget förtagits möjligheten att lämna sitt bästa anbud, varför upphandlingen måste göras om. Trafikverket å sin sida menar att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt. Förvaltningsrättens bedömning är att förfrågningsunderlaget i dessa delar, utifrån vad som framkommit i målet, är att anse som tillräckligt tydligt och att det inte finns skäl till ingripande enligt LUF med denna grund.

Förlängning av anbuds giltighetstid

Necks gör gällande att den förlängning som ägt rum beträffande övriga anbudsgivares anbuds giltighetstider strider mot likabehandlingsprincipen och anför i denna del bl.a. följande. Förlängningen har ägt rum före tilldelningsbeslutet, vilket kräver samtliga anbudsgivares samtycke. En längre föreskriven giltighetstid hade kunnat föranleda innehållsmässigt andra anbud. Förlängningen av de båda anbuden har skett efter det att deras giltighet har gått ut. En förlängning av ett anbuds giltighet som sker efter det att giltighetstiden löpt ut utgör ett nytt anbud. Ett nytt anbud får emellertid aldrig utvärderas och ligga till grund för tilldelning. Eftersom kontraktsvärdet överstiger 15 procent av tröskelvärdet har Trafikverket gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Trafikverket anser att för det fall förvaltningsrätten finner att Trafikverket haft fog för sitt beslut att förkasta Necks anbud, saknar Necks enligt EU-praxis berättigat intresse av att få sina ytterligare grunder prövade (EU-domstolens dom den 9 juni 2011 i mål C-401/09) och anför bl.a. följande. EU-domstolen fann att det saknas berättigat intresse till ogiltighetsförklar-

ing av ett beslut om beslutet säkert kan fastställas på nytt eller om sökanden ändå inte kan nå den eftersträlvade framgången. För det fall förvaltningsrätten prövar Necks övriga yrkande anför Trafikverket att de har vänt sig till samtliga kvalificerade anbudsgivare i upphandlingen, vilka även gått med på att förlänga sina anbud. När tilldelningsbeslutet fattades var de kvalificerade anbudsgivarnas anbud giltiga. Det faktum att en leverantör som inte lyckats kvalificera sig i upphandlingen inte blir tillfrågad att förlänga giltighetstiden på sitt anbud påverkar inte på något sätt giltigheten av den förlängning av kvalificerade anbudsgivares anbuds giltighet som ägt rum i upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att giltighetstiden för lämnade anbud gick ut före tilldelningsbeslutet fattades av Trafikverket samt att de leverantörer som kvalificerat sig till utvärdering blev tillfrågade om förlängning av anbudens giltighetstid. Av praxis framgår att för att likabehandlingsprincipen inte ska trädas för när bör upphandlande enhet tillfråga samtliga anbudsgivare om förlängning av anbudens giltighetstid samt att alla anbudsgivare godkänner en förlängning, när den ursprungliga giltighetstiden går ut före ett tilldelningsbeslut har fattats (jfr Kammarrätten i Stockholms domar den 5 juli 2011 i mål nr 2059-11, där Högsta förvaltningsdomstolen den 10 augusti 2011 i mål nr 4842-11 beslutade att inte meddela prövningstillstånd, och den 24 mars 2009 i mål nr 1772-09). För ett ingripande enligt LUF krävs dock att Necks lidit eller kan komma att lida skada. Eftersom Necks anbud inte uppfyllt ställda ska-krav i upphandlingen anser förvaltningsrätten att Necks inte har visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada av Trafikverkets agerande. Grund för ingripande enligt LUF i denna del saknas därför.

Utvärderingsmodellens förenlighet med LUF

Necks gör slutligen även gällande att den utvärderingsmodell som Trafikverket tillämpat i upphandlingen inte är förenlig med LUF. Trafikverket

har häremot bl.a. invänt att det är Necks som har bevisbördan för att bolaget lidit skada till följd av påstådda brister i utvärderingsmodellen, särskilt om förvaltningsrätten delar Trafikverkets uppfattning att Necks anbud brister i ska-kravsuppfyllelse. Necks har bl.a. angett att bolaget offererat ledtider om fem arbetsdagar, vilket föranlett prisjusteringsreservationen och att om bolaget ägt vetskap om att även kvalifikationskriterier skulle utvärderas hade bolaget kunnat utforma ett annat anbud utan reservation varför bolaget har riskerat att lida skada.

Förvaltningsrätten anser inte, särskilt mot bakgrund av vad förvaltningsrätten kommit fram till avseende Necks anbuds uppfyllande av samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, att Necks kan anses ha visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av brister i utvärderingsmodellen. Grund för ingripande enligt LUF föreligger därmed inte. Ansökan ska därmed avslås.

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

Malin Karlsson

Malin Karlsson

förvaltningsrättsfiskal