



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-02-29
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 24364-11
 Enhet 13

SÖKANDE

Eltel Networks Infranet AB, 556555-1073
 Box 12623
 112 92 Stockholm

Ombud: Advokat Nicklas Björklund, Jur. kand. David Björne
 Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB
 Box 5421
 114 84 Stockholm

MOTPART

Vattenfall Eldistribution AB, 556417-0800
 Box 6013
 171 06 Solna

| | |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012-02-29 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LUF.

Dok.Id 198962

| | | | | |
|-------------------|---------------------|---|----------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 09:00-15:00 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Vattenfall Eldistribution AB (Vattenfall) genomför en upphandling angående underhåll av elnät i Bergslagen, ”VN-C-Av-3584-2011 Serviceavtal elnät Bergslagen”. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt LUF och anbudstiden gick ut den 30 augusti 2011. Av tilldelningsbeslut 25 november 2011 framgår att Vattenfall har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Eltel Networks Infranet AB.

Eltel Networks Infranet AB (Eltel) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LUF och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse gjorts genom att en ny utvärdering genomförs utan de anbud som inte uppfyllt skallkraven. I andra hand yrkar Eltel att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny utvärdering genomförs där anbudspriserna och prisavdraget för resurser vid storstörning har beräknats korrekt. I tredje och sista hand yrkar Eltel att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Eltel bl.a. följande.

Övriga anbud uppfyller inte upphandlingens samtliga skallkrav vilket gör att det strider mot likabehandlingsprincipen att dessa anbud ändå har utvärderats. Vattenfall har inte redovisat hur utvärderingen har skett. Eltel har lämnat ett konkurrenskraftigt anbud och kan inte förstå hur detta är 29 % högre än vinnande anbud och 5-10% högre än övriga anbudspriser. En möjlig förklaring till övriga anbudsgivares lägre pris kan vara att de gett avkall på uppställda krav och därmed kunnat erbjuda ett lägre pris än Eltel.

Om övriga anbud skulle anses uppfylla samtliga skallkrav gör Eltel i andra hand gällande att prisskillnaden beror på fel vid utvärderingen, t.ex. ett räknefel vid summeringen av de många olika prispositionerna. Utvärderingsmodellen är otydligt angiven i förfrågningsunderlaget varför risken

för en sådan felräkning varit mycket stor. Eltel gör även gällande att bolaget inte fått ett korrekt prisavdrag beträffande posten resurser vid störning. Ertels anbud erbjuder de resurser som är nödvändiga vid störning och bör därför ha fått maximal reducering av anbudssumman vid utvärderingen. Den utvärderingsmodell som Vattenfall har använt sig av är bristfällig. En utvärderingsmodell ska vara ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket innebär att utvärderingsmodellen måste ta hänsyn till de faktorer som är relevanta för vad anbudet kommer att ge för utfall under uppdragets faktiska genomförande. Genom att den utvärderingsmodell som använts endast tar hänsyn till priser som riskerar att stå för endast 50 % av den volym som kommer att beställas under kontraktet tar den inte i tillräcklig utsträckning hänsyn till det faktiska genomslaget som anbudet kommer att få. Modellen medför att upp till 50 % av värdet av kontraktet kan komma att ersättas med priser avseende vilka anbudet inte har jämförts. Eltel uppfattar utvärderingsmodellen så att det endast är de fasta priserna som räknats in i utvärderingen och inte à-prislistorna. Detta leder till snedvridningar i konkurrensen eftersom anbudsgivaren kan lämna låga priser på de fasta priser som ingår i utvärderingen och kompensera detta med höga à-priser, vilket gör att en sådan anbudsgivare får en gynnsam anbudssumma vid utvärderingen, trots att dennes anbud inte blir det ekonomiskt mest fördelaktiga totalt sett. Eftersom utvärderingsmodellen inte förmår att identifiera det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet strider den mot LUF. Denna brist har gjort att Eltel lidit skada.

Vattenfall har även brutit mot principerna om öppenhet och likabehandling då det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur vissa positioner ska utvärderas. I prislistan för mindre projekt ska anbudsgivaren i den första delen lämna en EBR-faktor (en av elbranschen framtagna kostnadskatalog för att antal specificerade åtgärder) för totalentreprenad respektive utförandeentreprenad med en uppskattad volym om 15 miljoner kr. Genom att räkna med EBR-faktor kan anbudsgivaren erbjuda en rabatt genom att ange en

faktor som är mindre än 1,0. Denna EBR-faktor ska enligt förfrågningsunderlaget lämnas på fyra positioner. Över och under 400 000 kr för både totalentreprenad och utförandeentreprenad. Eltel har tolkat det som att summan för totalentreprenad (15 Mkr x faktor) viktas till 50 % och summan för utförandeentreprenad (15 Mkr x faktor) viktas till 50 %. Det framgår inte vilken av faktorerna för entreprenader under respektive över 400 000 kr som ska användas vid beräkningen. När en anbudsgivare lämnat olika faktorer på dessa positioner går det inte att förutsäga vilken som ska användas vid utvärderingen eller hur dessa eventuellt ska vägas samman. Det går alltså inte ur förfrågningsunderlaget att utläsa hur de nu aktuella positionerna ska utvärderas. Eftersom positionerna har ett värde om cirka 15 Mkr tillsammans med angiven viktning får dessa mycket stort genomslag vid utvärderingen. Bristen utgör således ett brott mot principerna om öppenhet och likabehandling. Ytterligare en oklarhet i prislistan för mindre projekt avser positionerna i listans sista del – ”Tillägskoder där EBR kod ej är tillämpbar”. Där efterfrågas styckpriser men det framgår inte hur dessa styckpriser ska utvärderas.

I prislista 05.02.01 efterfrågas priser för felavhjälpning av tre typer; lågspänning, mellanspänning och högspänning. Anbudsgivarna ska ange ett åpris multiplicerat med angiven mängd och summera detta till ett totalpris per position. Utöver detta ska anbudsgivaren ange ett fast årspris om möjligt. Att man får ange två priser om detta är möjligt gör det svårt att förutse hur priserna ska utvärderas. Vissa anbud kommer att innehålla två priser per position, medan andra innehåller endast ett pris. Anbud med ett respektive två priser blir inte jämförbara. Denna otydlighet strider mot principerna om öppenhet och likabehandling. Vidare är det otydligt i förfrågningsunderlaget vad som ingår i det åtagande avseende felavhjälpning som omfattas av lämnat styckpris. Det är otydligt vad som menas med felavhjälpning respektive mindre reinvestering vilket är betydande för anbudsgivaren då reinvesteringar ska ersättas på löpande räkning och felavhjälpning ska

anges i fasta styckpriser. Otydligheten medför att anbudsgivarna inte har kunnat utforma sina anbud på bästa sätt. Eltel har lidit skada av denna brist eftersom bolaget inte har kunnat förutse hur man ska utforma sitt anbud.

Vattenfall har använt en bristfällig utvärderingsmodell vid beräkning av prisavdrag för resurser vid storstörning. Av AFB.52 framgår följande.

”Utvärdering baserad på resurser som ställs till förfogande vid storstörning inom 24 timmar efter en begäran från beställaren. För varje resurs som entreprenören anger i anbudet kommer anbudssumman att reduceras i anbudsutvärderingen med 50 kkr. Max reduktion för är 3 milj kr vilket motsvarar 60 resurser.”

Vattenfall har på fråga från Eltel uppgett att med resurs avses ”alla typer av personal som behövs vid en storstörning, det vill säga administrativ personal, arbetsledning, tekniker för olika områden t.ex. el, skog, kontrollanläggning, stationer m.fl.”. Det framgår inte i förfrågningsunderlaget vilken fördelning det ska vara mellan de olika personalkategorierna eller vilka minimikrav som ställs på personalen. Avsaknaden av sådana uppgifter gör att samma poäng ges till ett anbud vars samlade resurser har otillräcklig eller ensidig kompetens som till ett anbud som redovisar resurser med hög kompetens och ändamålsenlig fördelning på olika personalkategorier. Kriteriet tillåter inte att någon åtskillnad görs i prisreduceringen mellan ändamålsenliga och icke ändamålsenliga resurser. Detta utvärderingskriterium är inte ägnat att identifiera det ekonomiska mest fördelaktiga anbudet och är således otillåtet enligt 12 kap 1 § LUF. Eltel har lidit skada av bristen eftersom man har en ändamålsenligt utformad organisation och hade kunnat uppnå ett bättre resultat vid utvärderingen jämfört med de andra anbudsgivarna om utvärderingskriteriet hade varit relevant för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. För det fall Vattenfall menar att man tagit hänsyn till vilka resurser som erbjudits har detta i vart fall inte framgått av förfrågningsunderlaget varför anbudsgivarna inte kunnat förutse vad den upphandlande enheten efterfrågar. Detta strider mot principerna

om öppenhet och likabehandling. Detta har Eltel lidit skada av eftersom man vid ett tydligt kriterium hade kunnat utforma sitt anbud på ett mer optimalt sätt.

Vattenfall bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I upphandlingen som genomförts skulle det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med avseende på lägsta jämförelsetal) antas enligt 12 kap 1 § LUF. Den utvärderingsmodell som Vattenfall har använt är en s.k. jämförelsetalsmodell där ett verkligt pris reduceras med en fiktiv summa om maximalt 3 MSEK baserad på resurser som kan ställas till förfogande vid störning 24 timmar efter att Vattenfall begärt dessa. Den summa som uppstår är det jämförelsetal som används när man ska avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Efter utvärderingen kunde konstateras att en annan anbudsgivare än Eltel hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av tilldelningsbeslutet framgår att Eltels anbud är 29 % dyrare än den vinnande anbudsgivarens anbud. Vattenfall har i tilldelningsbeslutet lämnat tillräcklig information eftersom man upplyst om varför man antagit vinnande anbud och de skillnader i jämförelsetal som förelåg mellan de olika anbuden. Vattenfalls tilldelningsbeslut från den 25 november 2011 uppfyller LUF:s krav. Avtalsspärren har således börjat löpa.

Vattenfall bestrider Eltels samtliga yrkanden och anser att Vattenfall inte har brutit mot någon bestämmelse i LUF, varför Eltel inte kan anses ha lidit skada och att grund för ingripande därmed saknas.

Eltel har gjort gällande att övriga anbud inte uppfyller samtliga skall-krav. Detta stämmer inte utan samtliga fem utvärderade anbud har uppfyllt samtliga skall-krav. Det faktum att Eltel har lämnat ett väsentligt högre pris än övriga anbudsgivare och därmed tilldelats det högsta jämförelsetalet innebär inte att övriga anbud inte uppfyller skall-kraven.

Vattenfalls beräkning vid utvärderingen är korrekt. Det förekommer inte något räknefel eller dylikt. Alla anbudsgivare har behandlats lika och uträkningen har gjorts på samma sätt.

Den av Vattenfall använda utvärderingsmodellen är ägnad att identifiera det mest fördelaktiga anbudet med avseende på lägsta jämförelsetal. Vattenfall har baserat sin utvärdering på samtliga á-prislistor och har av dessa tagit ut priser som betydelsefulla för Vattenfall när det gäller köp av tjänster inom ramen för upphandlingen. I arbetet med framtagande av siffrorna till utvärderingen har alla anbudsgivare och anbud behandlats lika. De fiktiva mängder som angetts bygger också på verkliga förhållanden historiskt sett. Vattenfall frågar alltid efter flera priser än de som utvärderas då alla priser kan komma att tillämpas under avtalstiden men utvärderingen baseras på de priser som är av störst vikt och som historiskt sett har varit Vattenfalls största kostnader. Det viktiga för Eltels del är att alla anbudsgivare har behandlats lika vilket de har.

Målsättningen med upphandlingen var att väldigt få, om ens några, ÄTA-arbeten skulle komma att behövas. För det fall det skulle bli omfattande ÄTA-arbeten kommer dessa inte att hanteras inom ramen för denna upphandling. För det fall flera ÄTA-arbeten hade beaktats i utvärderingen så skulle Eltels anbudspriser dessutom ha blivit ännu högre i jämförelse med den vinnande anbudsgivarens.

Utvärderingen av pris har skett tydligt. Samtliga anbudsgivare har svarat på samma sätt och har behandlats lika i utvärderingen varför anbuden är jämförbara. Eltel har inte visat på vilket sätt de har lidit skada. Att Eltel lämnat så höga priser att de placerat sig sist i utvärderingen är ingenting som Vattenfall kan lastas för.

Eltel har tilldelats maximalt prisavdrag i utvärderingen beträffande resurser vid storstörning varför bolaget inte kan ha lidit skada på grund av detta.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 9 kap. 9 § LUF anges att en upphandlande enhet snarast möjligt ska underrätta anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska enheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtals-spärr).

Enligt 9 kap. 10 § LUF ska en upphandlande enhet till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats. En upphandlande enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet.

I 12 kap. 1 § LUF stadgas bl.a. att en upphandlande enhet i annons eller förfrågningsunderlaget ska ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 12 kap. 2 § LUF framgår att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget ska ange hur kriterier kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

I 16 kap. 6 § första stycket LUF anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Eltel har i ansökan om överprövning i huvudsak påtalat fel/brister i upphandlingen i följande avseenden.

- a) Övriga anbud uppfyller inte skall-kraven
- b) Felaktig beräkning vid utvärderingen
- c) Otydligt förfrågningsunderlag och utvärdering

Vid ett förhandlat förfarande, som det här är fråga om, kan förhandling äga rum om krav och preciseringar i syfte att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den upphandlande enheten får begära att anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. En förutsättning för detta är med andra ord att övriga anbudsgivare vid behov ges möjlighet att göra motsvarande justeringar.

Högsta förvaltningsdomstolen har i målet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller, som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp gemenskapsrätten inte träds för när.

a) Övriga anbud uppfyller inte skall-kraven

Vattenfall har uppgett att samtliga fem utvärderade anbud uppfyller samtliga skall-krav. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Vattenfalls uppgift.

b) Felaktig beräkning vid utvärderingen

Vattenfall har anfört att man summerat lämnade priser på samma sätt för alla anbudsgivare för att på så vis få fram en summa som motsva-

rar den kostnad som Vattenfall uppskattar kommer att uppstå vid tillämpningen av avtalet i upphandlingen. Rätten finner inte skäl att ifrågasätta Vattenfalls beräkning.

c) Otydligt förfrågningsunderlag och utvärdering

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Transparensprincipen innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en anbudsgivare på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

Eltel gör gällande att Vattenfall bryter mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet genom att inte ange vilka av de begärda å-priserna som ingår i utvärderingen. Vattenfall menar att de behandlat alla anbudsgivare på samma sätt och att man genom att begära in samtliga poster i å-prislistan och utvärdera de å-priser som bäst motsvarar det faktiska uppdraget motverkar en osund strategiskt anbudsgivning.

Så länge förfrågningsunderlaget utformas i enlighet med LUF och EUrätten har den upphandlande myndigheten stor frihet att välja vilka krav som ska ställas, och står också risken för att de anbud som lämnas är t.ex. dyrare än önskat. Anbudsgivaren i sin tur står risken för utformningen av sitt anbud, t.ex. att man inte har lämnat det pris som visar sig vara lägst.

Vattenfall kan inte anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen i angivet hänseende, eftersom samtliga anbudsgivare har fått samma information om att priser för samtliga poster i á-prislistan ska lämnas in.

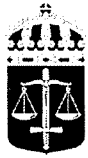
Slutligen finner förvaltningsrätten att såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingsmodellen får anses ha varit tillräckligt tydligt utformade och att Vattenfall - genom att inte utvärdera samtliga priser – inte kan anses ha brutit mot transparensprincipen

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som Eltel anfört inte visar att upphandlingen har genomförts i strid mot LUF eller gemenskapsrätten. Eltels ansökan om ingripande ska därför avslås.

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

Madeleine Benndorf
rådman

Handläggare har varit föredragande Elin Vidlund.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.