



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

**DOM**

2019-04-01

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (23)

Mål nr

29281-18

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2019-04-01	
Avd	
Dnr	
KSma	Aktbil

**SÖKANDE**

NKT (Sweden) AB, 556838-7004

Ombud: Advokat Erik Olsson, jur.kand. Magnus Ehn och jurist Kajsa Kjellberg  
Advokatfirman Kahn Pedersen KB  
Box 16119  
103 23 Stockholm

**MOTPART**

Vattenfall AB, 556036-2138

Ombud: Advokat Anna Ulfsson och jur.kand. Jonathan Wahlberg  
Advokatfirman Ulfsson AB  
Box 5102  
102 43 Stockholm

**SAKEN**

Upphandling inom försörjningssektorerna

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att förhandlingen genomförs på nytt med iakttagande av den utvärderingsmodell för totalpris som anges i avsnitt 1.6 i anbudsinvitan.

Dok.Id 1076077

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**E-post:** avd20.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

**Telefax**

08-561 680 01

**Expeditionstid**

måndag–fredag

08:00–16:00

**YRKANDEN M.M.**

**Vattenfall AB** (Vattenfall) genomför en upphandling gällande distributionskablar benämnd: "Procurement of Framework Agreement for delivery of distribution cables in the range of 0,6/1kV up to 24 kV LOT 7 – 24 kV Underground (XLPE)." Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Vattenfall beslutade den 18 december 2018 att teckna avtal med Draka Kabel Sverige AB.

**NKT (Sweden) AB** (NKT) yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom att förhandlingen genomförs på nytt i enlighet med vad som anges i avsnitt 1.6 i anbudsinbjudan, dvs. med iakttagande av däri angiven utvärderingsmodell för totalpris. I andra hand yrkar NKT att upphandlingen ska göras om.

**Vattenfall** yrkar i första hand att ansökan om överprövning ska avslås. För det fall förvaltningsrätten finner skäl att ingripa mot upphandlingen yrkar Vattenfall i andra hand att upphandlingen ska göras om.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

**Utgångspunkter för förvaltningsrättens bedömning**

Enligt 20 kap. 6 § LUF ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, 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.

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden anför i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LUF. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande enhet har agerat i strid med upphandlingsreglerna (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LUF.

**Har Vattenfall gjort en ändring av tilldelningskriterierna i upphandlingen?**

NKT anför bl.a. följande. Vattenfall har ändrat tilldelningskriterierna i upphandlingen från en totalprismodell till en modell där ett s.k. Net Hollow Price utvärderas. Förhandlingar syftar till att anpassa anbuden till kraven i upphandlingsdokumenten. En förhandling kan således inte resultera i att minimikrav och tilldelningskriterier i upphandlingsdokumenten ändras utan endast att anbuden anpassas till dessa. En sådan förändring under förhandling som helt förändrar grundförutsättningarna för upphandlingen är alltid otillåten och står i strid med principerna om transparens och likabehandling och med uttryckliga bestämmelser i LUF och lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Till följd av Vattenfalls överträdelse lider eller i vart fall riskerar NKT att lida skada.

För det fall rätten skulle finna att Vattenfalls ändring av utvärderingskriterierna var tillåten anser NKT att bolaget inte medgetts skälig tid för

att anpassa sitt anbud efter de ändrade förutsättningarna i upphandlingen. Tiden för anbudsgivning, mot bakgrund av hur Vattenfall successivt rullat ut dokumentationen i upphandlingen, har varit allt för kort med hänsyn tagen till upphandlingens komplexitet och värde. Vattenfalls överträdelse i detta avseende har medfört att NKT fråntagits möjligheten att inkomma med sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Att de deadlines som Vattenfall angett i kommunikationsdokumentet överträtts av Vattenfall, utan att anbudstiden förlängts i motsvarande mån har sammantaget medfört att NKT och övriga anbudsgivare inte medgetts skälig tid för att utforma sina anbud. Vattenfalls förseningar har också medfört att anbudsgivarna inte getts tillfälle att ställa frågor beträffande det slutliga beräkningsverktyget och det s.k. ”bidding sheet” som användes vid anbudsinlämnande den 10 december 2018 och skulle vara anbudsgivarna tillhanda senast den 6 december 2018.

Det är svensk industristandard att priser anges och utvärderas såsom totalpris. Detta eftersom kunden då får en fullständig och rättvisande bild av den totalkostnad som ska betalas. I ett Net Hollow Price är kostnaden för den metall som används i kabeln inte inräknad. Detta medför att på de marknader, såsom exempelvis den tyska, där denna prismodell används rabatterar ofta leverantörerna sitt Net Hollow Price för att därefter ta ut ett högre pris vad avser de metaller som ingår i den slutliga produkten. Ett Net Hollow Price är således betydligt lägre än ett totalpris men ger en ofullständig bild av beställarens slutliga kostnad. Prismodellen medför också att leverantörer som använder aluminium snarare än koppar i sina kablar missgynnas vid utvärdering, trots att aluminium har ett väsentligt lägre pris och därför innebär en lägre totalkostnad för beställaren än kablar som innehåller koppar. Vattenfall har således ändrat den utvärderingsgrund och de tilldelningskriterier som angetts i anbudsinbjudan och bekräftats vid förhandlingsmötet den 21 november

2018 till en helt annan modell som dessutom hittills knappast förekommit på den svenska marknaden.

Under förhandlingsmötet den 21 november 2018, som NKT deltog i då bolaget hade valts ut som kvalificerad anbudsgivare, diskuterades bl.a. vilken prismodell som skulle användas under den kommande avtalsperioden. NKT är befintlig leverantör till Vattenfall vad avser de relevanta produkterna. Det bestämdes att samma prismodell som tillämpas under befintligt avtal, dvs. totalpris, även skulle tillämpas vid eventuell tilldelning till NKT, vilket framgår av bifogad dokumentation som NKT åberopar till stöd för sin talan.

Av avsnitt 1.6 i anbudsinbjudan framgår att utvärderingen ska ske enligt principen "ekonomiskt mest fördelaktiga anbud" utifrån de kriterier som anges i avsnittet. Av avsnittet framgår vidare att det är det totala priset per kilometer kabel per kabeltyp som kommer att utvärderas, och vad som inkluderas i detta pris. Vad som enligt anbudsinbjudan ska utvärderas är således ett totalpris. Att det rör sig om totalpris, dvs. det slutliga priset för kabel i sin helhet inklusive metall, som utvärderas är också naturligt då detta är svensk industristandard. Anbudsgivarens totalpris räknas fram genom att anbudsgivaren fyller i en excelfil som bifogats anbudsinbjudan benämnd Appendix 2. Av punkt 2.2.1 i anbudsinbjudan framgår att Appendix 2 utgör en del av anbudet och ska lämnas in vid inlämnande av anbud. Det anges också i avsnitt 1.1 i anbudsinbjudan att: "The award relevant price per lot is calculated of Appendix 2 (price sheet)."

Av avsnitt 1.6 i anbudsinbjudan framgår att ett totalpris ska räknas ut vilket inkluderar: "Used kilograms (CU/AI) per kilometer." Detta motsvarar mängden koppar eller aluminium som används i kabeln. Denna parameter utvärderas inte vid utvärdering av ett Net Hollow Price och utgör den mest

betydelsefulla skillnaden mellan utvärdering av ett totalpris jämfört med utvärdering av ett Net Hollow Price.

Att utvärderingsmodellen har ändrats mellan anbudsinbjudan och tilldelningen illustreras kanske bäst vid en jämförelse mellan de ekvationer som används i Appendix 2 och i det beräkningsverktyg som skickades ut till anbudsgivarna den 6 december 2018. Formeln för att räkna ut jämförelsepris i Appendix 2 kan uttryckas enligt följande: ((Vikten av koppar respektive aluminium per kilometer kabel \* dagspriset för koppar respektive aluminium per den 2 juli 2018) + "Net Hollow Price" per kilometer + logistikkostnader) \* den uppskattade volymen för 2019 och 2020 = jämförelsepris. Formeln för att räkna ut anbudspriset i beräkningsverktyget av den 6 december 2018 kan uttryckas enligt följande: ("Net Hollow Price" per kilometer + logistikkostnader per kilometer) \* den uppskattade volymen för 2019 och 2020 = jämförelsepris. Det framgår således tydligt vid en jämförelse mellan de båda excelarken att formeln för att räkna ut jämförelsepris har ändrats. Mot denna bakgrund är det svårt att förstå hur Vattenfall kan hävda att utvärderingsmodellen har varit densamma genom hela förfarandet.

Beräkningsmodellen i Appendix 2 är uppställd på så sätt att det som ligger till grund för beräkningen av vad som benämns som "award relevant price per lot" (översatt till "tilldelningsrelevant pris per delområde") är totalpriset för kablarna. I det framräknade totalpriset ingår priset för kablarnas metallinnehåll beräknat utifrån aluminium- respektive kopparpriset per den 2 juli 2018 och Net Hollow Price och DDP. NKT vill understryka att det inte är anbudsgivarna själva som räknar fram "award relevant price per lot", utan att detta räknas fram automatiskt av excelarket genom att anbudsgivarna anger kablarnas metallinnehåll, Net Hollow Price och "logistic costs" (DDP). Det torde således vara ostridigt att vad som räknas fram som "award relevant price per lot" i Appendix 2 i anbudsinbjudan är

ett totalpris, där Net Hollow Price visserligen ingår men endast utgör en del av det totalpris som räknas ut.

Ytterligare stöd för att det är ett totalpris, inklusive mängden koppar respektive aluminium, som ska utvärderas återfinns i avsnitt 2.5 i anbudsinbjudan där priset för kablarna definieras som den sammanlagda kostnaden för Net Hollow Price och priset för metallen: "P<sub>cable</sub> = P<sub>net hollow</sub> + P<sub>metal</sub>." Metallpriset räknas fram genom en formel som bygger på det aktuella priset för respektive metall multiplicerat med mängden koppar respektive aluminium i vardera anbudsgivares kabel: "P<sub>metal</sub> = ((I<sub>c</sub>\*C<sub>c</sub>/1000) + (I<sub>a</sub>\*C<sub>a</sub>/1000))." C<sub>c</sub> respektive C<sub>a</sub> anges i avsnit 2.5 i anbudsinbjudan vara: "Copper and aluminium metal content per kilometre of cable. This factor indicates the actual metal content in the cable, excluding wastage and other loss factors."

Om det hade varit fråga om utvärdering enbart på grundval av Net Hollow Price, hade det inte varit relevant att ta med mängden koppar och aluminium i formeln för beräkning av anbudspris. Detta beror på att dessa parametrar används för att få fram ett totalpris snarare än endast ett Net Hollow Price, dvs. priset för kabelmantel exklusive metallinnehåll. Det bör slutligen understrykas att följande formulering i avsnitt 2.5 i anbudsinbjudan inte på något sätt ger stöd för att endast ett Net Hollow Price ska utvärderas i upphandlingen: "The final Cable Price shall be decided at the time of order by adding the metal price (based on weight) to the Net Hollow Price based on the above-mentioned Copper and Aluminium prices." Även vid en totalprisutvärdering sätts den slutliga kostnaden som köparen ska betala vid avrop utifrån månadsmedelpriset på metallen vid avropstillfället. Skillnaden mellan Net Hollow Price och totalprisutvärdering är emellertid att anbudsgivaren vid totalprisutvärdering, redan vid anbudsgivning, offererar en viss mängd metall per meter (av antingen koppar eller aluminium) som sedan vid avropstillfället multipliceras med det då

aktuella månadsmedelpriset för metallen. Vid en utvärdering baserad på ett Net Hollow Price sker ingen utvärdering av metallmängden alls. Som redan påpekats framgår det tydligt av bl.a. Appendix 2 att mängden metall per meter ingår i den utvärderingsmodell som Vattenfall fastställt i anbudsinvjudan. Fråga är således inte om en utvärdering av ett Net Hollow Price.

Det bör också understrykas att Vattenfall, redan i samband med anbudsinvjudan, bad potentiella anbudsgivare att inför kommande förhandling inkomma med preliminära priser ifyllda enligt Appendix 2 i anbudsinvjudan. I enlighet med detta skickade NKT och övriga anbudsgivare in ett ifyllt exemplar av Appendix 2 med preliminära priser redan den 10 oktober 2018. När Vattenfall ändrade utvärderingskriterier visste Vattenfall således redan hur olika leverantörer förhöll sig till varandra prismässigt (åtminstone preliminärt) och hade således vid tillfället för ändringen av utvärderingskriterierna insyn i vilka leverantörer som skulle gynnas respektive missgynnas av ett beslut om förändring av utvärderingskriterierna. Att ändra utvärderingsmodell på detta sätt, dvs. efter det att en upphandlande myndighet har fått ta del av leverantörernas preliminära priser, möjliggör således för en upphandlande myndighet att skönsmässigt gynna eller missgynna leverantörer i förhållande till varandra. Detta är också vad som uppenbarligen har skett i upphandlingen.

Det förhållande att NKT, trots detta, har lyckats få tilldelning avseende några andra delområden är ett uttryck för NKT:s övergripande konkurrenskraft och kan inte tas till intäkt för att NKT inte missgynnats i upphandlingen. NKT:s anbudspris hade sannolikt blivit än mer konkurrenskraftigt även avseende de ovan nämnda delområdena om en totalprisutvärdering hade använts på det sätt som angavs i anbudsinvjudan.



Det bör även framhållas att den text som Vattenfall hänvisar till i kommunikationsdokumentet är en bild märkt ”exemplary” i ett powerpointdokument. Det fanns därför ingen anledning för NKT att utgå från att det var den modell som skulle användas i slutändan. Detta särskilt eftersom det enligt 6 kap. 27 § LUF är otillåtet att ändra tilldelningskriterier från de som angetts i anbudsinbjudan.

**Vattenfall** anför bl.a. följande. Av upphandlingsdokumenten framgår hur utvärdering av anbud ska ske. Eftersom förhandling skulle ske i upphandlingen kan utvärderingen beskrivas i olika steg. Av avsnitt 1.1, med rubriken ”Award criterion”, i anbudsinbjudan framgår tilldelningskriterierna för upphandlingen. I avsnittet kan utläsas att det är det eller de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller anbuden som ska tilldelas avtal per lot.

Av avsnitt 1.6 i anbudsinbjudan framgår bl.a. följande:

As a first step, every offer will be checked against a minimum must-have requirement:

**Total Price per cable-km per cable-type, including**

- Purchase Price ExW
- Logistics costs (insurance, transport to interim storage or project-site, storage), calculated for different delivery places
- Used kilograms (CU/Al) per kilometer
- Delivery time
- All other cost elements to make up for a final delivery made free domicile, duty paid (DDP) with unloading.

I avsnitt 2.5 i anbudsinbjudan beskrivs hur priserna som ska jämföras räknas fram och av detta avsnitt kan bl.a. följande utläsas:

To allow the tenders of different Suppliers to be compared, the following prices shall be used in the calculations:

- The Net Hollow Price shall be ex works Supplier's plant and shall *include* certificate costs, guarantee, charges imposed by the authorities, packaging, cutting cables into standard lengths, inspection and tests.
- The Net Hollow Price shall be specified *excluding* transport and logistics. It shall be possible to deliver cables within 6 weeks (30 working days) from blanket purchase order and within 2 weeks in specific cases, which need to be discussed in the tendering-phase
- The Net Hollow Price shall be specified *excluding* value added tax.
- All Cable Prices shall be quoted in Euro per kilometre.
- The Net Hollow Prices quoted by the Supplier for every cable variant must be specified in the Excel files enclosed in Appendices 2.
- The final Cable Price shall be decided at the time of order by adding the metal price (based on weight) to the Net Hollow Price based on the above-mentioned Copper and Aluminium prices.

Det är således tydligt att de priser som ska jämföras, dvs. de priser som används i utvärderingen, är s.k. Net Hollow Prices och DDP. Det NKT anger om att det är ett totalpris som ska utvärderas är således felaktigt och bestrids. Tvärtom är det av upphandlingsdokumenten tydligt att det pris som ska utvärderas är Net Hollow Price och DDP.

Det är beklagligt att NKT inte har uppfattat Vattenfalls tydliga instruktioner på samma sätt som övriga anbudsgivare. Det kan bero på att NKT är Vattenfalls befintliga leverantör och att det pris som utvärderades i den upphandling som låg till grund för nu gällande avtal var ett totalpris inklusive kostnaden för ingående metaller. Det står Vattenfall fritt att ändra utvärderingsmodell från en upphandling till en annan. Det är som bekant Vattenfalls behov av kablar som ska täckas genom upphandlingen och det är Vattenfall som bäst avgör vilken utvärderingsmodell som är bäst lämpad för upphandlingen. Vattenfall bestrider att det av svensk industristandard skulle följa att det ska vara totalpris som utvärderas. Även om så skulle vara fallet

är svensk industristandard ovidkommande då det är Vattenfall som avgör vilket pris som ska utvärderas. Därtill vill Vattenfall lyfta fram att upphandlingen görs för såväl den svenska som den tyska marknaden varför svensk industristandard också av den anledningen saknar relevans för upphandlingen.

Som framgår av den sista punkten i utdraget ur avsnitt 2.5 ovan kommer totalpriset, dvs. pris inklusive metallkostnad, att räknas ut i samband med varje tilldelning av kontrakt. Det är beklagligt att NKT har missförstått Vattenfalls beskrivning.

Det är korrekt att NKT valdes ut som kvalificerad anbudsgivare och att Vattenfall och NKT hade förhandling den 21 november 2018. Det är felaktigt och bestrids att Vattenfall och NKT under detta möte diskuterade vilken prismodell som skulle användas för utvärdering och tilldelning av avtal i upphandlingen. Den modell som skulle användas framgår av upphandlingsdokumenten och samma modell måste användas gentemot alla anbudsgivare och givetvis också gentemot NKT. Det bestrids att vad NKT påstår kan utläsas av den dokumentation bolaget åberopar. Det som NKT hänvisar till, anger endast att de kommersiella delarna i upphandlingen är desamma som i den föregående. Vilken prismodell som ska användas i utvärdering och tilldelning berörs inte.

Upphandlingsdokumenten är tydliga och i enlighet med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF. Det faktum att NKT tilldelats avtal för tre andra delområden visar att upphandlingsdokumenten var tillräckligt tydliga även för NKT. Priserna för dessa tre delområden lämnades på samma sätt som i denna upphandling och det finns ingen skillnad mellan prismodellerna dessa delområden emellan. Av upphandlingsdokumenten följer att Vattenfall skulle anta det eller de anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt eller fördelaktiga baserat på kostnad, vilket framgår av avsnitten

1.1, 1.6 och 2.5 i anbudsinbjudan. Den kostnad som skulle utvärderas och som också utvärderades var Net Hollow Price och DDP. Av de nämnda avsnitten framgår tydligt att den kostnad som identifierar det eller de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller anbuden är Net Hollow Price och DDP. Vattenfall har under hela upphandlingen utgått från Net Hollow Price och DDP. Vattenfall har således hållit fast vid de utvärderingskriterier som angetts i det ursprungliga dokumentet och någon ändring har inte skett.

Tilldelningskriterier och deras viktning ska vara stabila under hela upphandlingsförfarandet. Det anges i skäl 45 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 (LOU-direktivet) som anknyter till bestämmelserna i artikel 29 om förhandlat förfarande under konkurrens.

I denna upphandling har det enda kriteriet varit lägsta pris. Någon inbördes viktning av kriterier har alltså inte varit aktuell. Det har heller inte skett någon otillåten ändring av tilldelningskriteriet som genom hela förfarandet varit lägsta pris. Vattenfall har använt sig av tilldelningskriteriet lägsta pris och har hållit fast vid detta under hela upphandlingen. Någon överträdelse av LUF föreligger inte. Det som har hänt är att NKT har missuppfattat upphandlingsdokumenten och inte rätt förstått vilka poster som ingick i det jämförelsepris som användes för att definiera det lägsta priset i respektive ramavtalsdel.

Även om NKT förstod anbudsinbjudan felaktigt, så borde det i vart fall ha stått klart för bolaget vilka poster som ingick i jämförelsepriset genom kommunikationsdokumentet som var NKT tillhanda den 30 november 2018. På sidan 3 i dokumentet ges tydliga anvisningar om hur jämförelsepriset ska räknas fram:

[...] On basis of (exemplary) net hollow and delivery prices (pale yellow input cells), total prices (white) and total volumes (pale blue) for 2019 and 2020 are calculated and added up in the last column on the right side to **Cable + Delivery DDP Total Volume 2019+2020 in EUR** (bright yellow cells). These **total volumes** in that last column are called **Comparison Prices** (per lot) and are **subject** of the *Final Negotiations Cable 2019 + 2010* [rätteligen 2020, Vattenfalls anm.]

NKT har undertecknat att bolaget har läst och förstått kommunikationsdokumentets innehåll. Detta framgår av sidan 14 i kommunikationsdokumentet. Det står alltså klart att NKT senast den 30 november 2018 har haft fullt tillräcklig information för att rätt kunna utforma sitt anbud. Det ska noteras att motsvarande kommunikationsdokument i detta sammanhang skickades till övriga anbudsgivare. Alla anbudsgivare har alltså fått samma information vid samma tillfälle och behandlats lika. Det var bara NKT som inte rätt förstod hur jämförelsepriset skulle räknas fram. Mot den bakgrunden fick NKT en chans att rätta sitt anbud och därmed även ytterligare tid.

Förhandlingar sker ofta under tidspress och det är alltid upp till den upphandlande enheten att avgöra hur lång tid som anbudsgivarna ska få på sig under förhandlingarnas gång. NKT har inte getts för kort om tid för att utforma sitt nya anbud efter förhandling och har haft samma förutsättningar som övriga anbudsgivare. Den information Vattenfall har lämnat under upphandlingen har varit fullt tillräcklig för att en normalt aktsam och omsorgsfull leverantör getts möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud den 10 december 2018, när den första förhandlingsfasen i upphandlingen var avslutad. Den tid som anbudsgivarna hade på sig i denna del var också skälig.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Den upphandlande enheten ska förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud. Förhandlingarna får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna. Tilldelningskriterierna får inte ändras under förhandlingens gång. De slutliga anbuden får inte vara föremål för förhandling. Detta framgår av 6 kap. 27 § LUF.

Av 11 kap. 1 § LUF framgår att när tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande enheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden.

En upphandlande enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet. Detta framgår av 12 kap 11 § LUF.

Upphandlingsdokumentet ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Av principerna om transparens och likabehandling följer att den upphandlande enhetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i upphandlingsdokumentet kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det bör ställas förhållandevis höga krav på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett upphandlingsdokument, även om mindre brister och oklarheter får godtas. (Jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50.)

I bilagan till anbudsinbjudan benämnd Appendix 2 beräknas jämförelsepris i enlighet med vad som av anförts NKT, dvs. ett totalpris räknas ut.

Förvaltningsrätten beaktar att Vattenfall inte har bestridit vad NKT anför angående Appendix 2. Det noteras även att det framgår i Appendix 2 att det är det pris som är relevant vid tilldelning som beräknas. I det beräkningsverktyg som senare var utgångspunkten för beräkning av de priser som Vattenfall faktiskt utgick från vid tilldelning, användes en annan metod för beräkning av jämförelsepris i form av den prismodell som enligt vad som anförts av Vattenfall konsekvent har utgjort utgångspunkten i upphandlingen.

I avsnitt 1.1 i anbudsinbjudan framgår kriterierna för tilldelning i upphandlingen. I detta avsnitt framgår att det pris som är relevant vid tilldelning, beräknas med hjälp av Appendix 2. Förvaltningsrätten anser att det inte i någon del av anbudsinbjudan kan utläsas att den prismodell för beräkning av jämförelsepris, som enligt Vattenfall konsekvent har utgjort utgångspunkten i upphandlingen, är den prismodell som ska tillämpas vid tilldelning även om den förvisso nämns på flera ställen. Snarare framstår det med tillräcklig klarhet som att det är Appendix 2 som ska användas som utgångspunkt i detta avseende. Därtill framgår det även av avsnitt 1.6 i anbudsinbjudan att utvärdering av anbud ska ske baserat på totalpris. Det rör sig om två skilda formler för beräkning av jämförelsepris, vilka enligt domstolens mening kan ge klart olika resultat vid fattande av tilldelningsbeslut. Därmed får användningen av den prismodell som användes vid tilldelning, anses medföra att Vattenfall genomfört en ändring av tilldelningskriterierna i upphandlingen. Det är inte tillåtet att ändra kriterierna under upphandlingens gång och i strid med 6 kap. 27 § LUF. Vattenfall har agerat i strid med principerna om transparens och likabehandling. Då det rör sig om en ändring av utvärderingsmodellen i upphandlingen som i sig är otillåten, aktualiseras inte frågan om anbudsgivarna medgetts skälig tid för att utforma sina anbud efter ändrade

förutsättningar eller för att ställa frågor i upphandlingen. Vattenfall har därmed agerat i strid med LUF och grundläggande upphandlingsrättsliga principer, genom att ändra prismodellen och därigenom tilldelningskriterierna i upphandlingen.

#### **Har Vattenfalls volymändringar utgjort en väsentlig ändring?**

NKT anför bl.a. följande. Vattenfall har, utan att meddela NKT, förändrat de prognostiserade volymer som angetts i kolumn F "Forecast Distribution Sweden for 2019 (km)" och kolumn G "Forecast Distribution Sweden for 2020 (km)" i det ursprungliga beräkningsverktyget (Appendix 2) på så sätt att volymerna har minskats. NKT upptäckte först efter att bolagets anbud hade förkastats att volymerna hade förändrats i "bidding sheet", som användes vid inlämnade av anbud den 10 december 2018, jämfört med vad som angavs i Appendix 2. Dessa volymändringar har inte heller kommunicerats till NKT av Vattenfall.

Genom att inte ge NKT tillräcklig information om vilka volymer som skulle ligga till grund för utvärdering har Vattenfall gjort sig skyldig till en överträdelse av principerna om transparens och likabehandling. Det bör påpekas att fråga är om en lågmarginalbransch där ifrågasättande volymförändring (8,35 procent för 2019 eller 4,67 procent inklusive optionsåret 2020) är fullt tillräckligt för att vara avgörande för vilken leverantör som tilldelas kontrakt i en upphandling.

Vattenfall varken informerade om att ändringarna hade gjorts avseende volymerna eller medgav någon förlängd anbudsfrist. Tvärtom skickades beräkningsverktyget, där de förändrade volymerna framgår, ut först den 6 december 2018 och anbudsgivarna hade sedan endast fyra dagar på sig att anpassa sig. Till detta ska läggas att den 6 december 2018 var en torsdag och den 10 december, då anbudet skulle lämnas in, var en måndag. Att



anbudstiden huvudsakligen förlöpte över helgdagar medförde naturligtvis en negativ påverkan på anbudsgivarnas möjlighet att på kort tid inkomma med sina mest fördelaktiga anbud. På grund av att Vattenfall inte särskilt informerade om att volymerna hade justerats har NKT lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Utdraget ur avsnitt 1 i anbudsinvjudan som citerats av Vattenfall är en mycket vanlig skrivning och syftar till att förtydliga att volymerna endast är utvärderingsvolym som kan komma att ändras under avtalsperioden. Det är dock en helt annan sak att justera de volymer som avropas under avtalsperioden, vilket är tillåtet, än att ändra de volymer som ska utvärderas i upphandlingen.

**Vattenfall** anför bl.a. följande. Vattenfall bestrider NKT:s påstående att de ändringar i uppskattad avropsvolym som gjordes under förhandlingarnas gång skulle vara väsentliga och därmed otillåtna. Det stämmer att Vattenfall korrigerat vissa volymer i dokumentet "bidding Sheet" som användes vid inlämnade av anbud den 10 december 2018. Att volymerna korrigerats framgår av dokumentet i fråga. Vattenfall utgår från att alla anbudsgivare är läskunniga och att de noterar förändringar i dokument i samband med att de lämnar uppgifter. Vattenfall har ingen skyldighet att särskilt kommunicera dessa volymförändringar, vilka Vattenfall har bedömt som marginella.

I avsnitt 1 i anbudsinvjudan anges följande: "The approximate annual purchasing volumes are specified in Appendix 2. These volumes are not binding and represent Vattenfall's best estimation of our future demand." Att den uppskattade avropsvolymen justeras något under förhandlingarnas gång är i sig inget märkligt eller ovanligt. De justerade volymerna anges också i tabellen på sidan 3 i kommunikationsdokumentet. NKT har, som redan nämnts, bekräftat och godkänt kommunikationsdokumentet och dess innehåll.

Det är fråga om fullt rimliga justeringar av en redan från början uppskattad avropsvolym, vilka har gjorts under pågående förhandlingar med anbudsgivarna. Det finns inga regler i LUF för frister etc. när det gäller förhandlingar. Det som styr förhandlingen och dess ramar är de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. När det gäller de påstådda väsentliga ändringarna av volymerna, vilka bestrids, har samtliga anbudsgivare behandlats lika. Ändringarna är därtill marginella. Vidare fick samtliga anbudsgivare del av de ändrade volymerna i samband med att de fick del av sina respektive kommunikationsdokument. Vattenfall har behandlat alla anbudsgivare lika och någon överträdelse av LUF föreligger inte.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Parterna är ense om att de ifrågavarande volymändringarna har ägt rum under upphandlingsförfarandet. Frågan blir därmed om Vattenfall genom dessa ändringar har genomfört en väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten.

Av 11 kap. 8 § LUF framgår följande. Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om kompletterande upplysningar inte lämnas inom de tidsfrister som anges i 12 kap. 11 §, eller väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

En åtgärd som innebär att upphandlingsdokument ändras under pågående upphandling får bedömas med utgångspunkt i de grundläggande EU-rättsliga principer som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LUF. En upphandlande myndighet får i regel göra kompletteringar och förtydliganden för att klargöra tveksamheter och otydligheter i

upphandlingsdokumenten, såvida dessa inte innebär en väsentlig förändring av desamma. Vid prövningen av om en ändring är väsentlig får en samlad bedömning göras av orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, tidpunkten för ändringen samt om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser till följd av ändringen. (Jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål 1941-10, Kammarrätten i Sundsvall avgörande i mål 1379-13 och Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 1199-18.)

Förvaltningsrätten anser att det rör sig om mindre volymändringar. Dessa framgår vid en jämförelse mellan å ena sidan Appendix 2 som bifogades anbudsinvjudan och å andra sidan kommunikationsdokumentet som var anbudsgivarna tillhanda den 30 november 2018, beräkningsverktyget som skickades till anbudsgivarna den 6 december 2018 och "bidding sheet" som skulle vara anbudsgivarna tillhanda senast den 6 december 2018.

Volymändringarna är förvisso inte omfattande, men har till syfte att utgöra underlag för beräkningen av anbud. Förvaltningsrätten anser därför att dessa ändringar kan vara av avgörande betydelse för vilken leverantör som tilldelas kontrakt. Något direkt stöd för volymändringar under upphandlingsförfarandet framgår inte av anbudsinvjudan, enligt domstolens mening. Ändringarna framgår vid en direkt jämförelse mellan de ifrågavarande dokumenten, men ingen särskild underrättelse utgick till anbudsgivarna om ändringarna och de föranledde inte någon förlängning av anbudstiden. Enligt domstolens mening är ändringarna av en sådan omfattning och har en sådan inverkan på förutsättningarna för anbudsinvlämnande, att Vattenfall borde ha vidtagit konkreta åtgärder för att tydligt informera anbudsgivarna och ge dem möjlighet till anpassning av sina anbud. Gällande den formulering som Vattenfall hänvisat till i avsnitt 1 i anbudsinvjudan, anser förvaltningsrätten att denna inte ger stöd för att volymändringar kan komma att ske under själva upphandlingsförfarandet. Snarare förefaller denna formulering öppna för volymändringar under

avtalstiden. Vattenfall kan inte anses ha vidtagit tillräckliga åtgärder för att motverka eventuella negativa konsekvenser till följd av ändringarna. Därmed får Vattenfall genom volymändringarna anses ha genomfört en väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten som således utgör en otillåten ändring. Vattenfalls agerande står i strid med de upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och i synnerhet med den förstnämnda principen.

**Är NKT skadelidande? För det fall NKT är skadelidande, vilken påföljd blir då aktuell?**

NKT anför bl.a. följande. Såvitt NKT känner till har bolagets kablar ett för marknaden unikt högt aluminiuminnehåll. Eftersom aluminium har ett lägre pris än koppar är NKT:s totalpris för kablarna mycket konkurrenskraftigt. Användandet av aluminium medför dock en högre kostnad för skydd mot korrosion och påverkar därför den specifika delkostnaden Net Hollow Price, så att denna enskilda kostnad blir högre jämfört med andra lösningar. Vattenfall har genom sin ändring av tilldelningskriterierna gynnat anbudsgivare med en högre andel koppar i sina produkter. Vattenfalls otillåtna ändring har medfört att NKT:s anbudspris blivit mindre attraktivt i relation till övriga anbudsgivare. Detta är dessutom rent illusoriskt eftersom Net Hollow Price inte återspeglar den verkliga kostnaden för den upphandlande enheten. Om någon ändring inte hade skett, utan utvärderingen hade skett utifrån kablarnas totalpris, är det sannolikt att NKT hade tilldelats kontrakt i upphandlingen. Eftersom den otillåtna ändringen således direkt har missgynnat NKT, har bolaget lidit skada till följd av den. Det är i vart fall uppenbart att NKT riskerat att lida skada med anledning av Vattenfalls överträdelse.

På grund av att Vattenfall inte särskilt informerade om att volymerna hade justerats, inkom NKT med ett anbudspris som var väsentligen högre än vad

det rätteligen borde ha varit. Det kan inte uteslutas att NKT hade tilldelats kontrakt i upphandlingen om bolaget hade informerats ordentligt om volymändringarna. Även av detta skäl har NKT lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

De överträdelser som förekommit i upphandlingen rör i alla delar Vattenfalls agerande efter den 30 november 2018 inför och under förhandlingsfasen i upphandlingen. Som framgår av praxis har domstolen, vid val av påföljd, att välja den åtgärd som med minsta möjliga ingrepp i upphandlingen korrigerar de påtalade överträdelserna. I detta fall kan en sådan korrigerande ske genom att enbart förhandlingsfasen görs om med iakttagande av den utvärderingsmodell, dvs. totalpris, som anges i anbudsintjudan. För det fall förvaltningsrätten anser att en sådan rättelse inte är möjligt ska upphandlingen göras om.

**Vattenfall** anför bl.a. följande. NKT har inte lidit och inte heller riskerat att lida skada. När det gäller påstådda brister rörande utvärderingen har NKT behandlats på samma sätt som alla andra anbudsgivare genom hela upphandlingen. Alla anbudsgivare lämnade anbud baserade på samma upphandlingsdokument. När anbudena kom in, den 4 oktober 2018, gick NKT vidare i utvärderingen till förhandling. Under förhandling skickade Vattenfall till NKT och alla övriga anbudsgivare samtliga dokument som behövdes för förhandlingen och de nya anbud som skulle lämnas in den 10 december 2018. Vid Vattenfalls genomgång av anbudena den 10 december 2018, upptäckte Vattenfall fel i NKT:s anbud, varvid Vattenfall gav NKT möjlighet att rätta sitt anbud. Även efter rättelse var NKT:s anbud högre än två andra anbudsgivares. Mot denna bakgrund var det bara dessa två anbudsgivare som gick vidare till slutlig förhandling. NKT har således fått utvärderingsmodellen förklarad för sig vid så många tillfällen att bolaget borde ha förstått denna på samma sätt som alla andra anbudsgivare. Genom

de omfattande anvisningar som NKT och alla andra anbudsgivare fått har all skada eller risk för skada eliminerats.

Volymförändringarna innebar en minskning av volymen i förhållande till uppskattad volym i anbudsinbjudan. En minskad volym medför oftast ett högre anbudspris per enhet. Vattenfall har svårt att förstå hur NKT har lidit skada av den påstådda bristen. Om det förhåller sig så att NKT inte har uppmärksammat den nya lägre volymen, utan har lämnat enhetspris baserat på den tidigare högre volymen, borde NKT:s pris vara lägre genom bolagets bristfälliga läsning av underlaget.

När det gäller NKT:s yrkande om rättelse vill Vattenfall uppmärksamma rätten på att ett sådant beslut om rättelse inte är förenligt med likabehandlingsprincipen i LUF. I samband med meddelande om tilldelningsbeslut har Vattenfall upplyst den anbudsgivare som hamnade på plats två om hur långt från vinnaren denna låg i pris. Det innebär att Vattenfall har lämnat upplysningar, direkt eller indirekt, om hur en viss anbudsgivares anbud ligger till i förhållande till annan anbudsgivares anbud. Det är därför inte längre möjligt att återuppta förhandlingen med beaktande av likabehandlingsprincipen.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten har konstaterat att Vattenfall har agerat i strid med LUF och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna genom att genomföra en otillåten ändring av tilldelningskriterierna i upphandlingen och en väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten. Enligt förvaltningsrättens mening har NKT på ett tillräckligt tydligt sätt redogjort för hur bolaget har missgynnats till följd av att utvärderingsmodellen ändrats på ett sätt som varit till nackdel för NKT. Därtill anser domstolen att NKT i vart fall riskerat att lida skada till följd av volymändringarna, då bolaget inte gavs någon särskild information om dessa och möjlighet till anpassning

innan anbudsinlämnande. Förvaltningsrätten anser således att NKT har förmått göra sannolikt att Vattenfalls ovan nämnda överträdelser av LUF och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, har medfört att bolaget har lidit eller i vart fall kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten ska därmed ingripa mot upphandlingen.

Frågan blir då vilken påföljd som kommer ifråga. Av handlingarna i målet framgår att de aktuella överträdelserna av LUF och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna är hänförliga till förhandlingsfasen i upphandlingen och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Vattenfall har genom att ändra prismodellen under upphandlingen genomfört en otillåten ändring av tilldelningskriterierna från en totalprismodell till en annan modell. Förvaltningsrätten bedömer därför att ingripande ska ske genom rättelse i enlighet med NKT:s förstahandsyrkande. Vad Vattenfall anfört angående att en sådan rättelse står i strid med principen om likabehandling medför inte någon annan bedömning. Rättelsen innebär nämligen genomförandet av en ny förhandling och dessutom med en annan modell för utvärdering av anbud än den som tillämpades vid tilldelning. Rättelse ska således ske på så sätt att förhandlingen ska genomföras på nytt i enlighet med vad som anges i avsnitt 1.6 i anbudsinbjudan, dvs. med iakttagande av däri angiven utvärderingsmodell för totalpris.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Jakob Franzén har föredragit målet.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.



Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

