



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Förvaltningsrättsnotarien
Annie Mogren

DOM
2020-03-02
Meddelad i Falun

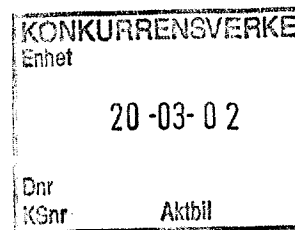
Mål nr
6067-19

SÖKANDE

Industrispår i Ystad Aktiebolag, 556209-8946

Ombud:

Advokaten Peter Lennartz
RosholmDell Advokatbyrå AB
Fiskaregatan 46
392 31 Kalmar

**MOTPART**

Västra Götalandsregionen
Västfastigheter
462 80 Vänersborg

UPPHANDLING

”Gatuspårväxlar till Spårvagnsdepå Ringön etapp 2”, projektnummer 30359,
diarienummer FAST 2019-00913

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen, Västfastigheter, genomför genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, en upphandling benämnd ”Gatuspårväxlar till Spårvagnsdepå Ringön etapp 2”, projektnummer 30359, diarienummer FAST 2019-00913.

I 11.1 Teknisk specifikation för upphandlingen anges bl.a. följande:

Elektriskt växelomläggningsaggregat, ska ha växeldriv Hanning & Kahl HWE 500 O-O eller likvärdigt. Manuellt växelomläggningsaggregat, ska ha växeldriv Hanning & Kahl HWU40D eller likvärdigt.

I punkten AKB.52, Värderingsgrunder vid prövning av anbud, i 09 Administrativa föreskrifter för upphandlingen anges bl.a. följande:

Det anbud som, sedan skall-kraven uppfyllts, är det ekonomiskt mest fördelaktiga med utgångspunkt bästa förhållande mellan pris och kvalitet.

Anbud där samtliga växlar är utrustade med Hanning & Kahls växelaggregat enligt handling 11.1 Teknisk specifikation Gatuspårväxlar får utvärderingspris lika med anbudspris. Anbud innehållande annat växelaggregat får ett tillägg på 15 % på anbudspriset (anbudspris x 1,15 = utvärderingspris). Orsak är att enhetliga aggregat önskas för hela depåanläggningen som ger lägre underhålls- och driftskostnader.

Fyra anbudsgivare lämnade anbud, varav endast Industrispår i Ystad Aktiebolag offererade annat fabrikat eller varumärke än Hanning & Kahl. Industrispår i Ystad Aktiebolags anbud åsattes ett tillägg på 15 procent av anbudspriset. Efter genomförd utvärdering bestämdes anbudssumman för Industrispår i Ystad Aktiebolag till 26 578 800 kr (exklusive tillägg till 23 112 000 kr), för Rolfsen & Son AB till 26 215 725, 62 kr, för DT - Výchybárna a strojírna, a.s. till 20 855 210 kr och för Vossloh Nordic Switch Systems AB till 18 189 687 kr. Genom ett tilldelningsbeslut den 29 november 2019 antogs Vossloh Nordic Systems AB som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Industrispår i Ystad Aktiebolag yrkar i en ansökan att upphandlingen görs om och framför bl.a. följande:

Att hänvisa till samt gynna Hanning & Kahl vid utvärderingen strider mot LUF. Växeldriv och annan utrustning för spårväxlar tillverkas av ett stort antal olika aktörer från ett flertal olika länder. Det tyska företaget Hanning & Kahl GmbH & Co. KG är bara ett exempel på en sådan aktör. Det är fullt möjligt att beskriva vilket slags växeldriv som efterfrågas genom att ange, till exempel, vilket spår växeldrivet ska vara avsett för (därvid gäller vissa EU-standarder) och/eller vilken typ av aggregat växeldrivet ska vara kompatibelt med. Det finns en uppsjö av växeldriv på marknaden som är av samma slag som samt är tekniskt likvärdiga med de modeller från Hanning & Kahl som det hänvisas till i förfrågningsunderlaget. Det är alltså möjligt att beskriva upphandlingsföremålet tillräckligt tydligt utan att hänvisa till visst varumärke. Det kan inte heller av annan anledning anses motiverat att göra en sådan hänvisning. Motiveringen till den fördel som ges Hanning & Kahls produkter vid utvärderingen anges vara att det medför lägre underhålls- och driftskostnader. Även om det givetvis underlättar för myndigheten är det inte en godtagbar anledning till att hänvisa till visst varumärke. Hänvisningen till Hanning & Kahl kan enbart anses tillåten för det fall den inte leder till att viss leverantör gynnas eller missgynnas. Det är uppenbart att hänvisningen till Hanning & Kahl, inte minst då varumärket uttryckligen gynnas vid utvärderingen, leder till men för andra leverantörer av aktuell spårväxelutrustning. Som framgått finns det ett stort antal andra leverantörer på den relevanta marknaden, men anbudsgivare tvingas i princip att erbjuda produkter från bara ett visst varumärke. Hänvisningen till Hanning & Kahl, sedd i kombination med att varumärket gynnas vid utvärderingen, står därmed i strid med 9 kap. 6 § LUF. Många potentiella anbudsgivare, däribland bolaget, köper sina växeldriv från andra varumärken än Hanning & Kahl. För bolaget kan prisfördelar och verklig konkurrenskraft därmed uppnås

enbart genom att offerera spårväxelutrustning från dessa leverantörer. Bolaget missgynnas därmed också i upphandlingen och det finns sannolikt även andra anbudsgivare som gör det och som därför eventuellt avstått från att lämna anbud på grund av förfrågningsunderlagets utformning. Utformningen bör därmed anses utgöra en sådan konkurrensbegränsning som står i strid med 4 kap. 2 § LUF. Utformningen av förfrågningsunderlaget torde även anses stå i strid med den upphandlingsrättsliga likabehandlingsprincipen uttryckt i 4 kap. 1 § LUF.

Bolaget riskerar att lida skada. Den felaktiga utformningen av förfrågningsunderlaget medför per definition en risk för skada för samtliga leverantörer som, därigenom att de erbjuder en annan produkt än Hanning & Kahl, missgynnas vid utvärderingen. En av de leverantörer som missgynnats på sådant sätt är bolaget. Om utformningen av förfrågningsunderlaget givit möjlighet att konkurrera på ett fritt och effektivt sätt, utan otillbörliga konkurrensbegränsningar, hade utgången sannolikt kunnat bli en helt annan. Större fördelar hade kunnat vinnas genom fokus på tekniska aspekter än på vilket varumärke som erbjuds. Bolaget hade under sådana förutsättningar mycket väl kunnat vinna tilldelning av avtalet. Det går vidare, till exempel, att föreställa sig en situation där inte Hanning & Kahl, utan ett annat varumärke som bolaget med fördel kan erbjuda, hade givits konkurrensfördelar. Detta hade med största sannolikhet ökat bolagets chanser i upphandlingen och kanske inneburit att det vunnit tilldelning. Det är givetvis inte rimligt att bolaget ska missgynnas i förhållande till leverantörer som vinner prisfördelar genom att erbjuda ett annat varumärke, särskilt inte när de produkter som bolaget erbjuder är tekniskt likvärdiga. Bolaget har uppenbart riskerat att lida skada. Sett tillsammans med de överträdelse av LUF och upphandlingsrättsliga principer som redogjorts för föreligger därmed grund för att förordna att upphandlingen ska göras om.

De brott mot LUF och flera upphandlingsrättsliga principer som förekommit i upphandlingen återfinns i förfrågningsunderlaget och är därför att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet. Vid sådana felaktigheter får det

presumeras att sökanden lider eller åtminstone riskerar att lida skada. Bolaget hade haft väsentligt bättre möjlighet att konkurrera i upphandlingen med andra varumärken än Hanning & Kahl. Detta visas inte minst av det faktum att bolaget, trots hänvisningarna till Hanning & Kahl, behövt offerera spårväxlar av ett annat varumärke. Bolaget har således riskerat att lida skada i upphandlingen redan på den grunden att utvärderingsmodellen gynnat ett varumärke genom vilket bolaget saknat möjlighet att utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Bolaget har inte Hanning & Kahls produkter i sitt sortiment och har inte heller något annat samarbete med den aktuella leverantören. Om upphandlingen i stället utformats på ett sätt som gynnat varumärken som bolaget kan offerera med kostnadsfördelar hade bolaget givetvis kunnat vinna tilldelning i upphandlingen. Det hade då haft ett lägre anbudspris och samtidigt undgått pristillägg, samtidigt som andra leverantörer fått ett pristillägg för det fall de offererade andra varumärken. En sådan ordning hade givetvis stått i strid med likabehandlingsprincipen på samma sätt som hänvisningen till och favoriseringen av varumärket Hanning & Kahl. Även om det inte varit en bättre ordning i upphandlingsrättsligt hänseende visar det dock tydligt på hur bolaget och sannolikt även andra aktörer uppenbart missgynnats i upphandlingen och hur de därmed riskerat lida skada. Bolaget har gjort det sannolikt att det åtminstone riskerat att lida skada på grund av den felaktiga utformningen av förfrågningsunderlaget.

Västra Götalandsregionen, Västfastigheter, anser att ansökan ska avslås och svarar bl.a. följande:

Vad först gäller bolagets invändning mot utformningen av de tekniska specifikationerna vidgår myndigheten att dessa innehåller sådana hänvisningar till fabrikat eller varumärke som avses i 9 kap. 6 § LUF. Det ska dock framhållas att bolagets anbud bedömts uppfylla de obligatoriska krav som uppställts i de tekniska specifikationerna. Bolaget har alltså bedömts ha offererat likvärdiga aggregat. Därmed har bolaget inte missgynnats, eller andra leverantörer gynnats. Under alla omständigheter har aktuell hänvisning varit motiverad av det som ska anskaffas. Den hänvisning som gjorts i

de tekniska specifikationerna har således varit i enlighet med 9 kap. 6 § LUF och de grundläggande principerna i 4 kap. 1–2 §§ LUF. Bolaget har inte och kan inte heller lida skada av det sätt på vilket dessa krav utformats. Vad sedan gäller utformningen av utvärderingsmodellen har bolagets anbud i anbudsutvärderingen tilldelats ett fiktivt pristillägg om 15 procent på offererat anbudspris eftersom inte samtliga bolagets växlar varit utrustade med Hanning & Kahls aggregat. Utvärderingsmodellen utgör dock inte del av de tekniska specifikationerna. Därmed blir 9 kap. 6 § LUF inte tillämplig på dess utformning. Om utvärderingsmodellen skulle anses utgöra del av de tekniska specifikationerna vidgås att bolaget i och för sig missgynnats av det sätt på vilket utvärderingsmodellen varit utformad genom det fiktiva prispåslaget. Myndigheten menar dock att aktuell hänvisning varit motiverad av det som ska anskaffas. Med en annan tillverkare än Hanning & Kahl uppskattas merkostnaderna till cirka 7,5–8 miljoner kr. Därmed har det fiktiva prispåslag om 15 procent på offererat anbudspris, vilket för bolagets del motsvarat ett påslag om knappt 3,5 miljoner kr, dvs. inte ens hälften av dessa merkostnader, varit motiverat av det som anskaffas. Det måste anses motiverat och tillbörligt att en upphandlande myndighet i en utvärderingsmodell tar viss ekonomisk höjd för de merkostnader som uppkommer för den som ska nyttja upphandlingsobjektet vid leverans av ett objekt som inte är omedelbart ”kompatibel” med motsvarande objekt som redan finns i dennes regi. Att inte ta sådan höjd hade snarare riskerat att strida mot likabehandlingsprincipen i och med att ett anbud som medför betydande merkostnader för den upphandlande myndigheten i så fall hade bedömts likvärdigt med ett anbud som inte medför sådana merkostnader. Utvärderingsmodellen har därmed inte heller utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Bolaget har i och för sig missgynnats genom det sätt på vilket utvärderingsmodellen varit utformat men det har varit berättigat utifrån det som anskaffats och därmed inte heller otillbörligt. Därmed strider inte heller utvärderingsmodellen mot konkurrensprincipen. Ett alternativ för myndigheten hade också varit att i upphandlingen kräva att leverantörer av ett aggregat från en annan tillverkare än Hanning & Kahl skulle stå för de totala

merkostnader som detta för med sig. Det hade varit ett mer långtgående krav. Därmed är utvärderingsmodellen även förenlig med proportionalitetsprincipen. Under alla omständigheter har bolaget inte lidit, eller kan komma att lida, skada. Som framhållits har bolagets anbud bedömts uppfylla de obligatoriska kraven avseende de tekniska specifikationerna. Vidare hade bolaget, oavsett det fiktiva prispåslaget om 15 procent, inte tilldelats avtal i upphandlingen. Även om bolaget inte erhållit ett påslag om 15 procent hade bolaget inte tilldelats avtal i upphandlingen. Bolaget hade då placerats på tredje plats i anbudsutvärderingen. Det förhåller sig faktiskt till och med så att bolaget inte tilldelats avtal ens om övriga anbudsgivare erhållit ett påslag på 15 procent och bolaget inte erhållit något sådant påslag. Inte heller i övrigt har bolaget förmått konkretisera på vilket sätt bolaget utformat sitt anbud på ett annat sätt, givet att myndigheten inte krävt/premierat offererandet av ett växeldriv/-aggregat av ett visst varumärke. Oaktat om det varit förenligt med LUF att kräva/premiera offererandet av ett växeldriv/-aggregat av ett visst varumärke har bolaget under alla omständigheter inte lidit, eller kan komma att lida, skada härav. Det bolaget framfört om risk för skada för andra leverantörer saknar relevans för om skaderekvisitet är uppfyllt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

De grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF innebär att upphandlande enheter ska 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. Enligt 4 kap. 2 § LUF får en upphandling inte utformas i

syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av 9 kap. 6 § LUF framgår att om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till ett fabrikat eller varumärke. Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Den upphandlande enheten bestämmer vad den ska upphandla. I den här upphandlingen är det gatuspårväxlar för etapp 2 av ny spårvagnsdepå på Ringön i Göteborg i enlighet med upphandlingsdokumenten. De tekniska specifikationerna i upphandlingen innehåller hänvisningar till ett fabrikat eller varumärke följt av orden ”eller likvärdigt”. Oavsett hur den hänvisningen förhåller sig till de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF och till 4 kap. 2 §, 9 kap. 6 § och de andra bestämmelserna i LUF har bolaget, vars anbud ansetts uppfylla de tekniska specifikationerna med någonting likvärdigt, inte visat att hänvisningarna i de tekniska specifikationerna medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Bolaget har inte konkretiserat eller annars tydliggjort på vilket sätt det på grund av hänvisningarna inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller på vilket sätt det utan hänvisningarna skulle ha agerat på ett annat gynnsammare sätt i upphandlingen. Den skaderisk bolaget pekat på i denna del är alltför vag och avlägsen.

I de administrativa föreskrifterna för upphandlingen anges i fråga om värderingsgrunder vid prövning av anbud ”det anbud som, sedan skallkraven uppfyllts, är det ekonomiskt mest fördelaktiga med utgångspunkt bästa förhållande mellan pris och kvalitet”. Enligt utvärderingsmodellen får den som

inte offererat det fabrikat eller varumärke de tekniska specifikationerna hänvisar till utan någonting likvärdigt ett tillägg på 15 procent på anbudspriset. Som bolaget framhållit är det tillägget inte invändningsfritt utifrån de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF och de andra bestämmelserna i LUF. Det bolaget åberopat visar emellertid inte att tillägget medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Med tillägget har bolaget fjärde lägsta anbudssumma; utan tillägget skulle bolaget fått tredje lägsta anbudssumma. Även i denna del är den skaderisk bolaget pekat på alltför vag och avlägsen.

Med det sagt är finns det inte förutsättningar för ingripande enligt 20 kap. 4 § LUF. Ansökan ska följaktligen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Elin Ruthström
rådman



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.

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.

