



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-07-03
Meddelad i Linköping

Mål nr
3469-17

PARTER

Sökande

Assemblin El AB, 556013-4628
Västerberga Allé 1
126 30 Hägersten

Ombud: Bolagsjuristen Anders Sarpakari
med samma adress som ovan

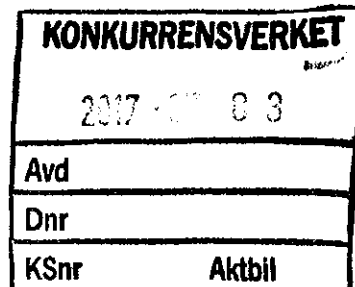
Motpart

Tekniska verken i Linköping AB
Box 1500
581 15 Linköping

Ombud: Advokaten Erik Olsson och juristen Johan Falk
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 292656

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
Telefax
013-25 11 40
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Tekniska verken i Linköping AB (Tekniska verken) genomför genom förnyad konkurrensutsättning ett avrop benämnt *Byte frekvensomformare RVP Berggården* (Upphandlingen) från ramavtalet *Förnyad konkurrensutsättning Elinstallationsarbete i projektform*, referensnr 14/272-F (Ramavtalet). Tekniska verken meddelade den 4 maj 2017 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Eitech Electro AB (Eitech) tilldelades kontraktet. Upphandlingen avslutades samma dag då Tekniska verken tecknade kontakt med Eitech (Avtalet).

Assemblin El AB (Assemblin), som lämnat anbud i Upphandlingen, ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ogiltigförklarar Avtalet och i andra hand beslutar om rättelse med innebörden att Eitechs anbud förkastas och Assemblin tilldelas kontraktet.

Tekniska verken begär att ansökan avvisas avseende begärd överprövning av Upphandlingen och avslås beträffande begärt ogiltigförklarande av Avtalet.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Assemblin

Tekniska verken har i Administrativa föreskrifter som utgör en del av förfrågningsunderlaget angett att upphandlingen avser en utförandeentreprenad för vilken standardavtalet AB 04 ska gälla.

Eitech har i sitt anbud tagit in ett flertal reservationer. Anbudet avviker således från förfrågningsunderlaget. Reservationerna innebär begränsningar av det ansvar som åligger en entreprenör enligt AB 04 och som rätteligen ska åligga den anbudsgivare som vinner Upphandlingen. Samtliga dessa reser-

vationer medför att Eitech har kunnat lämna ett lägre anbud än Assemblin.

Reservationerna har förtecknats under rubriken "Villkor" i anbudet. Bland reservationerna finns en begränsning av garantitiden till två år från godkänd slutbesiktning. Eitech skriver "*Garantitiden är två år räknat från datum för godkänd slut- eller delbesiktning*". Enligt AB 04 är garantitiden två år för material och vara samt fem år för arbetsprestation (se 4 kap. 6 § 1 AB 04). Eitechs reservation medför således en tre år kortare garantitid för arbetsprestation.

Eitech har vidare i sitt anbud angivit att man inte lämnar någon garanti överhuvudtaget för förbrukningsmaterial, "*Förbrukningsvaror såsom säkringar, filter etc. omfattas ej av garantin*". Även detta står i strid med garantitiden enligt AB 04 (två respektive fem år enligt ovan angiven bestämmelse).

Härtill kommer att Eitech angett en övre gräns för förseningsvite om 7,5 procent av kontraktssumman. Eitech anger "*Eitechs vitesklausul skall vara 0,5 procent av kontraktssumman per påbörjad vecka, dock max 7,5 procent av kontraktssumman*". Någon sådan gräns finns inte i AB 04 (jämför 5 kap. 3 § i AB 04).

Eitech har dessutom angett att man inte åtar sig någon skadeståndsskyldighet för skador på grund av fel eller på annat sätt. Eitech begränsar sitt ansvar enligt följande "*Eitech har inte utöver vitesklausulen ovan inte något ansvar för produktionsbortfall, utebliven vinst eller annan direkt eller indirekt skada som kan uppkomma genom fel eller på annat sätt*". Någon sådan begränsning finns inte i AB 04 (Jämför 5 kap. 1 § samt 7-14 § och därutöver bl.a. 2 kap. 9 §).

Avtalet skall förklaras ogiltigt eftersom Eitechs anbud inte har varit det ekonomisk mest fördelaktiga vilket framgår av de otillåtna reservationer Eitech gjort i anbudet som har en väsentlig ekonomisk betydelse. Assemblins anbud var det näst lägsta anbudet och endast marginellt högre än Eitechs anbud. Assemblins anbud innehöll dock inte några reservationer. Hade Assemblin gjort motsvarande reservationer hade Assemblins anbud blivit lägre än Eitechs anbud. Assemblin har således också lidit skada av att kontraktet inte har tilldelats det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Tekniska verkens inställning att ett anbud skulle kunna innehålla vad som helst så länge den upphandlande enheten hinner underteckna avtal med en anbudsgivare innan någon annan anbudsgivare haft möjlighet att reagera är orimlig.

Assemblin kan inte vitsorda att Avtalet har träffats efter tilldelningsbeslutet. Även om Avtalet har träffats senare samma dag (vilket väl – även om det inte vitsordas – är troligt) innebär förfarandet att Assemblin och övriga anbudsgivare i praktiken har saknat möjlighet att agera. Har avtal träffats före tilldelningsbeslutet föreligger grund för ogiltighetsförklaring enligt 16 kap. 13 LUF.

Eftersom anbudet var orent borde det under alla omständigheter, enligt villkoren för upphandlingen, ha förkastats enligt punkten AFB.31 i förfrågningsunderlaget.

Tekniska verken

Tekniska verken genomförde 2015 en upphandling av Ramavtalet, där avtal ingicks med Eitech som vid Ramavtalets ingående hade firmanamnet Goodtech Projects & Services AB. Tekniska verken har genomfört ett avrop från Ramavtalet genom förnyad konkurrensutsättning.

Eftersom avtal har slutits saknas legala förutsättningar för förvaltningsrätten att överpröva Upphandlingen, vilket framgår av 16 kap. 6 § LUF. Huruvida Eitechs anbud är inom ramen för vad som stipuleras i Ramavtalet är således irrelevant för rättens prövning, eftersom Eitechs anbud inte innebär att Avtalet getts ett innehåll som strider mot Ramavtalet. Det framgår redan av avtalshierarkin i Avtalet, punkten 3, att vad som anges i ett lägre stående dokument inte är gällande om inte omständigheterna uppenbarligen föranleder annat. Det sagda innebär, efter det att avtal har slutits, att vid avtalstolkning den kontraktshandling som har minst relevans är Eitechs anbud. Det innebär även att det ska vara uppenbart att något i lämnat anbud ska tolkas på annat sätt än vad som anges i övriga nio, högre stående, avtalsdokument för att någon skrivning i ett Eitechs anbud ska kunna utgöra avtalsinnehåll. En sådan situation är inte för handen. Ingen av de reservationer som Assemblin påstår att Eitech har gjort utgör således avtalsinnehåll i Avtalet.

Frågan som ska besvaras vid en ogiltighetstalan i detta fall är inte huruvida ett anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller om påstådda reservationer har gjorts utan, enligt 16 kap. 13 § LUF, om avtal har slutits utan föregående annonsering i strid med LUF. Avtalet har ingåtts på grundval av Ramavtalet och har därför tilldelats enligt 4 kap. 2 § 9 p. LUF och tilldelningen har således inte behövt föregås av någon separat annonsering.

Tekniska verken har valt att inte iaktta någon avtalsspärr. Vid sådana förhållanden saknar frågan om när avtal ingåtts betydelse. Kontraktet ingicks emellertid den 4 juni 2017 och i samband med detta meddelades övriga leverantörer därom. Eftersom någon annonseringsskyldighet inte har förelegat har Tekniska verken inte heller agerat i strid med 16 kap. 13 § LUF och grund för att ogiltigförklara Avtalet saknas således.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

LUF upphörde att gälla och ersattes den 1 januari 2017 av lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (2016:1146). Den upphävda lagen tillämpas dock alltjämt för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet, vilket vid ramavtal och förnyade konkurrensutsättningar enligt ramavtal är tidpunkten då förfarandet för att ingå ramavtalet inleddes (se prop. 2015/16:195 s. 918 f.). LUF är därmed tillämplig för Upphandlingen.

Av 1 kap. 24 § LUF framgår att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det framgår vidare att principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Av 4 kap. 2 § punkt 9 LUF framgår att upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om kontraktet grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt denna lag.

Av 16 kap. 2 § LUF framgår att avtalsspärr inte gäller vid tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 eller 3 § LUF.

Av 16 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

Enligt 16 kap. 13 § första stycket LUF ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §. Enligt andra stycket samma bestämmelse ska ett avtal också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är i målet klarlagt att Tekniska verken har genomfört ett avrop från Ramavtalet genom förnyad konkurrensutsättning. Eftersom det i målet är ostridigt att Avtalet är tecknat, är förvaltningsrättens prövning enligt 16 kap. 6 § LUF begränsad till att avse avtalets giltighet.

Ett avtal kan endast förklaras ogiltigt på de i 16 kap. 13 § LUF uppräknade grunderna. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till de av sökanden åberopade ogiltighetsgrunderna (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Assemblin har som grund för Avtalets ogiltighet gjort gällande att Avtalet, genom de otillåtna reservationerna i Eitechs anbud som har en väsentlig ekonomisk betydelse, är ändrat i jämförelse med det ursprungligen upphandlade Ramavtalet, att Eitechs anbud därmed inte har varit det ekonomisk mest fördelaktiga, samt att det inte kan uteslutas att Avtalet träffats före tilldelningsbeslutet.

Vad gäller frågan om hur man ska se på ändringar som tillförts ett upphandlingskontrakt, har EU-domstolen i mål C-454/06, s.k. Presstext-domen, tydliggjort bl.a. följande. Ändringar som görs i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt om de ändringar som sker uppvisar betydande skillnader i förhållande till det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (jfr även EU-domstolens dom i mål C-549/14, *Finn Frogne*).

Tekniska verken har angett att för det fall att Eitechs anbud skulle anses innehålla vissa skrivningar som i sig innebär avsteg från det som regleras i AB 04 utgör dessa, på grund av vad som anges i punkten 3 i Avtalet beträffande avtalshierarki, inte avtalsinnehåll i Avtalet och att Avtalet alldeles oavsett anbudets utformning inte har getts ett innehåll som strider mot Ramavtalets förutsättningar.

Förvaltningsrätten konstaterar att både Avtalet och AB 04 enligt punkten 3 i Avtalet gäller före Eitechs anbud, vilket innebär att det vid eventuella differenser i det som anges i anbudet och AB 04, är det alljämt det som anges i AB 04 som ska utgöra avtalsinnehåll mellan parterna. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Assemblin inte har förmått visa att Avtalet till följd av skrivningar i Eitechs anbud utgör ett avropskontrakt som på ett väsentligt sätt avviker från tidigare upphandlat Ramavtal. Det är således inte fråga om ett kontrakt som ingåtts i strid med LUF:s krav på annonsering.

Då Tekniska verken enligt 4 kap. 2 § punkt 9 LUF haft rätt att tilldela Avtalet utan föregående annonsering och någon avtalsspärr enligt 16 kap. 2 § LUF inte gällt för upphandlingen har det saknats hinder för Tekniska verken att sluta avtal direkt efter det att tilldelningsbeslutet meddelats. Annat har i målet inte heller påvisats än att Avtalet har tecknats efter det att tilldelningsbeslutet meddelades.

Med hänsyn till att Tekniska verken haft rätt att tilldela Avtalet utan föregående annonsering och Tekniska verken inte har slutit Avtalet i strid med bestämmelserna om avtalsspärr eller före sin underrättelse om tilldelningsbeslut föreligger inte grund för att förklara Avtalet ogiltigt enligt varken första eller andra stycket i 16 kap. 13 § LUF oberoende av om Tekniska verken innan kontraktstecknandet i övrigt skulle anses ha förfarit i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF på sätt som Assemblin gjort gällande målet. Ansökan om överprövning ska mot bakgrund av det anförda avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Tomas Kjellgren
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.