



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2018-09-04

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12683-18

SÖKANDE

West Atlantic Sweden AB, 556062-4420

Ombud: Advokat Johan Rappmann

Advokatfirman Glimstedt AB

Box 2259

403 14 Göteborg

MOTPART

PostNord Sverige AB, 556711-5695

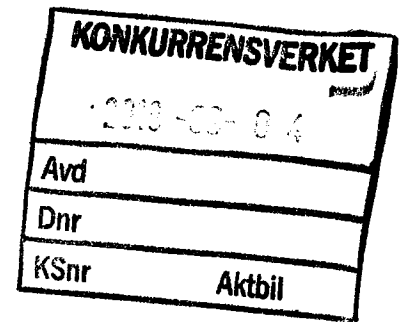
105 00 Stockholm

Ombud: Amar Al Djabaer

Samma adress

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 992000

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.**Bakgrund**

PostNord Sverige AB (PostNord) genomför en upphandling av flygtransporttjänster av post inom Sverige, dnr 18/015. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Av tilldelningsbeslut daterat den 25 maj 2018 framgår att PostNord beslutat att anta anbudet från Amapola Flyg AB (Amapola).

West Atlantic Sweden AB

West Atlantic Sweden AB (West Atlantic) yrkar att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar West Atlantic att förvaltningsrätten inom ramen för sin utredningsskyldighet enligt 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska inhämta vissa uppgifter från Amapolas anbud för bedömning om dessa handlingar kan lämnas ut till West Atlantic inom ramen för partsinsyn samt lämna ut dessa om inte hinder föreligger enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

West Atlantic anför bl.a. följande. West Atlantic lämnade anbud som uppfyllde alla obligatoriska krav och inbjöds till förhandlingar i upphandlingen. Förhandlingar genomfördes efter anbudstiden då anbudsgivarnas anbud kunde justeras efter givna förutsättningar. I förhandlingsperiodens slutskede kallade PostNord till ett nytt förhandlingsmöte med mycket kort varsel. Under detta förhandlingsmöte lämnade företrädare för PostNord vaga uppgifter om att behovet på flygturerna PF 191 (Luleå-Umeå) och PF 192 (Umeå-Luleå) låg på gränsen mellan *AC Small* och *AC Large*. Vid mötet frågade West Atlantic PostNord om man hade för avsikt att ändra kapacitetskravet på de aktuella flygturerna

till *AC Small* och fick då besked om att så inte skulle ske. Efter mötet erhöll West Atlantic två e-postmeddelanden från PostNord. I det sista av dessa meddelanden har PostNord angett att kapaciteten på de aktuella flygturerna hade korrigerats och bestämts till 35 postvagnar. Tidigare samma dag hade West Atlantic fått ett liknande e-postmeddelande där kapaciteten i stället angavs till 36 postvagnar. Sänkningen från 36 till 35 postvagnar innebar ingen skillnad för West Atlantics del. Informationen gällande kapaciteten på flygturerna PF 191 och PF 192 som PostNord lämnade under förhandlingsperiodens absoluta slutskede öppnade upp för strategisk prissättning som endast kunde nyttjas av vinnande anbudsgivare. Genom informationen kunde Amapola, vars flygplan för behov *AC Small* kan lasta upp till 36 postvagnar, räkna med att det inte krävdes ett flygplan *AC Large*, trots att ett sådant var angett som prognosticerad i bilaga 9, utan att det vid leveransstart och under överskådlig tid skulle räcka med Amapolas flygplansmodell avseende *AC Small*. Däremot skulle den flygplansmodell som West Atlantic projekterat med för *AC Small*, inte kunna användas eftersom denna endast kan lasta 32 postvagnar. Genom den av PostNord lämnade informationen om dess behov på berörd sträcka har Amapola kunnat lämna ett strategiskt anbud genom att vid dess prissättning i *Subschedule 4.1* prissätta *AC Large* med pris för deras *AC Small* och med avsikt att flyga med ett sådant plan på den sträckan. Eftersom PostNord inte har lämnat ut några uppgifter om anbudsgivarnas prissättning känner West Atlantic inte till vilken skillnad mellan dem som finns. Man känner således inte heller till huruvida Amapola utnyttjat den av PostNord i sent skede lämnade informationen om att denna har haft avgörande betydelse för upphandlingen. För det fall informationen hade lämnats i upphandlingsdokumenten eller i ett väsentligt tidigare skede av upphandlingen hade det funnits förutsättningar för West Atlantic att upphandla underleverantör med motsvarande flygplanstyp som Amapola hade, med en lastningskapacitet om 35 postvagnar eller något fler, för att därigenom lämna ett mer fördelaktigt anbud inom ramen för upphandlingen.

Den representant från Swift Air som ringde till PostNord angående lastkapaciteten på flygturerna PF 191 och PF 192 agerande inte på uppdrag eller mandat från West Atlantic. Även om Swift Airs representant nämnde att den flygplanstyp som det bolaget har, ATR42, kunde lasta 35 postvagnar, har denna modell egentligen endast kapacitet för 33 postvagnar, vilket West Atlantic presenterat för PostNord vid förhandlingsmöte.

Vidare har West Atlantic i enlighet med bestämmelsen i 12 kap. 13 § LUF begärt att få del av utvärderingen av det egna anbudet och alla konkurrenters anbud. PostNord har som svar på West Atlantics begäran endast angivit utfallet av anbudsgivarnas lämnade rabatter. Svaret uppfyller därför inte de krav som följer av 12 kap. 13 § LUF.

PostNord Sverige AB

PostNord bestrider West Atlantics yrkanden och anför bl.a. följande. PostNord har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i den nu nämnda lagen. Om förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingen i något avseende inte har följt principerna i LUF har West Atlantic inte lidit skada eftersom West Atlantic har lämnat ett anbud med högre priser än det antagna anbudet och som därmed är mindre ekonomiskt fördelaktigt för PostNord jämfört med det anbud som lämnats av vinnande anbudsgivare.

Förfarandena vid upphandling enligt LUF är friare och regleras inte lika detaljerat som upphandlingar enligt det klassiska direktivet.

Bestämmelserna i LUF reglerar inte i detalj hur förhandlingar ska genomföras utan endast att anbud ska ligga till grund för efterföljande förhandlingar. En förhandling ska dock genomföras i överensstämmelse med grundprinciperna i LUF. Det är fullt möjligt att i en förhandling enligt LUF be anbudsgivarna att optimera eller förbättra sina anbud eller i

samband med förhandlingen slutligt fastställa kontraktsvillkoren. Det är även möjligt att göra ändringar i upphandlingsunderlaget i syfte att identifiera det anbud som innebär det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Inför upphandlingen tog PostNord fram fyra olika flygnätverk som preciserar hur flygtransporttjänster inom landet kan komma att efterfrågas av PostNord. Alternativen beskriver hur sträckorna mellan olika städer i Sverige förväntas trafikeras av anbudsgivarna. Alternativen skulle prissättas i prisbilagan och PostNord har identifierat storleken på flygplanen för respektive flyglinje. Enligt bestämmelserna i kontraktet har PostNord rätt att justera flygplansstorleken under avtalstiden för att nå maximal flexibilitet. Anbudsgivare som lämnat anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav inbjöds att delta i den successiva förhandlingen. Någon förändring av utvärderingsmodellen har inte skett under förhandlingarna. Respektive anbudsgivare har haft möjlighet att optimera flygnätet så länge kraven i kravspecifikationen varit uppfyllda. Direkt efter det sista mötet uppmanades samtliga kvarvarande anbudsgivare att inkomma med slutligt anbud. Anbudet skulle vara PostNord tillhanda senast den 21 maj 2018. I samband med uppmaningen valde PostNord att specificera lastkapaciteten avseende flygturerna PF 191 och PF 192. Preciseringsen för de turerna har sin grund i att behovet av lastkapacitet tillgodoses av ett flygplan med kapacitet för 36 postvagnar. I samband med uppmaningen att inkomma med slutligt anbud återkom en företrädare för West Airs underleverantör Swift Air med en muntlig begäran om PostNord kunde precisera kapaciteten för de nu nämnda rutterna från en kapacitet om 36 postvagnar till 35 postvagnar. Detta motiverades med att West Atlantic saknade flygplan med kapacitet på 36 postvagnar men att bolaget, genom sin underleverantör Swift Air, kunde tillhandahålla flygplan med en kapacitet om 35 postvagnar. PostNord beslutade att omgående tillmötesgå önskemålet och valde därför samma dag att publicera en precisering av kapaciteten för de aktuella rutterna. West

Atlantic valde i sitt slutliga anbud att stå fast vid tidigare inlämnade priser. LUF och till viss del även övrig upphandlingslagstiftning medger möjligheten att efterfråga optimeringsförslag av ett anbud i syfte att bidra till prissänkningar, anpassningar eller att genom förhandling göra ändringar i upphandlingsdokumenten. Leverantörer i upphandlingen har behandlats på samma sätt och ingen särbehandling har gjorts av anbudsgivare som har deltagit i förhandlingen. LUF medger möjligheten att precisera kapaciteten för en flygrutt och att det i vart fall inte utgör någon väsentlig förändring av upphandlingsdokumentet. Preciseringsen ryms inom den kapacitet som satts för ett flygplan av typen AC Small där kapaciteten angetts till ”upp till 39 postvagnar”. Preciseringsen har vidare inte medfört någon förändring i förhållandet mellan antagen anbudslämnare och West Atlantics anbud. Amapola har lämnat pris för tre typer av flygplan för turena PF 191 och PF 192. Priset för kapacitet för upp till 35 postvagnar har lämnats i anbudet men inte legat till grund för utvärderingen. Utvärderingen har oaktat preciseringen grundats på ett flygplan av typen *AC Large*. Amapola har lämnat det anbud som innebar lägst pris och tillika bästa utvärderingspriset oaktat flygplanstyp för linjerna PF 191 och PF 192.

PostNord har underrättat alla anbudssökande och anbudsgivare om beslutet om tilldelning av kontraktet i upphandlingen. I underrättelsen anges skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken kontrakt inte får ingås. PostNord har efter begäran tillställt WestAtlantic utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 §

LUF eller någon annan bestämmelse i samma lag och detta har medfört att leverantörer har lidit skada 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.

I 6 kap. 4 § LUF anges följande. Vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får alla leverantörer efter en anbudsinfördran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får lämna anbud. Dessa anbud ska ligga till grund för efterföljande förhandlingar.

Enligt 11 kap. 8 § andra punkten LUF ska tidsfristen för att komma in med anbud förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud bl.a. om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

I förarbetena uttalas bl.a. följande. I skäl 90 i LUF-direktivet¹ framhålls särskilt att ändringar i de tekniska specifikationerna kan motivera en förlängning av tidsfristen. Skälen betonar att sådana ändringar dock inte får vara så väsentliga att de skulle medföra att andra anbudssökande ges tillträde än de som ursprungligen valdes eller att ytterligare deltagare anmäler sig till upphandlingsförfarandet. Detta skulle särskilt kunna vara fallet om ändringarna innebär att kontraktet eller ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt som ursprungligen fastställdes i upphandlingsdokumenten. Vid så väsentliga ändringar som skälen syftar på

¹ Europaparlamentets och rådet direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

är det inte tillräckligt med en förlängning av tidsfristen för anbud. I sådana fall måste upphandlingen göras om (prop. 2015/16:195 s. 644 f).

Upphandlingsdokumenten utgörs bl.a. av *Tender Document – Main Document* och *Postal Air Transport Agreement*. Av det sistnämnda dokumentet i dess version 2018-04-11 framgår bl.a. att leverantören under hela avtalstiden ska tillhandahålla tjänster till den kapacitetsnivå som anges i förteckning 5 [*Flight Programme*] (punkt 3.4.1). I förteckning 5 anges för flygturerna PF 191 och PF 192 att flygplanskapaciteten ska vara *AC Large*. I förteckning 1, som finns som bilaga till *Postal Air Transport Agreement*, definieras *AC Large* som ett flygplan som kan lasta 40 postvagnar eller fler.

Det är utrett att PostNord, i samband med att kvarvarande anbudsgivare uppmanats att inkomma med slutligt anbud, informerat anbudsgivarna om att lastkapaciteten för flygturerna PF 191 och PF 192 bestämts till 36 postvagnar. PostNord har strax därefter informerat anbudsgivarna om lastkapaciteten i stället bestämts till 35 postvagnar.

Frågan i målet är om förändringen i kravet gällande lastkapacitet på flygturerna PF 191 och PF 192 har utgjort en sådan väsentlig förändring som enligt 11 kap. 8 § andra punkten LUF är tillåten under förutsättning att fristen för att lämna anbud förlängs eller om det i stället varit frågan om en så väsentlig ändring som kräver att upphandlingen görs om.

Enligt förvaltningsrättens bedömning kan upphandlingsdokumenten inte uppfattas på annat sätt än att PostNord har uppställt ett obligatoriskt krav på att anbudsgivarna avseende flygturerna PF 191 och PF 192 ska tillhandahålla flygplan som kan lasta 40 postvagnar eller fler. Genom att under pågående upphandling sänka detta krav till 36 postvagnar och senare 35 postvagnar, anser förvaltningsrätten att PostNord har gjort en ändring av ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser därför att

ändringen har varit så väsentlig att den medfört att andra anbudssökande än de som ursprungligen valdes kunnat ges tillträde till upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan en så väsentlig ändring inte anses vara förenlig med de grundläggande principerna i LUF om öppenhet och likabehandling. Ändringen hade således inte kunnat tillåtas genom en förlängning av tidsfristen för att komma in med anbud. Förändringen har därmed inte heller utgjort något sådant förtydligande eller någon sådan komplettering som är tillåten inom ramen för ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LUF. Förvaltningsrätten konstaterar således att PostNord har brutit mot de grundläggande principerna i LUF.

Förvaltningsrätten konstaterar att anbudsgivarna underrättades om det förändrade kravet på lastkapacitet på de aktuella flygturena under ett mycket sent skede av upphandlingen. West Atlantic har anfört att vinnande anbudsgivare har haft möjlighet att utnyttja det förändrade kravet eftersom denna anbudsgivare haft tillgång till en flygplanstyp som kan lasta upp till 36 postvagnar och därmed kunnat optimera sitt anbud till följd av det förändrade kravet. Av utredningen i målet har inte framkommit annat än att West Atlantic har haft tillgång till en flygplansmodell som kan lasta 44 postvagnar samt via underleverantören Swift Air en mindre modell som kan lasta 33 postvagnar. Förvaltningsrätten anser med hänsyn till det nu anförda att West Atlantic på ett tydligt sätt har angett på vilket sätt det förändrade kravet på lastkapacitet medfört att bolaget har riskerat att lida skada genom att inte kunna optimera sitt anbud prismässigt på samma sätt som vinnande anbudsgivare.

Det är således utrett att PostNord har brutit mot de grundläggande principerna enligt LUF och att West Atlantic kan komma att lida skada. PostNord har dock invänt att West Atlantic inte har lidit skada eftersom utvärderingen av Amapolas anbud trots det ändrade kravet har skett utifrån flygplanstypen *AC Large* samt att Amapola har haft lägsta pris och bästa

utvärderingspris för aktuella flygturer oaktat flygplanstyp.

Förvaltningsrätten konstaterar att PostNords invändning är allmänt hållen och att den saknar närmare uppgifter om hur utvärderingen av Amapolas anbud har gjorts. Med hänsyn till detta anser förvaltningsrätten att PostNord inte genom den nu nämnda invändningen har bevisat att det, trots det som i övrigt framkommit genom utredningen i målet, skulle saknas skäl att besluta att upphandlingen ska göras om.

West Atlantics ansökan om överprövning ska således bifallas. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen ska denna göras om.

Vid denna utgång saknas skäl att pröva West Atlantics yrkande om att förvaltningsrätten ska inhämta uppgifter från vinnande anbudsgivares anbud. Vidare saknas det anledning att ta ställning till det som WestAtlantic har anfört om att PostNord inte har lämnat de upplysningar som krävs enligt 12 kap. 13 § LUF.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Åsa Nilsson

Rådman

Andreas Thörnroos har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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-postadress, 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.