



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 30

DOM
2017-11-20
Meddelad i Stockholm

Mål nr
20205-17

SÖKANDE

NEP Sweden AB, 556403-5706
Ranhammarsvägen 12-14
168 67 Bromma

MOTPART

Sveriges Television AB, 556033-4285
105 10 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-11-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 910807

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.

Sveriges Television AB (SVT) genomför en upphandling av ramavtal för Outside Broadcast (OB), FFU 2017/27. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen är uppdelad i fyra anbudsområden och ramavtal tecknas med tre leverantörer per anbudsområde. Av tilldelningsbeslut den 25 augusti 2017 framgår att NEP Sweden AB (NEP) och High Definition Resources Sweden AB (HDR) tilldelats ramavtal för samtliga anbudsområden.

NEP yrkar i första hand att upphandlingen görs om och i andra hand att upphandlingen rättas på så sätt att HDR:s anbud förkastas. Som grund för sitt förstahandsyrkande anger NEP att den utvärderingsmodell som tillämpats i upphandlingen står i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU samt att bristerna medfört skada eller risk för skada för NEP. Som grund för sitt andrahandsyrkande anger NEP att SVT agerat i strid med LOU genom att inte förkasta HDR:s anbud trots att HDR:s anbudspriser varit onormalt låga, samt att detta medfört skada eller risk för skada för NEP.

SVT anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak att upphandlingen inte har genomförts i strid med LOU eller mot de grundläggande principerna, att HDR:s anbud inte är onormalt lågt samt att NEP inte lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll av om det, utifrån de omständigheter sökanden har anfört, finns grund att ingripa mot upphandlingen enligt samma lag. Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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. I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om det finns anledning att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad NEP anfört.

Föreligger det brister i utvärderingsmodellen?

Vad parterna anför

NEP anför bl.a. följande. Den utvärderingsmodell SVT använt sig av säkerställer inte att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och är inte ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Av tilldelningsbeslutet framgår att NEP rangordnats på andra plats avseende anbudsområde 2 och 3 och på tredje plats avseende anbudsområde 1 och 4. Med hänsyn till att NEP erhållit högsta poäng avseende utvärderingskriteriet Kvalitet inom respektive anbudsområde och då NEP offererat konkurrenskraftiga priser i upphandlingen är det sannolikt att NEP skulle ha rankats som nummer ett inom alla eller ett flertal anbudsområden om en korrekt utvärderingsmodell hade tillämpats. NEP har således lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada på grund av den bristfälliga utvärderingsmodellen.

SVT anför bl.a. följande. SVT har fastslagit vissa gränser avseende avrop för varje anbudsområde. Det handlar antingen om beloppsgränser eller om gränser avseende hur lång tid utrustningen/personal kommer att användas. För avrop över gränserna kommer tilldelning att ske efter en förnyad konkurrensutsättning. Vid sådana avrop kan NEP, på samma sätt på som de övriga tre leverantörerna, delta i den förnyade konkurrensutsättningen. För avrop under gränserna kommer tilldelning att ske enligt den rangordning som framgår av ramavtalsförslaget. SVT kommer vid varje sådant avrop att göra en beräkning utifrån de i anbud offererade priserna. Beräkningssumman kommer inte att omfatta samtliga offererade priser utan endast de poster som är relevanta för den OB-produktion som avropet avser. Det är denna beräkning som kommer att ligga till grund för rangordningen mellan leverantörerna. Bilagan till tilldelningsbeslutet innehåller således endast en förteckning över de leverantörer från vilka SVT kan göra avrop. Det finns ingenting som tyder på att NEP inte kan hamna högst upp i rangordningen vid avrop under gränserna eller vinna avropskontraktet i den förnyade konkurrensutsättningen vid avrop över gränserna. NEP har därför varken lidit eller kan komma att lida någon skada.

Förfrågningsunderlaget

I punkten 5.2 Ramavtal i de Administrativa föreskrifterna anges att SVT kommer att teckna ramavtal med tre leverantörer per anbudsområde.

Av punkterna 7.2 – 7.4 i Ramavtalsförslaget framgår bl.a. följande. Vid avrop där efterfrågade resursers värde enligt leverantörens prislista inte överstiger ett visst belopp eller där den efterfrågade produktionens längd är lika med eller färre än ett visst antal dagar tillämpas en fördelningsnyckel som innebär en rangordning av ramavtalsleverantörerna per anbudsområde där den ramavtalsleverantör som vid tillämpning av den i anbudet lämnade prislistan erbjuder det lägsta priset för de resurser som efterfrågas tillställs

avropsförfrågan i första hand. För det fall efterfrågade resurser inte kan avropas till ett pris som inte understiger tidigare nämnda belopp eller där den efterfrågade produktionens längd är mer än tidigare nämnda antal dagar sker avrop genom förnyad konkurrensutsättning.

Förvaltningsrättens bedömning

Det ankommer på den leverantör som ansöker om överprövning att visa att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som leverantören påtalar (HFD 2013 ref. 53).

NEP har anfört att bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada eftersom det rangordnats på andra eller tredje plats inom anbudsområdena och att det är sannolikt att bolaget skulle ha rangordnats på första plats om en korrekt utvärderingsmodell hade tillämpats.

Förvaltningsrätten konstaterar dock att det av förfrågningsunderlaget framgår att avrop över vissa gränser sker genom förnyad konkurrensutsättning och att avrop under dessa gränser sker efter en rangordning som vid varje enskilt avrop fastställs utifrån de priser leverantörerna lämnat för de poster som avropas. Det har således inte framkommit att den inbördes placeringen mellan de tre leverantörer som erbjudits att teckna ramavtal inom respektive anbudsområde kommer att tillmätas någon betydelse vid framtida avrop. Utvärderingsmodellen, genom vilken de tre ramavtalsleverantörerna för respektive anbudsområde tagits fram, har alltså inte resulterat i någon rangordning som kommer att tillämpas vid framtida avrop. Eftersom NEP tilldelats ramavtal i samtliga fyra anbudsområden och därmed är en av de leverantörer som SVT kan göra avrop från kan bolaget inte anses lida eller kunna komma att lida skada på grund av eventuella brister i utvärderingsmodellen. Förvaltningsrätten anser därmed att det inte finns skäl gå vidare in på bedömningen av eventuella brister i

utvärderingsmodellen eftersom det redan av det som förvaltningsrätten konstaterat saknas skäl att ingripa mot upphandlingen i denna del.

Är HDR:s anbud onormalt lågt och borde det därmed förkastas?

Vad parterna anför

NEP anför bl.a. följande. HDR:s anbud är onormalt lågt och SVT har inte begärt in någon förklaring enligt 16 kap. 7 § LOU. HDR:s anbud skulle därför rätteligen ha uteslutits från samtliga anbudsområden. Det är tillräckligt att vissa prisposter i ett anbud är onormalt låga för att anbudet ska förefalla onormalt lågt och för att en upphandlande myndighet ska vara skyldig att begära in en förklaring från anbudsgivaren. HDR har offererat 0 kr för nära nog samtliga poster, inklusive för poster som SVT tidigare normalt alltid avropat vid varje produktion. Därutöver är HDR:s anbudssumma i dess helhet onormalt låg och utgör endast en bråkdel av de genomsnittliga anbudspriserna per anbudsområde.

För det fall SVT skulle använda egen utrustning och personal avseende de poster som HDR offererat mer än 0 kr för och genomföra avrop för resterande poster skulle HDR tvingas att utföra avropet helt utan ersättning. Om SVT skulle tillämpa den avropsordning som SVT menar gäller för ramavtalet skulle HDR dessutom mycket sällan erhålla avrop som faktiskt omfattar någon av de prisposter som HDR har rätt till ersättning för, då HDR prissatt dessa poster mycket högt. Även om HDR skulle erhålla några sådana avrop kan de omöjligen kompensera den förlust HDR kommer att göra på övriga avrop som ska utföras gratis. Att någon leverantör skulle ha möjlighet att utföra ett kontrakt under sådana omständigheter förefaller som minst sagt tveksamt.

Vidare har HDR möjlighet att avböja de avrop som medför att HDR går med förlust och endast leverera de avrop som innebär att bolaget, på grund av sin strategiska prissättning, faktiskt kan göra vinst. Det framstår också som uppenbart att det är på detta sätt HDR har för avsikt att agera. Vad gäller SVT:s rätt att säga upp ramavtalet om leverantören avböjer avropsförfrågan fler än tre gånger utan särskilda skäl kan det konstateras att det i avtalet inte har klargjorts vad som utgör särskilda skäl. Då det förefaller osannolikt att HDR kalkylerat med att göra förlust på ramavtalet har HDR sannolikt gjort bedömningen att HDR kommer att kunna presentera särskilda skäl då avropsförfrågningar avböjs. Alternativt så har HDR, baserat på sin tidigare erfarenhet av SVT som beställare, kalkylerat med att SVT inte kommer att säga upp ramavtalet även om HDR avböjer avropsförfrågningar utan särskilda skäl. Enligt NEP:s uppfattning föreligger en uppenbar risk för leveransstrategiskt handlande/leveransvägran och att upphandlingen därmed inte får avsett resultat.

SVT anför bl.a. följande. Det finns ingenting som tyder på att HDR inte har möjlighet att leverera de tjänster och varor som upphandlas till de offererade priserna. HDR har lämnat lägre priser för vissa poster men kompenserat detta genom att lämna högre priser för andra poster. Efter en jämförelse med de övriga anbuden kan SVT konstatera att de av HDR offererade priser vid en beräkning avseende en OB-produktion inte förefaller som onormalt låga. Att begära en förklaring och därefter eventuellt förkasta HDR:s anbud skulle därmed strida mot de gällande upphandlingsreglerna.

Baserat på de beräkningar SVT gjort avseende avrop som förekommer i SVT:s verksamhet, har SVT inte funnit någon anledning att ifrågasätta att HDR har möjlighet att leverera till de offererade priserna. Som exempel skulle ett avrop som omfattar (i) en OB-enhet med 100 km transport, (ii) en "Technical Operation Manager", (iii) en assistent, (iv) tre kamerakedjor och (v) tre kameraobjektiv resultera i anbud från HDR på 27 000 kr och från

NEP på 24 700 kr. Vid ett mer omfattande avrop som skulle inkludera (i) en OB-enhet med 100 km transport, (ii) en "Technical Operation Manager", (iii) en assistent, (iv) en bildproducent, (v) en ljudtekniker, (vi) en fotograf, (vii) tio kamerakedjor, (viii) tio kameraobjektiv, (ix) tio stora sökare, (x) två 6-kanals HD EVS med ett handtag, (xi) fem monitorer med 14 tum, (xii) fem monitorer med 9 tum, och en minilänk HD resultera i ett anbud från 97 950 kr från HDR och 89 600 kr från NEP. HDR kommer således inte att gå med förlust när HDR besvarar avrop från SVT och HDR:s priser förefaller inte heller vara onormalt låga i jämförelse med priser i de övriga anbuden.

Som stöd för påståendet att HDR:s priser är onormalt låga lämnar NEP ett exempel som utgår från att SVT använder egen lösteknik och avropar viss annan OB-utrustning. NEP åberopar exemplet trots att NEP är mycket väl medvetna om att det illustrerar ett avrop som inte kommer att uppstå i praktiken. Av såväl anbudsinbjudan som ramavtal framgår att upphandlingen avser situationer där SVT:s behov är OB-fordon *och* lösteknik. SVT kommer alltid att efterfråga både OB-fordon och lösteknik vid avrop inom OB-ramavtalet. Ramavtalet kommer således inte att tillämpas så som NEP beskriver i exemplet. Baserat på erfarenhet från många års verksamhet inom beställning av OB-tjänster kan SVT konstatera att det inte förekommit en avropsförfrågan med en omfattning som, om de av HDR offererade priserna tillämpades, skulle resultera i ett 0-anbud eller lägre. NEP:s exempel är således inte relevant för avrop inom ramavtalet. Därmed ger exemplet inte heller något stöd för påståendet att HDR:s priser förefaller onormalt låga.

SVT har inte heller någon anledning att ifrågasätta om HDR *kommer att leverera* till de offererade priserna. SVT har rätt att med omedelbar verkan säga upp ramavtalet och/eller avropskontraktet om leverantören avböjer avropsförfrågan fler än tre gånger och inte kan påvisa särskilda skäl för

detta. Att leverantören skulle gå med förlust vid ett avrop utgör inte ett sådant särskilt skäl. En leverantörs val att inte leverera kan således leda till att leverantören förlorar Ramavtalet. Ett sådant agerande från HDR:s sida är högst osannolikt, om inte annat mot bakgrund av det arbete som HDR lagt ner på att lämna anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten enligt 16 kap. 7 § LOU begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i det bakomliggande direktivet. Det är den upphandlande myndigheten som ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud och bedömningen måste avgöras från fall till fall samt i förhållande till föremålet för upphandlingen (prop. 2006/2007:128 s. 407 och prop. 2015/16:195 s. 1114).

Bestämmelserna om onormalt låga anbud avser bl.a. att förebygga att myndigheter ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra arbetet – eller delar av det – i enlighet med kontraktet (HFD 2016 ref. 3).

Av HDR:s prisbilaga framgår att det endast är för ett fåtal poster som HDR offererat ett pris som överstiger 0 kr. Detta har lett till att HDR:s totala anbudspris som använts i utvärderingsmodellen kommit att bli avsevärt mycket lägre än övriga anbudsgivares. Detta innebär dock inte i sig att anbudet ska anses onormalt lågt. Frågan om ett anbud ska anses vara

onormalt lågt måste avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och i förhållande till föremålet för upphandlingen.

Förvaltningsrätten har föregående avsnitt kommit fram till att det inte finns skäl att ingripa mot upphandlingens utvärderingsmodell. Bedömningen i detta avsnitt bör i första hand göras utifrån huruvida HDR:s prissättning vid framtida avrop framstår som onormalt lågt.

NEP har uppgett att HDR skulle tvingas utföra avrop utan ersättning för det fall SVT skulle använda egen utrustning och personal avseende de poster som HDR offererat mer än 0 kr. SVT har emellertid uppgett att avrop inte kommer att utföras på det sätt NEP gör gällande samt att avropen alltid kommer att innefatta någon av de poster som HDR prissatt över 0 kr. Det saknas enligt förvaltningsrättens mening anledning att ifrågasätta SVT:s uppgifter i denna del. Uppgifterna har inte heller motsagts av NEP.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att SVT, vid beräkningar avseende olika OB-produktioner, bedömt att det inte funnits anledning att ifrågasätta att HDR har möjlighet att leverera till de offererade priserna. Beräkningarna visar även att framtida avropspriser från NEP och HDR inte skiljer sig väsentligen åt. Mot bakgrund av detta anser inte förvaltningsrätten att NEP visat att HDR inte kan leverera till de offererade priserna eller att det skulle ske utan att HDR får någon ersättning och att HDR:s anbud av den anledningen framstår som onormalt lågt.

NEP har vidare anfört att det finns en risk för att HDR av leveransstrategiska skäl kommer att avböja avrop som innebär att HDR inte går med vinst. Förvaltningsrätten konstaterar dock att det är ostridigt i målet att ramavtalet kan sägas upp om en leverantör avböjer avropsförfrågan fler än tre gånger utan att leverantören kan påvisa särskilda skäl. Enligt förvaltningsrättens mening ger därför inte ramavtalet utrymme för HDR att avböja avrop utan att ramavtalet samtidigt kan sägas upp (jfr. Kamarrätten

i Stockholms avgöranden den 18 februari 2011 i mål nr 5913-15-10 och den 21 mars 2011 i mål nr 5603-10). Förvaltningsrätten anser därför inte att NEP visat att det på grund av brister i upphandlingen finns en risk för att HDR kommer avböja leverans av de uppdrag som avropas och att HDR:s anbud av det skälet framstår som onormalt lågt.

Sammanfattande bedömning

Mot bakgrund av det nyss sagda anser inte förvaltningsrätten att HDR:s anbud förefaller vara onormalt lågt. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av detta. Förvaltningsrätten har även funnit att det saknas skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av utvärderingsmodellen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Oskar Hoffmann
Förvaltningsrättsfiskal

Andreas Persson 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-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.

