



KONKURRENSVERKET	
2013 -07- 2 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Strukton Rail Aktiebolag, 556571-9449
Uddvägen 7
131 54 Nacka

Ombud: Advokat Johan Rosén och Jur.kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Verksjuristen Erica Jonsson
Trafikverket
Juridik och planprovning
781 89 Borlänge

2. Infranord AB
Box 1803
171 21 Solna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 29 april 2013 i mål nr 4988-12,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att
upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut den 10 maj 2013 upphör att gälla.

YRKANDEN M.M.

Strukton Rail Aktiebolag (Strukton) yrkar i första hand att kammarrätten ska bifalla ansökan om överprövning och förordna om att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid de korrigeringar av anbudet som gjorts efter anbudstidens utgång inte får beaktas. I andra hand yrkar Strukton att upphandlingen ska göras om.

Strukton anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Att förvaltningsrätten tar upp förutsättningarna för förhandlat förfarande ger anledning att tro att förvaltningsrätten särskilt har beaktat det valda upphandlingsförfarandet vid prövningen. Detta är en felaktig utgångspunkt och saknar betydelse för aktuella frågor. Trafikverket har skickat ut en begäran om komplettering och inte påkallat förhandling om anbudet. Det förhandlade förfarandet ger inte heller i det avseendet någon större "flexibilitet" än vad som annars gäller vid ett öppet och selektivt förfarande.

Det måste ankomma på Trafikverket att visa att justeringen inte motiveras av annat än förändringen av förutsättningarna för anbudslämnandet. Trafikverket har inte presenterat något underlag för sitt påstående att anledning inte funnits att ifrågasätta grunderna för Infranords prissänkning eller bestrida åberopade omständigheter.

Ett av de obligatoriska kraven i upphandlingen förändrades efter anbudstidens utgång, vilket i regel inte är tillåtet vid offentlig upphandling. Både den inledande förändringen av förutsättningarna för anbudslämnandet och den komplettering av anbudet som därefter gjorts, strider mot de grundläggande unionsrättsliga principerna. Förvaltningsrätten har karakteriserat kravet på ett felaktigt sätt och förefaller ha bortsett från omständigheten att samtliga åtgärder genomförts efter det att Trafikverket tagit del av anbudet.

Trafikverket bestrider i första hand bifall till överklagandet. Om kammarrätten finner att det finns anledning till ändring av förvaltningsrättens dom yrkar Trafikverket i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Trafikverket anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Trafikverket har utnyttjat rätten att förhandla genom att tillstålla anbudsgivaren en förfrågan benämnd "Begäran om komplettering avseende försäkring". Samtliga anbudsgivare har fått exakt samma förutsättningar och också svarat på förfrågan. Oaktat hur förfrågan har utformats och benämnts så utgör det förhandling i en upphandling som skett såsom förhandlat förfarande.

Förfrågan har avsett en s.k. projektförsäkring som Trafikverket beslutat om ska gälla avseende totalt fem återstående entreprenader i Hallandsåsprojektet. Beslut om försäkringen fattades efter det att aktuell upphandling gått ut och anbudet kommit in. Att en gemensam projektförsäkring ska gälla är i sig viktigt för att reglera ansvar och försäkringsfall i aktuella entreprenader som kommer att utföras parallellt inom samma arbetsområde. En annan ordning med sedvanlig ansvarförsäkring från respektive entreprenörs sida skulle till stor del försvåra hanteringen.

Aktuell förändring vilar på saklig grund. Det är inte korrekt att det aldrig skulle vara tillåtet att förändra förutsättningarna för anbudslämnandet. Ett visst mått av utrymme för förändring av förfrågningsunderlaget finns så länge förändringen i sig inte är att anse som väsentlig i förhållande till förfrågningsunderlaget i övrigt och så länge de grundläggande EU-rättsliga principerna iaktas. Detta gäller särskilt mot bakgrund av att förhandling har varit tillåten i aktuell upphandling. Den "bortre gränsen" för när en

förändring ska anses som väsentlig och därmed otillåten är om den har haft en påverkan i den konkurrensuppsökande fasen, dvs. anbudsgivare som beroende på hur ett visst krav varit formulerat valt att inte lämna anbud. Några sådana förutsättningar föreligger inte i detta fall.

Att det är möjligt att förhandla om enbart priser utan att några andra delar av anbudet berörs framgår explicit av lagen i och med att det anges att förhandling får ske i syfte att få fram det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare har i ett flertal rättsfall fastslagits att det är möjligt att ha rena prisförhandlingar. Att förändringar i förfrågningsunderlaget i viss omfattning är tillåtet även efter det att anbud angivits följer av det faktum att det även inom ramen för ett tecknat kontrakt är möjligt att i viss omfattning förändra villkor i kontraktet. Så kan ske om förändringen inte är att anse som väsentlig.

Någon omvänd bevisbörda kan inte råda i frågan endast beroende på att Strukton argumenterat på ett sätt som Strukton själv anser som mer trovärdigt.

Strukton kan inte anses ha lidit skada av att aktuell förändring av förfrågningsunderlaget skett inom ramen för en pågående upphandling i stället för genom att upphandlingen avbrutits och Trafikverket gått ut med en ny upphandling med förändrade villkor. Grund för ingripande föreligger således inte.

Förändringen kan mot bakgrund av kontraktsåtagandet som helhet inte anses som väsentlig. I den uppkomna situationen har Trafikverket i praktiken ställt inför tre olika alternativ. Ett alternativ hade varit att avbryta upphandlingen och sedan gå ut med en ny upphandling med förändrade villkor. För att avbryta en upphandling krävs sakliga skäl. Ett andra alternativ hade varit att inte vidta någon åtgärd alls i upphandlingsskedet, teckna kontrakt och sedan genomföra förändringen inom ramen för det

tecknade kontraktet. Det tredje alternativet är att genomföra förändringen i upphandlingen och låta anbudsgivarna konkurrera kring den på samma villkor.

Infranord AB bestrider bifall till överklagandet och hänvisar till stöd för bestridandet till vad Trafikverket anfört som grund för sin inställning i målet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 1 kap. 24 § LUF framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

Av utredningen framgår att förfrågningsunderlaget daterat den 20 april 2013, publicerades den 3 maj 2012. Anbudstiden gick ut den 12 september 2012. Trafikverket har därefter den 19 oktober 2012 till samtliga tre anbudsgivare gått med en begäran om komplettering avseende försäkring. Av begäran framgår att anbudsgivarna ska skicka in uppdaterade versioner av sina mängdförteckningar samt nya anbudssummor och vidare följande.

Texten i Administrativa föreskrifter AFC.54 Försäkring utgår i sin helt och ersätts med följande text.

AFC.54 Försäkring

Beställaren (Trafikverket) upphandlar och tillhandahåller under hela entreprenadtiden en projektförsäkring för samtliga entreprenader inom delprojekt Järnväg, varav aktuell entreprenad är en. Projektförsäkringen omfattar allrisk- och ansvarförsäkring för entreprenadverksamhet samt försäkring av befintlig egendom. Försäkringen innehåller delmomenten röjningskostnader, forceringskostnader, räddningskostnader, lagring på annan plats samt "felvillkor" i enlighet DE3 eller

LEG2. Samtliga entreprenören och underentreprenörer inom delprojekt Järnväg är medförsäkrade. Beställarens försäkring enligt vad som nämnts är underkastad självrisker och undantag från försäkringsskydd. Då försäkringsfall, för vilket entreprenören är kontraktsevenligt ansvarig eller i övrigt ersättningsskyldig, inträffar ska entreprenören själv och i dess helhet bära kostnaden upp till beställarens självrisk. Följande självrisknivåer föreligger: allriskförsäkring 500 000 kr, ansvarsförsäkring, egendomsdelen 500 000 kr, ansvarsförsäkring personskada 0 kr.

Vidare framgår under AFC.54 att om den nämnda försäkringen inte helt eller delvis omfattar uppkommen skada entreprenören har visst ansvar.

Som en följd av bestämmelserna i 1 kap. 24 § LUF gäller som utgångspunkt att de handlingar som annonseras inte väsentligen får ändras efter annonseringen. Innebörden av det tidigare försäkringsvillkoren i AFC.54 var i huvudsak att det var upp till entreprenören eller anbudsgivaren att sörja för sitt försäkringsskydd som minst skulle uppfylla vissa minimikraven i Försäkringsbranschens beskrivningar. Bevis om försäkringen skulle överlämnas till beställaren innan kontraktarbetena påbörjades och därefter uppvisas årligen i samband med de datum då arbetena förnyades.

Vad som är en väsentlig förändring definieras varken i LUF eller i det bakomliggande EU-direktivet. I likhet med förvaltningsrätten finner kammarrätten att 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.

Mot bakgrund av att fråga är om ändringar efter anbudstidens utgång kan det finnas anledning att jämföra med vad som gäller ifråga om ändringar i kontrakt i enlighet med EU-domstolens dom i målet Presstext som uttrycker generella kriterier för när en ändring i ett offentligt kontrakt kan anses väsentlig (dom den 19 juni 2008 i mål C-454/06).

I den domen uttalade EU-domstolen följande.

Ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i direktiv 92/50, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontrakten (p. 34).

En ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem ursprungligen godkändes eller anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (p. 35).

En ändring kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet (p. 37).

Priset är ett viktigt villkor i ett offentligt kontrakt och man skulle riskera att åsidosätta principerna om insyn och likabehandling av anbudsgivare om ett sådant villkor ändrades under kontraktets löptid utan att det uttryckligen var tillåtet enligt villkoren i det ursprungliga kontraktet (p. 59 och 60).

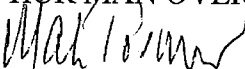
Kammarrätten konstaterar att vem av parterna som ansvarar för en försäkring mer sällan är en faktor av underordnad betydelse för presumtiva anbudsgivare i en entreprenad av den omfattning varom fråga är i målet. Trafikverket har i och för sig genom sin begäran om komplettering berett samtliga anbudsgivare möjlighet att anpassa sina anbud till det ändrade försäkringskravet i syfte att motverka negativa effekter av ändringen. Som Trafikverket anfört har samtliga anbudsgivare fått exakt samma förutsättning och också svarat på förfrågan varvid Strukton sänkte sin anbudssumma med 125 000 kr medan Infranord sänkte sin anbudssumma med 7,6 miljoner kr. För den tredje anbudsgivaren blev det inte fråga om någon ändring av det redan lämnade anbudspriset. De skillnader i anbudspris som härefter uppkommit till följd av justeringen har medfört att Infranord lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och således vunnit upphandlingen. Utan ändringen hade i stället Strukton vid motsvarande bedömning vunnit upphandlingen.


Mot bakgrund av vad som framkommit finner kammarrätten att principen om insyn och likabehandling trätts för när då anbudsgivarna tillåtits ändra sina anbudspriser på sätt som skett utan att detta varit tillåtet enligt förfrågningsunderlaget, vilket fått till följd att ett annat anbud antagits än det som skulle ha antagits utan ändringen. Ändringen avseende försäkringsvillkoret innebär enligt kammarrättens mening också att andra potentiella anbudsgivare inte hade möjlighet att delta i upphandlingen med det förändrade villkoret. Även om Trafikverkets erbjudande om försäkring enligt vad som framgår även är förenat med risker för anbudsgivarna att själva stå för vissa kostnader bl.a. självrisker är det enligt kammarrättens mening inte uteslutet att det kan finnas företag som avstått från att lämna anbud pga. av det ursprungliga försäkringskravet och som skulle vilja delta i upphandlingen med det förändrade villkoret.

Vid en sammantagen bedömning finner kammarrätten att det är fråga om en sådan väsentlig förändring som strider mot 1 kap. 24 § LUF och således inte är tillåten.

Strukton får anses ha visat att förändringen medfört skada för bolaget eftersom Strukton kunde ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet om förändringen inte genomförts. Kammarrätten anser därför att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Eftersom bristerna även påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande del ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Mats Törnered
kammarrättslagman
ordförande


Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent


Hanna Berglund
tf. kammarrättsassessor

Camilla Wernkvist
Föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2
Ann-Louise Jonsson

DOM
2013-04-29
Meddelad i
Falun

Mål nr
4988-12

Sida 1 (11)

SÖKANDE

Strukton Rail Aktiebolag, 556571-9449
Uddvägen 7
131 54 Nacka

Ombud: Advokat Johan Rosén och jur.kand. Jenny Kenneberg
c/o Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Anna Haraldsson och Erica Jonsson
Juridik och upphandling
Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Strukton Rail Aktiebolags ansökan om överprövning.

Dok.Id 81096

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför en upphandling avseende ”Utförandeentreprenad för utförande av Järnvägstekniska arbeten Bandel 628, Sträckan 188+000 – 202+621” (TRV 2012/20026). Upphandlingen genomförs i form av förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Tilldelningsbeslut meddelades den 5 november 2012, varvid anbudet från Infranord AB (Infranord) antogs såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga.

YRKANDEN M.M.

Strukton Rail Aktiebolag (i det följande **Strukton**) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs utifrån anbuderna som de förelåg vid anbudstidens utgång. Strukton yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Strukton anför till stöd för sin talan i korthet följande. Trafikverket har, efter att anbudstiden löpt ut och leverantörerna avgett sina anbud, ändrat förutsättningarna i upphandlingen och därvid även tillåtit leverantörerna att ändra sina anbudspriser. De nya anbudspriserna har sedan lagts till grund för utvärderingen och fått en direkt avgörande betydelse för tilldelningsbeslutet. Förfarandet strider mot transparens- och lika-behandlingsprinciperna. Utvärderingsmodellen och de enskilda utvärderingskriterierna är vidare så otydliga och oförutsebara att de står i strid med transparensprincipen. Trafikverkets förfarande har inneburit skada eller i vart fall risk för skada för Strukton.

Strukton åberopar till stöd för sin talan Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1608-10, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5925-09 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2295-09.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i korthet följande. Trafikverkets begäran om komplettering avseende

försäkring och anbudsgivarnas förändring av anbudet har hållit sig inom ramen för det utrymme som det förhandlade förfarandet medger. Samtliga anbudsgivare har fått samma möjlighet till förändring av sina anbud på lika villkor och det är heller inte fråga om en sådan väsentlig förändring av villkoren i kontraktet som kräver en ny upphandling. Leverantörerna har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och Strukton har inte lidit skada till följd av förfarandet. Utvärderingsmodellen och däri ingående utvärderingskriterier uppfyller kraven på öppenhet och transparens.

Trafikverket åberopar till stöd för sin inställning Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1213-11.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningarna för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Strukton anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta har medfört att Strukton lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem (2 kap. 9 § LUF). Tillämpningen av förhandlat förfarande innebär att den upphandlande enheten har en större flexibilitet

än vid andra upphandlingsförfaranden. Den upphandlande enheten förhandlar med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har avgett i annonsen om upphandlingen och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram bästa anbud enligt den grund för tilldelning som tillämpas (jfr 4 kap. 3 § lagen [2007:1091] om offentlig upphandling, LOU). Under förhandlat förfarande ska den upphandlande enheten garantera likabehandling av alla anbudsgivare.

Begäran om komplettering avseende försäkring

Strukton anför som grund för sitt förstahandsyrkande att Trafikverket har brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna genom att verket skickat ut en ”Begäran om komplettering avseende försäkring” och därigenom väsentligt ändrat förutsättningarna för upphandlingen, låtit anbudsgivarna korrigera anbudssummorna samt lagt de nya anbudssummorna till grund för utvärderingen. Strukton anför i denna del i huvudsak följande. Trafikverket har, efter anbudstidens utgång, ersatt punkten AFC.54 i de administrativa föreskrifterna med helt nya försäkringsvillkor. Den ursprungligt angivna försäkringsplikten för entreprenören har fallit bort genom ändringen och det åligger numera i stället Trafikverket att tillhandahålla en sådan försäkring. Trafikverket har genom begäran om komplettering inte inlett några förhandlingar om anbud och anbudspriser, vilket kan vara tillåtet vid ett förhandlat förfarande. Infranord sänkte med anledning av ändringen sin anbudssumma med cirka 7,6 miljoner kronor och tilldelades kontraktet. En ändring av kontraktsvillkoren innebärande ett så kraftigt prisavdrag är – sett i förhållande till hela upphandlingskontraktet – av väsentlig betydelse och upphandlingen borde därför ha annonserats på nytt. Anbudsgivarna har även haft begränsad tid på sig att korrigera anbudssummorna.

I LUF saknas detaljerade bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. En åtgärd som innebär att förfrågningsunderlaget ändras under pågående upphandling får därför bedömas enligt de allmänna principer som upphandlingslagstiftningen bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 24 § LUF. En förändring som innebär väsentliga ändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget kan inte anses vara tillåten. Vid prövningen av om en ändring är att betrakta som väsentlig får en samlad bedömning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen, varvid bl.a. 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 kan vara till ledning för bedömningen av om förfarandet är förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna och LUF.

Trafikverket, som är av uppfattningen att den i målet aktuella ändringen av försäkringsvillkoret i AFC.54 har genomförts i enlighet med LUF och bl.a. principerna om transparens och likabehandling, har uppgett att ändringen föranleddes av att projektets styrgrupp den 28 september 2012 fattat beslut om att samtliga kommande entreprenader ska omfattas av en av Trafikverket tecknad projektförsäkring. Förvaltningsrätten anser mot den bakgrunden att orsakerna till den aktuella ändringen i de administrativa föreskrifterna får anses vila på saklig grund.

Vad gäller ändringens omfattning och betydelse tar förvaltningsrätten i beaktande bl.a. följande. Av Trafikverkets skrivelse "Begäran om komplettering avseende försäkring", daterad den 19 oktober 2012, framgår att punkten AFC.54 i de administrativa föreskrifterna utgår i sin helhet och ersätts med en ny föreskrift, av vilken det i korthet framgår att Beställaren tillhandahåller en projektförsäkring för den aktuella entreprenaden under hela entreprenadtiden. Den ursprungliga föreskriften i AFC.54 anslöt till vad som anges i de allmänna bestämmelserna AB 04 kap. 5 § 22 om för-

säkring och till vad som således är allmänt förekommande vid utförande-entreprenader såsom den nu aktuella. Mot den bakgrunden, och då försäkringsvillkoret som sådant inte utgör något egentligt skall-krav i upphandlingen, framstår det enligt förvaltningsrättens mening inte som troligt att andra potentiella entreprenörer skulle ha lämnat anbud utifrån de ändrade förutsättningarna eller att ändringen på annat sätt påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser även, i likhet med Trafikverket, att ändringen framstår som begränsad i relation till upphandlingsföremålet i dess helhet och de villkor och förutsättningar som gäller för den aktuella entreprenaden. Trafikverket har även oemotsagt uppgett att begäran om komplettering gått ut till samtliga anbudsgivare vid samma tidpunkt, att alla anbudsgivare fått samma möjlighet till korrigering av sina anbudssummor på lika villkor samt att ingen av anbudsgivarna har påtalat önskemål om ytterligare tid för korrigering av sina anbudssummor. Förvaltningsrätten delar vidare Trafikverkets bedömning att skrivelsen som sådan uppfyller kraven på tydlighet och transparens och anser att Trafikverket får anses ha gjort vad som krävs för att motverka de eventuella negativa konsekvenser som kan följa av en sådan ändring. Förvaltningsrätten gör sammantaget bedömningen att den ändring som skett i förfrågningsunderlaget till följd av Trafikverkets "Begäran om komplettering avseende försäkring" inte av sådan omfattning att den är att betrakta som väsentlig i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

Infranords justerade anbudssumma

Med anledning av Trafikverkets "Begäran om komplettering avseende försäkring" sänkte Infranord sin anbudssumma med cirka 7,6 miljoner kronor. Strukton, som sänkte sin anbudssumma med cirka 125 000 kronor, gör gällande att den aktuella ändringen i AFC.54 avseende försäkring inte motiverar en så kraftig justering av anbudspriset som i Infranords anbud och menar att Infranord korrigerat sitt anbudspris även utifrån andra grunder.

Strukton anför i denna del bl.a. följande. Infranords ursprungliga anbudspris var cirka 3,8 miljoner kronor högre än Struktons. Förändringen av försäkringsvillkoret i AFC.54 kan inte ha medfört en större besparing för anbudsgivaren än den kostnad som varit förenad med den ursprungligt föreskrivna försäkringsplikten. För Struktons del uppgår årspremien för entreprenadförsäkringen till cirka 1,7 miljoner kronor baserat på en volym om cirka 1,2 miljarder kronor. Den nu aktuella entreprenaden beräknas omsätta cirka 175 miljoner kronor. Ändringen av försäkringsplikten kommer - för Struktons del - att inverka på försäkringspremien med maximalt 10 procent av årspremien, dvs. cirka 170 000 kronor. Med hänsyn till de självrisker som alljämt är förenade försäkringsvillkoret har Strukton gjort ett prisavdrag på cirka 125 000 kronor. Det saknas skäl att anta att Infranords försäkringskostnader skulle påverkas i större omfattning än Struktons med anledning av Trafikverkets ändring.

Trafikverket har för sin del uppgett att verket inte funnit anledning att ifrågasätta att Infranords justerade anbudspris föranletts av annat än försäkringsfrågan. Trafikverket har vidare framfört bl.a. följande. Infranord har besvarat precis samma förfrågan som övriga anbudsgivare. Frågeställningen avseende försäkring omfattar förutom storleken på själva försäkringspremien även aspekter såsom t.ex. riskexponering och annat som respektive anbudsgivare vägt in och som kan ha påverkat prissättningen. Prispåverkan måste även ses i relation till hela anbudssumman, varvid Infranords prisjustering om cirka 7,6 miljoner kronor endast utgör en mindre del av den ursprungliga anbudssumman om cirka 185 miljoner kronor.

Förvaltningsrätten anser inte att vad Strukton anfört i denna del visar att Infranord justerat sin anbudssumma utifrån andra förutsättningar än de som följer av Trafikverkets begäran om komplettering avseende försäkring. Förvaltningsrätten anser inte heller visat att Trafikverket vid utvärderingen av Infranords anbud har tagit ovidkommande hänsyn eller förfarit på ett

sätt som inte är förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna och LUF. Vid dessa förhållanden finns inte skäl att förordna om ingripande enligt LUF på denna grund.

Fråga om brister i förfrågningsunderlaget m.m.

Strukton anför som grund för sitt andrahandsyrkande att varken utvärderingsmodellen som helhet eller däri ingående utvärderingskriterier uppfyller kraven på transparens och likabehandling och anför bl.a. följande. Såsom utvärderingsmodellen är utformad har det varit omöjligt för anbudsgivarna att utläsa vad Trafikverket kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen och hur ett anbud ska utformas för att vara konkurrenskraftigt. Trafikverket har i förfrågningsunderlaget (UFB.522 och UFB.523) redogjort för vilka komponenter som produktions- och projektplanerna ska innehålla för att uppfylla de obligatoriska kraven. Kravställningen för komponenterna ger dock ingen ledning för vad som genererar mervärde vid utvärderingen. Av förfrågningsunderlaget framgår Trafikverkets övergripande mål med projektet, men det går inte att utläsa vilka faktorer som i praktiken kommer att avgöra om produktions- och projektplanerna svarar "utmärkt upp mot beställarens mål" eller anses "otillräckliga". I bl.a. UFB.522 finns vidare ett flertal olika utvärderingskriterier inbakade i texten (produktionstidsplan, maskinella produktionsresurser och organisation) och var och en av dessa underkategorier innehåller i sin tur olika utvärderingskriterier som ska uppfylla målen (samordning, tillträde för sidoentreprenörer, grundläggande strategi). Samtliga dessa faktorer ingår i utvärderingen av mervärdena och utgör därmed enskilda utvärderingskriterier, vilka dock inte är viktade mot varandra. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget om samtliga kriterier ska vara uppfyllda för att mervärde ska tilldelas eller om en brist kan kompenseras på annat sätt. Vidare är de enskilda utvärderingskriterierna i sig utformade på ett för anbudsgivarna oförutsebart och svårtolkat sätt, bl.a. anges att befattningshavare i organisationen ska ha "rätt kompetens och erfarenhet avseende samverkan, led-

ning och genomförande av entreprenaden" (UFB.522). Det har varit omöjligt för en anbudsgivare som har två olika personer med något olika erfarenhet att veta vem av dessa två personer som bäst svarar upp mot Trafikverkets mål.

Det upphandlingsrättsliga regelverket innehåller inte några närmare förmåglor för hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Ett förfrågningsunderlag ska emellertid vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Även förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får emellertid godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU/LUF och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Trafikverket har i nu aktuell upphandling tillämpat en s.k. absolut mervärdesmodell, vilket innebär att Trafikverket sätter pris på de kvalitativa egenskaper (mervärden) som värdesätts i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget (UFB.52) anges att anbudspriserna kommer att justeras vid utvärderingen med ett avdrag beroende på i vilken mån anbudsgivaren i sitt anbud erbjuder de mervärden beställaren efterfrågar. De priser som anbudsgivarna lämnat i anbuden är de som ska tillämpas för ersättning enligt kontraktet. Trafikverket kommer att anta det anbud som har lägst jämförelsesumma (jämförelsesumma = anbudspris – mervärden [SEK]) och utvärderingen kommer att ske genom att beställaren gör en utvärdering av kriterierna "Pris" (UFB.521), "Produktionsplan" (UFB.522) och "Projektplan" (UFB.523)". Av upphandlingsföreskrifterna framgår vidare att mervärde kommer att utgå på en skala 0 – 15 miljoner kr (UFB.522, Produktions-

plan) och 0 – 9 miljoner kr (UFB.523, Projektplan) utifrån om Produktions-/Projektplan bedöms svara upp ”utmärkt”, ”bra”, ”tillfredsställande” eller ”otillräckligt” mot beställarens mål. För respektive utvärderingskriterium finns en ”*målformulering*” närmare beskriven.

Förvaltningsrätten anser, i likhet med Trafikverket, att utvärderingskriterierna och utvärderingsmodellen som sådan är så pass väl utformade och beskrivna i förfrågningsunderlaget att det tillräckligt tydligt framgår vad som kommer att tillmätas betydelse vid tilldelningen av mervärde. Enligt förvaltningsrättens mening måste anbudsgivarna härigenom – och i synnerhet med beaktande av vad som därutöver kan utläsas av UFB.31 punkterna 6 och 7 och AFC.223 - anses ha fått en tillräckligt god bild av vad Trafikverket kommer att lägga vikt vid, vid bedömningen av utvärderingskriterierna. Förvaltningsrätten anser inte heller att utvärderingsmodellens utformning innebär att Trafikverket har förbehållit sig en fri prövningsrätt vid utvärderingen av anbuden eller att Trafikverket på annat sätt har tillämpat en utvärderingsmetod som innebär att de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna inte efterlevs. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

Utvärderingen av Struktons anbud

Strukton gör slutligen gällande att deras anbud borde ha erhållit ett högre mervärde och pekar särskilt på att redovisad projektplan är tydlig i förhållande till kriterierna i UFB.523.

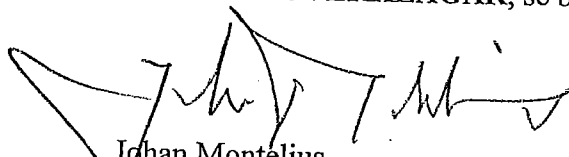
En upphandlande enhet kan i princip välja vilken metod som helst för att jämföra anbud så länge den kan anses uppfylla de grundläggande principerna inom unionsrätten. I alla upphandlingar förekommer värderingar av anbuden som görs av den upphandlande enheten. Det är inte möjligt att en anbudsgivare på förhand - genom att ta del av förfrågningsunderlaget - ska kunna förutse utfallet av värderingen av sitt anbud.

Det är Strukton som ska visa att Trafikverket har utfört anbudsutvärderingen på ett felaktigt sätt. Enligt förvaltningsrätten ger vad Strukton har uppgett i denna del inte tillräckligt stöd för uppfattningen att Trafikverket vid utvärderingen har tilldelat Strukton för låga poäng i förhållande till vad som redovisas i deras anbud. Förvaltningsrätten anser inte heller att Strukton har förmått visa att Trafikverket på annat sätt har tillämpat en utvärderingsmetod som innebär att de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna inte efterlevs eller att Trafikverket har utvärderat anbuden i strid med likabehandlingsprincipen. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LUF även på denna grund.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Strukton inte har visat att det finns skäl för ingripande enligt LUF. Struktions ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Johan Montelius
lagman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.