



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Förvaltningsrättsnotarien
 Lina Levin

DOM
 2011-09-30
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 3112-11
 Enhet 2

SÖKANDE

Vossloh Nordic Switch Systems AB, 556464-4010
 Box 1512
 271 00 Ystad

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Erik Olsson
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

1. Trafikverket
 781 89 Borlänge

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Joel Gustafsson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
 Box 11918
 404 39 Göteborg

2. VAE GmbH
 c/o Roland Diess
 Roten turm Strasse 5-9
 1010 Vienna
 Österrike

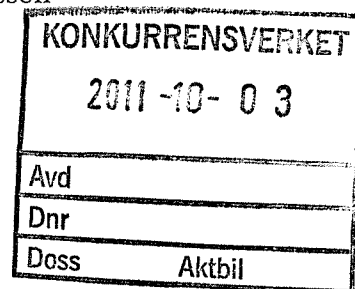
Ombud: Gustaf Anselmsson och David Nilsson
 Bird & Bird Advokat KB
 Box 7714
 103 95 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten energi m m (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Trafikverkets upphandling ”Spårväxlar” (TRV 2010/44340), produktgrupperna 1 och 2, inte får avslutas förrän Trafikverket vidtagit rättelse i utvärderingsfasen i enlighet med vad förvaltningsrätten angivit i domskälen.



Dok.Id 40531

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 genom förhandlat förfarande en upphandling av ”Spårväxlar”, TRV 2010/44340 (nedan Upphandlingen). Enligt tilldelningsbeslut den 7 juli 2011 tilldelades VAE GmbH (nedan VAE) produktgrupp 1-2 och Vossloh Nordic Switch Systems AB (nedan Vossloh eller bolaget) produktgrupp 1-4. Inom produktgrupperna 1-2 kommer kontraktsvolymen i svenska kronor delas lika mellan antagna anbudsgivare.

YRKANDEN M.M.

Vossloh begär överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits på så sätt att ett nytt tilldelningsbeslut fattas varvid Vossloh ensam tilldelas kontrakt även för produktgrupperna 1-2. I andra hand yrkar bolaget att rättelse ska ske på så sätt att ett nytt tilldelningsbeslut meddelas varvid bolaget tilldelas kontrakt som leverantör på första plats i rangordningen och VAE tilldelas kontrakt som leverantör på andra plats i rangordningen avseende produktgrupperna 1 och 2. Bolaget anför som grund för sitt yrkande att Trafikverket brutit mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 24 § LUF samt den i 12 kap. 1 § LUF uttryckta principen om att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska antas. Överträdelserna har skett genom att Trafikverket vad avser delar av produktgrupp 1 och 2 har antagit en annan leverantör än den leverantör som inkommit med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, det vill säga bolaget.

Vidare anför Vossloh bl.a. följande. Trafikverket genomför en upphandling av spårväxlar. Upphandlingen var uppdelad på så sätt att anbud kunde lämnas på fyra olika produktgrupper. Respektive produktgrupp skulle utvärderas var för sig och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån den så kallade mervärdesmetoden skulle antas. I upphandlingskriterierna angavs från början att syftet var att teckna avtal med en anbudsgivare per produktgrupp. Denna text ersattes senare genom tilläggskrivelse nummer 3

med texten att syftet är att teckna avtal med ”en eller flera anbudsgivare per produkt”. Det eller de anbud som befanns vara det eller de ekonomiskt mest fördelaktiga skulle således antas för respektive produktgrupp. Vossloh lämnade anbud för samtliga produktgrupper och utvärdering skedde i enlighet med föreskrifterna. Av Trafikverkets upplysningar framgår att Vosslohs anbud ansetts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vad avser samtliga produktgrupper. Det framgår emellertid av tilldelningsbeslutet att Trafikverket avseende produktgrupp 1 och 2 har valt att tilldela hälften av kontraktet för dessa produktgrupper till VAE trots att anbudet från denne anbudsgivare har ett högre jämförelsepris än Vossloh avseende dessa produktgrupper och således inte alls utgjort det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I andra upphandlingar är det ibland fråga om att teckna ramavtal med flera leverantörer. I en sådan situation krävs emellertid att det finns en klar fördelningsnyckel, vanligen en rangordning, som anger hur avrop ska fördelas mellan de deltagande ramavtalsleverantörerna. En rangordning innebär att den leverantör som kommit in med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelas kontrakt som första leverantör och således alltid tillfrågas om den kan leverera innan frågan går vidare till den leverantör som kommit tvåa i rangordningen. Det går emellertid inte att utläsa av upphandlingshandlingarna i förevarande upphandling att Trafikverket avser att teckna sådant ramavtal. Av LUF framgår att med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod. Av bilaga 3 sidan 3 framgår att alla villkor redan är fastställda och att inga ytterligare villkor verkar behöva anges. Mot bakgrund av att det helt saknas uppgift i förfrågningsunderlaget om hur kontrakt ska tilldelas är bolagets tolkning av tilläggskrivelsen den enda rimliga. Oberoende av vad Trafikverket väljer att kalla Upphandlingen kvarstår kravet på att det är den anbudsgivare som inkommit med det ekonomiskt

mest fördelaktiga anbudet som ska tilldelas kontrakt. En fördelningsnyckel såsom en rangordning är ett verktyg för att säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelas kontrakt i första hand. Den upphandlande enhetens möjlighet att välja en annan fördelningsnyckel än rangordning är således lika begränsad i LUF som i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och den valda fördelningsnyckeln måste tydligt framgå av förfrågningsunderlaget och säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i första hand tilldelas kontrakt innan andra anbudsgivare kommer i fråga.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har präglats av förutsebarhet och transparens. Trafikverket har behandlat samtliga anbudsgivare med iakttagande av likabehandlingsprincipen och har följt principen om att de/det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska antas. Även om det inte ordagrant anges att upphandlingen avser ett ramavtal framgår det tydligt av Förfrågningsunderlaget inklusive bilagt avropsavtal att avtalet inte innehåller någon fastställd volym för de produkter som upphandlas, vilket är utmärkande för ett ramavtal. Det framgår under punkt 1.1 i Avropsavtalet att avtalet omfattar ”successiva avrop under en period som anges i 2 § i detta avtal”. Under punkt 4.4 anges vidare att ”sortiment och prognostiserade volymer under avtalsperioden inklusive optionsåren framgår av handling 3.x. De prognostiserade volymerna kan komma att såväl under- som överskridas”. Vidare har Vossloh lämnat anbud vid ett flertal av Trafikverkets tidigare upphandlingar. Dessa upphandlingar har haft samma utformning som nu aktuell upphandling, varför Vossloh vet att nu aktuell Upphandling avser ett ramavtal där flera leverantörer kan komma att antas.

I Tilldelningsbeslutet anges att orsaken till att två anbudsgivare antagits i produktgrupperna 1 och 2 är att ”skillnaden i jämförelsesumma är väldigt liten mellan de två anbuden i förhållande till jämförelsesummans storlek.

När det gäller produktgrupp 2 och 3 är skillnaden i jämförelsesumma relativt sett större mellan de två anbudena, varför endast en anbudsgivare antas”. Förutom att Trafikverket genom att anta två leverantörer i viss utsträckning ser till den långsiktiga konkurrensen på marknaden tillförsäkras Trafikverket sig också om att behovet av de aktuella produktgrupperna kan tillgodoses. Eftersom upphandlingen avser ett ramavtal är det möjligt för Trafikverket att teckna avtal med en eller flera anbudsgivare. Vid upphandlingar av ramavtal inom den klassiska sektorn finns krav på angivande av fördelningsnyckel. Däremot saknas detaljerade bestämmelser i LUF angående ramavtal. Inte heller förarbetena ger stöd för att de detaljerade bestämmelser i LOU avseende ramavtal ska vara tillämpliga vid upphandlingar enligt LUF. Den praxis med krav på fördelningsnyckel som utvecklats avseende LOU kan inte direkt appliceras på upphandlingar som genomförs med stöd av LUF. Kravet på förutsebarhet är uppfyllt eftersom fördelningen mellan de två antagna anbudsgivarna ska bestämmas ”i samråd med de antagna anbudsgivarna”. Någon tvekan kring när respektive leverantör kommer att tilldelas ett leveransuppdrag kommer således inte att uppstå.

För det fall att Förvaltningsrätten skulle finna att någon form av fördelningsnyckel måste tillämpas i LUF, anser Trafikverket att den fördelning som angetts är tillräcklig för att de grundläggande principerna i 1 kap 24 § LUF ska anses ha iakttagits då den säkerställer objektivitet och hindrar att Trafikverket godtyckligt tilldelar kontrakt till leverantörerna. Eftersom Trafikverket har genomfört Upphandlingen helt i enlighet med LUF har Vossloh varken lidit eller kan komma att lida någon skada. Vidare har Vossloh erhållit tilldelning avseende samtliga produktgrupper i Upphandlingen, varför Vossloh även av denna anledning inte kan anses lida skada. Då upphandlingen avser ett ramavtal där Vossloh ändå inte skulle vara tillförsäkrad en viss volym är inte heller skaderekvisitet uppfyllt av denna anledning.

VAE har avstått från att yttra sig.

BESTÄMMELSER

Upphandlande enheter 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 (1 kap. 24 § lagen [2007:1092] om upphandling inom områdena vatten m.m., LUF).

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 eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avsluta först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 5 § LUF).

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Vossloh har anfört att det av förfrågningsunderlaget inte framgår att upphandlingen avser ett ramavtal. Trafikverket har anfört bl.a. att även om det inte ordagrant anges att upphandlingen avser ett ramavtal så framgår det tydligt av förfrågningsunderlaget inklusive bilagt avropsavtal att avtalet inte innehåller någon fastställd volym för de produkter som upphandlas, vilket är utmärkande för ett ramavtal.

I förfrågningsunderlaget (Tilläggskrivelse nr. 3) anges bl.a. att syftet med förfrågningsunderlaget är att teckna avtal med en eller flera anbudsgivare per produktgrupp som kan tillhandahålla efterfrågade artiklar vid angivna tidpunkter enligt överenskomna villkor. Vidare framgår av upphandlingsföreskrifterna (UFB.522) att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas.

Även om förfrågningsunderlaget i frågan om ramavtal inte kan anses vara optimalt utformat finner förvaltningsrätten att det inte kan anses ha sådana

brister att Trafikverket har brutit mot de grundläggande principerna i LUF. Förvaltningsrätten gör således ingen annan bedömning än Trafikverket i denna del dvs. att upphandlingen får anses avse ett ramavtal med möjlighet för Trafikverket att teckna avtal med fler än en anbudsgivare. I målet är ostridigt att ingen fördelningsnyckel framgår av förfrågningsunderlaget.

Vossloh har anfört att om det godtas att det är fråga om ett ramavtal och att avtal ska tecknas med flera leverantörer ska avtal tecknas med den som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, sedan det näst mesta och det tredje mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. I sådana fall krävs en klar fördelningsnyckel såsom rangordning som anger hur avrop ska fördelas. En rangordning innebär att den leverantör som inkommit med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelas kontraktet som första leverantör och tillfrågas om den kan leverera innan frågan går vidare till nästa. Trafikverket har gjort gällande att LUF saknar bestämmelser om fördelningsnyckel och att verket i tilldelningsbeslutet skrivit att fördelningen mellan de två antagna leverantörerna ska bestämmas ”i samråd med de antagna anbudsgivarna”. Trafikverket har också anfört att om förvaltningsrätten anser att fördelningsnyckel måste tillämpas att den fördelningsnyckel som angetts är tillräcklig för att de grundläggande principerna ska anses ha iakttagits.

Av förfrågningsunderlaget framgår således inte någon fördelningsnyckel. Såsom Vossloh har påpekat är det en rimlig tolkning av förfrågningsunderlaget att den som har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelas kontraktet. Den som har det näst ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet rangordnas som nummer två. Om Trafikverket vill ha möjlighet att dela ett kontrakt på två eller flera anbudsgivare utan rangordning måste detta tydligt framgå av förfrågningsunderlaget eftersom det kan påverka hur en anbudsgivare utformar ett konkurrenskraftigt anbud.

anbudsgivare har att utgå från att rangordning kommer att ske på så sätt att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att antas och att det anbudet som är näst ekonomiskt mest fördelaktigt rangordnas som nummer två. Vad Trafikverket har anfört i denna del föranleder inte förvaltningsrätten till annan bedömning.

Trafikverket har gjort en utvärdering av de lämnade anbuden. I utvärderingen fann Trafikverket att Vosslohs anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende samtliga produktgrupper. Därefter kom VAE:s anbud som det näst mest fördelaktiga anbudet. Ändå har Trafikverket i tilldelningsbeslutet antagit både Vossloh och VAE och beslutat att fördelningen ska ske i samråd med de antagna anbudsgivarna. Förvaltningsrätten anser att Trafikverket gjort fel då de tilldelat VAE viss del av kontraktet för produktgrupp 1 och 2 trots att VAE placerades efter Vossloh i den av Trafikverket gjorda utvärderingen. I förfrågningsunderlaget anges att Trafikverket kan teckna avtal med en eller flera anbudsgivare. Det framgår dock inte, vare sig av förfrågningsunderlaget eller utvärderingskriterierna att Trafikverket i nu angiven situation kunnat tilldela VAE viss del av kontraktet för produktgrupp 1 och 2, då den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet också haft kapacitet att omhänderta hela den upphandlande kvantiteten.

Sammanfattande bedömning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Trafikverket, i utvärderingsfasen, har brutit mot de grundläggande principerna i LUF genom att inte anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vossloh har därigenom lidit skada eftersom bolaget rätteligen borde ha tilldelats kontrakt då de har haft lägst jämförelsesumma och således har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingen konkurrensuppsökande skede, utan i stället det

senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövning av anbud ska göras. Det är tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas. Förvaltningsrätten finner därför att Trafikverket har att vidta rättelse i enlighet med vad som nu uttalats med hänsyn tagen till den rangordning av anbudsgivarna som ska ske.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).


Eva Karlsson Helghe

rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1C LOU