



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Mattias Håkansson
 Föredragande

DOM
 2011-12-12
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 4457-11
 Enhet 2

SÖKANDE

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

Ombud: Advokaten Catharina Baerselman samt jur.kand. Gustaf Anselms-
 son och jur. kand. David Nilsson
 Bird & Bird Advokat KB
 Box 7714
 103 95 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

Ombud: Verksjuristen Anna Löwenhamn Lundberg
 Juridik och planprovning
 Trafikverket
 781 89 Borlänge

KONKURRENSVERKET	
2011-12-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Den 7 juli 2011 fattade Trafikverket tilldelningsbeslut i en upphandling av spårväxlar med diarienummer TRV 2010/44340, varvid VAE GmbH (i det följande Bolaget) antogs som leverantör för produktgrupperna 1-2 och Vossloh Nordic Switch Systems AB (i det följande Vossloh) som leverantör för produktgrupperna 1-4.

Sedan Vossloh ansökt om överprövning av upphandlingen, beslutade förvaltningsrätten att upphandlingen – såvitt avsåg produktgrupperna 1 och 2 – inte fick avslutas förrän Trafikverket vidtagit rättelse i utvärderingsfasen i enlighet med vad förvaltningsrätten angivit i domskälen (förvaltningsrättens mål nr 3112-11).

Med anledning av förvaltningsrättens dom fattade Trafikverket den 10 oktober 2011 ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen. Genom beslutet antogs enbart Vossloh som leverantör för produktgrupperna 1-4.

Bolaget överklagade förvaltningsrättens dom i mål nr 3112-11 till Kammarrätten i Sundsvall (kammarrättens mål nr 2670-11). Den 14 november 2011 beslutade kammarrätten att skriva av målet. Som skäl för beslutet angav kammarrätten följande. Trafikverket har ersatt tilldelningsbeslutet den 7 juli 2011 med ett nytt tilldelningsbeslut. Det tilldelningsbeslut som var föremål för prövning i det mål som Bolaget överklagar gäller därmed inte längre. Det saknas således förutsättningar att numera pröva tilldelningsbeslutet den 7 juli 2011.

YRKANDEN M.M.

Bolaget begär överprövning av Trafikverkets tilldelningsbeslut den 10 oktober 2011 och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelsen ska bestå i att Trafikverket beaktar Bolagets rättade uppgift om koldioxidutsläpp vid utvärderingen och att ett nytt tilldelnings-

beslut fattas varvid Bolaget ensamt tilldelas kontrakt för produktgrupperna 1 och 2.

Till stöd för sin ansökan anför Bolaget följande. Att Bolaget bereddes tillfälle att yttra sig i målet om överprövning av det första tilldelningsbeslutet saknar betydelse för frågan om Bolaget har talerätt i detta mål. Nu aktuellt mål avser inte samma sak som den som prövades i förvaltningsrättens mål nr 3112-11. Det måste finnas effektiva rättsmedel för en leverantör att pröva varje nytt beslut under en upphandling. Situationen är en annan än den i HFD 2011 ref. 29.

Den av Bolaget ursprungligt lämnade uppgiften om koldioxidutsläpp var orimligt låg och Trafikverket har insett att uppgiften varit uppenbart felaktig. Trots att det varit fråga om ett uppenbart fel som Bolaget rättat på initiativ av Trafikverket har den rättade uppgiften inte lagts till grund för utvärderingen av Bolagets anbud. En upphandlande enhet kan inte godtyckligt i efterhand avgöra huruvida rättade uppgifter ska beaktas, eftersom den upphandlande enheten då skulle kunna styra vilken leverantör som ska tilldelas kontraktet. Det stämmer inte att rättelse av uppenbara fel endast får göras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om förvaltningsrätten skulle finna att det inte är fråga om en tillåten rättelse av ett uppenbart fel som Trafikverket haft att beakta, görs gällande att det varit fråga om ett tillåtet förtydligande eller en tillåten komplettering som Trafikverket haft att beakta. Om de rättade uppgifterna hade lagts till grund för utvärderingen skulle Bolagets anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Trafikverket motsätter sig Bolagets ansökan och anför följande. I första hand ska ansökan avvisas eftersom Bolaget saknar talerätt. I andra hand ska Bolagets ansökan om överprövning lämnas utan bifall.

Bolaget var part i förvaltningsrättens mål nr 3112-11 där Vossloh begärde överprövning av tilldelningsbeslutet den 7 juli 2011. Eftersom Bolaget haft partställning i det målet har Bolaget också haft möjlighet att anföra skäl till varför utvärderingen varit felaktig. Eftersom Bolaget avstod från att yttra sig kan Bolaget inte begära överprövning på nytt. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 471-11 åberopas.

Trafikverket har varit förhindrat att beakta den rättade uppgiften om koldioxidutsläpp. Eftersom uppgiften har kommit in efter anbudstidens utgång och då det inte kan anses vara en komplettering eller ett förtydligande till redan ingivna uppgifter har Trafikverket funnit att den nya uppgiften inte har kunnat beaktas vid anbudsutvärderingen. Vid tidpunkten för anbudstidens utgång hade Bolaget inte kommit in med något relevant värde avseende koldioxidutsläpp, varför något mervärde inte har kunnat tillgodoräknas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bolagets talerätt

Utgångspunkten är att ett beslut om tilldelning av kontrakt alltid ska kunna bli föremål för ansökan om överprövning (jfr bl.a. rättsfallet C-26/03 Stadt Halle, punkten 31). Vad beträffar vilka personer som kan ansöka om överprövning ska medlemsstaterna se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som lidit eller riskerat att lida skada till följd av en påstådd överträdelse (se artikel 1.3 rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna). Det torde dock inte krävas att prövningsförfarandena är tillgängliga för anbudsgivare som har utslutits definitivt (jfr artikel 2a.2 nyss nämnda direktiv).

Trafikverket har gjort gällande att eftersom Bolaget haft partställning i förvaltningsrättens mål nr 3112-11 har Bolaget inte rätt att begära överprövning av Trafikverkets nya tilldelningsbeslut. Trafikverket har till stöd för sin uppfattning åberopat rättsfallet HFD 2011 ref. 29.

I HFD 2011 ref. 29 fann domstolen, med avvikelse från den rättstillämpning som kom till uttryck i RÅ 2007 not 131, att en leverantör som vid överprövning i förvaltningsrätten uteslutits från en ny utvärdering hade rätt att överklaga domen. I Högsta förvaltningsdomstolens beslut klargörs också att bestämmelserna i 10 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) kräver att en leverantör bereds tillfälle att yttra sig över en ansökan om överprövning när domstolen överväger att lägga de i ansökan påstådda bristerna i leverantörens anbud till grund för att förordna att anbudet inte får beaktas vid en ny utvärdering.

En leverantör, som vid en överprövningsprocess fått möjlighet att yttra sig över uppgifter som sedan legat till grund för ett lagakraftvunnet beslut genom vilket leverantören uteslutits definitivt, har normalt sett inte rätt att ansöka om överprövning av ett nytt tilldelningsbeslut (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 7311-10).

Förvaltningsrättens dom i mål nr 3112-11 innebär att upphandlingen inte får avslutas förrän Trafikverket vidtagit rättelse i utvärderingsfasen i enlighet med vad förvaltningsrätten angivit i domskälen. Domen innebär inte att Bolaget ska uteslutas från den pågående upphandlingen utan Bolagets anbud ska fortfarande beaktas vid den nya utvärderingen. Situationen skiljer sig således åt från såväl den i HFD 2011 ref. 29 som den i Högsta förvaltningsdomstolens mål nr 7311-10.

Mot denna bakgrund och då Bolaget inte har uteslutits definitivt anser förvaltningsrätten att Bolaget har rätt att föra talan mot Trafikverkets tilldel-

ningsbeslut den 10 oktober 2011. Stöd för ett sådant synsätt kan enligt förvaltningsrätten även hämtas i Kammarrättens i Sundsvall avgörande i mål nr 2618-11. Den omständigheten att Bolaget tagits upp som motpart i förvaltningsrättens mål nr 3112-11 och att Bolaget har beretts tillfälle att yttra sig i det målet förändrar inte den bedömningen. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed prövas i sak.

Utvärderingen av Bolagets anbud

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 Bolaget anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 5 § 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).

Bolaget har gjort gällande att Trafikverket haft en skyldighet att beakta uppgifterna som Bolaget – efter anbudstidens utgång – har lämnat avseende koldioxidutsläpp. Enligt Bolaget är det fråga om en rättelse av ett uppenbart fel alternativt fråga om en tillåten komplettering eller ett tillåtet förtydligande som Bolaget har lämnat på initiativ av Trafikverket.

Av handlingarna framgår bland annat följande. Bolaget har i avlämnat anbud angett att koldioxidutsläppet per ton stål uppgick till 60,77 kg. Eftersom siffran starkt avvek från övriga anbudsgivares uppgifter ombads Bolaget den 21 april 2011 att förtydliga sitt anbud genom att komma in

med utsläppsrappport enligt EU, ETS Handel med utsläppsrätter. Den 26 april 2011 besvarade Bolaget Trafikverkets begäran. Eftersom Trafikverket, trots Bolagets svar, inte fann att relevanta uppgifter getts in, ombads Bolaget den 11 maj 2011 att bekräfta att uppgiften om koldioxidutsläpp omfattade samtliga angivna produktionssteg. I Trafikverkets meddelande angavs att Bolaget skulle svara med ett Ja eller ett Nej. I svar till Trafikverket bekräftade Bolaget att uppgiften omfattade samtliga angivna produktionssteg. Eftersom Trafikverket fortfarande fann uppgiften osannolik ombads Bolaget den 16 maj 2011 att redovisa hur angiven siffra fördelar sig på de olika produktionsstegen samt att verifiera detta på angivet sätt. Den 19 maj 2011 kom Bolaget in med rättade uppgifter varigenom koldioxidutsläppen angavs till 1 679 kg respektive 1 704 kg per ton stål för åren 2006 och 2007.

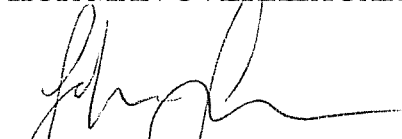
I målet är således utrett att den ursprungliga uppgiften som Bolaget angett i sitt anbud är felaktig. Denna kan därmed inte läggas till grund för anbudsutvärderingen.

Av 9 kap. 8 § LUF framgår i vilka fall en upphandlande enhet *får* tillåta en anbudsgivare att rätta ett anbud samt *får* begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras. Av detta följer emellertid ingen *skyldighet* för en upphandlande enhet att låta en anbudsgivare rätta, förtydliga eller komplettera anbudet.

Den omständigheten att Trafikverket ombett Bolaget att bekräfta uppgiften i anbudet samt att verifiera uppgiftens riktighet medför enligt förvaltningsrätten inte någon skyldighet för Trafikverket att beakta och lägga de nya uppgifterna till grund för anbudsutvärderingen. Vidare kan det enligt förvaltningsrättens mening inte anses röra sig om rättelse av en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel. Inte heller rör det sig om ett förtydligande eller en komplettering som kunnat göras utan risk

för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Trafikverket hade därmed inte heller haft möjlighet att beakta de nya uppgifterna, ens om verket hade velat lägga dessa uppgifter till grund för anbudsutvärderingen. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande enligt LUF på de grunder som Bolaget har anfört. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).



Sofia von Schantz
förvaltningsrättsfiskal