

**KLAGANDE**

Necks Electric AB, 556067-5240  
Box 6036  
461 06 Trollhättan

Ombud: Advokaterna Jimmy Carnelind och Michael Plogell  
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg  
Box 11920  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Trafikverket  
781 89 Borlänge

Ombud: Advokaterna Malin Håkansson och Tomas Kjellgren  
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
Box 1711  
111 87 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 12 september 2011 i mål nr 2659-11,  
se bilaga A

**SAKEN**

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

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 22 september 2011 upphör därmed  
att gälla.

- Klagande/ombud  
 Motpart/ombud  
 SKV  
 Fk NFC  
 Lst/Trp.st  
 Fr

Konkurrensverket

- För delgivning  
 För kännedom  
 För handläggning

**YRKANDEN M.M.**

Necks Electric AB (bolaget) yrkar att kammarrätten förordnar att Trafikverkets upphandling avseende leverans av stolpar och bryggor, TVA 2010/62493, ska rättas eller göras om, alternativt att målet återförvisas till förvaltningsrätten för ny prövning. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande, utöver vad som antecknats i förvaltningsrättens dom.

Trafikverket har i tilldelningsbeslutet förkastat bolagets anbud med motiveringen att bolaget ska ha offererat en icke prissatt reservation kopplad till en indexklausul. Denna bedömning är felaktig. Bolagets anbud strider inte mot förfrågningsunderlaget. Anbudet utgör en reservation i förhållande till punkten 6.13 i avropsavtalet, men inte i förhållande till förfrågningsunderlaget som helhet. Av upphandlingsföreskrifterna, UFB.31, framgår tydligt att prissatta reservationer är tillåtna. I enlighet med punkten 6.13 har ett fast pris t.o.m. den 30 juni 2011 lämnats. Vidare har angetts hur anbudspriset fr.o.m. den 1 juli 2011 ska justeras. Bolagets anbud innehåller en prisuppgift där reservationen inte beaktas. Denna uppgift utgörs av bolagets grundpris, 24 362 270 kr. Reservationen utgörs av ett procentuellt påslag på grundpriset. Grundpriset utgör basen i anbudspriset och den grund på vilken prisjusteringen vilar. Kostnadspåslaget är enkelt att framräkna, vilket Trafikverket också gjort. Med ”priser som kalkylerats med i offerten” kan i punkten 6.13 i avropsavtalet inte annat ha avsetts än de prisuppgifter som ska lämnas för de i prislistan föreskrivna artikelnumren. Av tilldelningsbeslutet framgår klart att reservationen har avsett ”prisjustering löner”, varför frågan om hänvisning till LME-kursen saknar betydelse.

Frånvaron av alternativa anbudspriser, dvs. priser inklusive respektive exklusive reservationen, utgör inte någon anbudsbrist. Reservationer inkluderas alltid i ett anbud och kan inte bortses från vid utvärderingen. Att fordra att ett anbudspris bryts ner i ett grundpris och en separat prisuppgift rörande en reservation fyller därmed inget syfte. Förfrågningsunderlaget är otydligt i fråga om vilka uppgifter ett anbud med en kostnadspåverkande

reservation ska innehålla. Det strider mot proportionalitetsprincipen att förkasta bolagets anbud.

Anbudet har förkastats på grund av utformningen av reservationen. Det har i tilldelningsbeslutet inte invänts mot anbudet i övrigt. Kammarrätten i Stockholm har i mål nr 5929-10 funnit att processföremålet är begränsat till uteslutningsgrunden. Genom att förvaltningsrätten har prövat invändningar om ska-kravsbrister i fråga om ekonomisk och finansiell ställning (kapacitetskravet), vilka Trafikverket framfört först i överprövningsprocessen, har förvaltningsrätten begått ett rättegångsfel. Bolagets reservation är ett resultat av ett otydligt ska-krav och en bristfällig utvärderingsmodell. Detta medför att bolaget riskerar att lida skada även om det konstateras att bolagets reservation är oförenlig med upphandlingsföreskrifterna, UFB.31. Beaktas kapacitetskravsbristen förändras förutsättningarna för skadebedömningen eftersom kapacitetskravet saknar koppling till de otydligheter i förfrågningsunderlaget som bolaget gör gällande. Det rättegångsfel som förvaltningsrätten gjort sig skyldig till har påverkat utgången i målet. I upphandlingsföreskrifterna, UFB.51, anges inte att efterfrågade årsredovisningar ska ges in tillsammans med anbudet, utan att anbudsgivarna ska förete begärda bevis. Förete är synonymt med att visa upp och bolaget kan visa upp årsredovisningar när Trafikverket så begär.

Ett anbuds innehåll har ett direkt samband med den giltighetstid som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. En förlängningsbegäran innebär en väsentlig förändring i förutsättningarna för att lämna anbud. Eftersom Trafikverkets begäran om förlängning har skett före tilldelningsbeslutet har bolaget indirekt kunnat avgöra om upphandlingen ska göras om eller inte. Givetvis har bolaget lidit skada av att ha frångått denna rättighet. En förlängningsbegäran efter det att giltighetstiden löpt ut innebär att nya anbud utvärderas och tilldelningsbeslutet är därför ett resultat av en otillåten direktupphandling, vilket i sig medför att bolaget lidit skada. Förekomsten av ska-kravsbrister utgör i sig inget hinder mot skada.

I upphandlingsföreskrifterna, UFB.522, anges utvärderingskriterierna "anbudssumma", "teknisk kravuppfyllnad", "erfarenheter från liknande tillverkning" och "leveranstid". I fråga om teknisk kravuppfyllnad anges i UFB.522 att utvärdering ska ske av de krav som har ställts upp i de tekniska underlagen. Att Trafikverket skulle premiera lösningar som går utöver dessa krav strider mot utvärderingskriteriets ordalydelse. Kriteriet "teknisk kravuppfyllnad" utgör uteslutande ett kvalificeringskrav. Kriteriet "erfarenheter från liknande tillverkning" syftar huvudsakligen till att fastställa anbudsgivarnas lämplighet. Kriteriet har utvärderats utifrån de referensuppdrag som anbudsgivarna bifogat. Kammarätten i Sundsvall har i mål nr 2129-11 underkänt en av Trafikverket antagen utvärderingsmodell, där det sätt på vilket referenserna hade utvärderats var i det närmaste identiskt med den utvärdering som ägt rum här. Av en dom från Kammarätten i Göteborg i mål nr 6411-08 framgår dessutom att kriterierna "teknisk kravuppfyllnad" och "erfarenheter från liknande tillverkning" inte får poängsättas i upphandlingen. Betygsnivåerna har framkommit först i tilldelningsbeslutet. Otydligheten beträffande hur utvärderingen skulle gå till väga samt vilka omständigheter som Trafikverket skulle tillmäta betydelse har medfört att bolaget inte getts möjlighet att lämna sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Om Trafikverket hade tydliggjort hur utvärderingskriterierna skulle poängsättas skulle bolaget ha kunnat undvika att ta höjd för okända faktorer i sin prissättning. Om det t.ex. hade framgått av förfrågningsunderlaget vilka ledtider som motsvarade maximala poäng skulle bolaget ha kunnat offerera ett såväl lägre pris som ett pris utan prisjustering för löner. Bolaget har således lidit skada av de brister som behäftar utvärderingsmodellen.

Bolaget har, utöver de avgöranden som angetts ovan, åberopat ytterligare ett antal kammarrättsdomar till stöd för sin talan.

Trafikverket motsätter sig bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande, utöver vad som antecknats i förvaltningsrättens dom.

Bolaget påstår att priset på reservationen utgörs av det procentuella påslag som bolaget förbehållit sig rätten att justera sitt grundpris med. Påståendet är felaktigt. Det grundpris om 24 362 270 kr som bolaget offererat utgör nämligen det pris som bolaget erbjuder för det fall att reservationen beaktas. Som förvaltningsrätten funnit framgår dock inte priset på bolagets anbud utan beaktande av reservationen. Trafikverket har därför inte haft möjlighet att räkna fram reservationens pris i sig på sätt som bolaget påstår. Huruvida Trafikverket haft möjlighet att räkna fram det procentuella påslaget på det reserverade priset är inte relevant, eftersom priset utan beaktande av reservationen alltså är okänt för Trafikverket.

Bolaget har reserverat sig mot punkten 6.13 i avropsavtalet, då bolaget i sitt anbud krävt en indexklausul även för den del av priset som inte utgör materialkostnad. Vad beträffar bolagets hänvisning till LME-kursen som bas för prisjustering är det förvisso korrekt att det i avropsavtalet angetts att priset, till den del det utgör materialkostnad, ska justeras kvartalsvis fr.o.m. den 1 juli 2011. I punkten 6.13 anges dock att ”vid offert dagens avlämnande anges de priser som kalkylerats med i offerten, dessa bildar bas för kommande justeringar”. Det framgår således tydligt att bas för kommande justeringar ska utgöras av de priser som kalkylerats med i offerten. Den omständigheten att bolaget, till skillnad från övriga anbudsgivare, valt att inte inkomma med de priser som kalkylerats med i offerten, dvs. bolagets inköpspriser, utan istället angett att bas för justeringen ska utgöras av, utan närmare precision av tidpunkt, LME-kurs ”buyer 3 months” är en reservation mot avropsavtalet. Något pris har bolaget inte satt på denna reservation och denna omständighet utgör ensamt skäl för att förkasta anbudet. Eftersom bolaget uteslutits från fortsatt deltagande i upphandlingen just på grund av att bolaget underlåtit att prissätta reservationen saknas grund för

bolagets påstående att reservationen avseende LME-kurs inte omfattas av processföremålet. Det aktuella ska-kravet har inte varit otydligt.

Bolagets anbud saknar årsredovisning, trots att sådan enligt upphandlingsföreskrifterna, UFB.51, ska ges in. Förfrågningsunderlaget lämnar inte något utrymme för anbudsgivaren att själv avgöra om det finns skäl att tillmötesgå det uppställda kravet. Trafikverket har uteslutit bolaget från fortsatt deltagande i upphandlingen då bolagets anbud inte uppfyllt uppställda ska-krav. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 3105-11 och 3107-11 konstaterat att varken lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) eller praxis ålägger den upphandlande myndigheten en skyldighet att före beslut om tilldelning pröva samtliga uppställda obligatoriska krav. Alla åberopade omständigheter som talar för eller emot att bolagets anbud rätteligen uteslutits bör prövas inom ramen för målet.

Vid förlängningen av anbudens giltighetstid har det inte förelegat någon skyldighet att kontakta de anbudsgivare som inte tillmötesgått de ska-krav som uppställts i upphandlingen. En sådan förfrågan till en redan diskvalificerad anbudsgivare fyller inget syfte. Endast det spekulativa förhållandet att bolaget fräntagits en hypotetisk möjlighet att vägra kontraktsförlängning innebär inte att bolaget kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Även om kammarrätten skulle finna att Trafikverket, genom att inte tillfråga uteslutna leverantörer, agerat i strid med LUF och dess allmänna principer saknas det anledning för kammarrätten att bifalla bolagets yrkande.

Beträffande utvärderingsmodellens transparens framgår det av upphandlingsföreskrifterna, UFB.522, hur utvärderingen kommer att ske, på ett sätt som är tillräckligt för att anbudsgivarna kunnat erhålla tillräcklig insikt om vad som kommer att beaktas vid anbudsutvärderingen. Såvitt avser den tekniska kravuppfyllnaden framgår av såväl upphandlingsföreskrifter som upphandlingsrapport att Trafikverket valt att premiera lösningar som går utöver de absoluta kvalitetskraven. En bedömning av i vad mån tidigare

erfarenhet kan beaktas vid anbudsutvärderingen ska ske från fall till fall. Av Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6411-08 framgår att "förbudet" mot att beakta anbudsgivarnas erfarenhet endast gäller sådan erfarenhet som är relevant för att bedöma risken för att anbudsgivaren inte kommer att kunna genomföra det i upphandlingen aktuella projektet och att ett beaktande av erfarenhet är tillåtet i övriga fall där syftet, som i nu aktuell situation, är att bedöma i vad mån leverantörerna kan erbjuda ett mervärde för Trafikverket. Bolaget kan, då dess anbud inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, aldrig ha lidit skada till följd av eventuella brister i utvärderingsmodellen.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga lagrum framgår av förvaltningsrättens dom.

#### Ska-kravsuppfyllelse avseende lönejustering

Vad som angetts i upphandlingsföreskrifterna, UFB.31, och i avropsavtalet punkten 6.13 framgår av förvaltningsrättens dom. Där framgår även vad Necks angett i sitt anbud under rubriken "Priser".

Såväl bolaget som Trafikverket har uppgett att bolagets anbud utgör en reservation i förhållande till punkten 6.13 i avropsavtalet. Bolaget tycks för sin del mena att reservationen består i själva omständigheten att anbudet innefattat ersättning för kostnadsändring avseende löner. Bolaget gör vidare gällande att prissatta reservationer är tillåtna enligt UFB.31 och att bolagets reservation är prissatt genom att den innehåller ett grundpris och ett procentuellt påslag på detta. Trafikverket tycks å sin sida mena att bolagets reservation består i att bolaget krävt en indexklausul även för den del av priset som inte utgör materialkostnad och att denna reservation inte är prissatt.

Parternas olika uppfattningar i frågan om reservationen är prissatt eller inte tycks, såvitt kammarrätten kan förstå, grunda sig i olika tolkningar av

bolagets anbud. Kammarrätten kan för egen del inte tolka anbudet på annat sätt än att bolagets hänvisning till LME-kursen avser justering av materialkostnaden, medan resterande del (arbetskostnad m.m.) inte är avsedd att regleras genom någon form av indexklausul utan med ett procentuellt påslag på anbudspriset.

Kammarrätten konstaterar vidare att upphandlingsföreskrifterna inte innehåller några begränsningar som innebär att reservationer inte får förekomma i vissa avseenden, t.ex. i fråga löner, men att avropsavtalet i punkten 6.13, "Ersättning för kostnadsändring (indexreglering)", behandlar enbart ingående material. Enligt kammarrättens mening har förfrågningsunderlaget därmed inte varit tillräckligt tydligt beträffande frågan om reservationer avseende arbetskostnader m.m. är tillåtna eller inte. Det kan vidare antas att bolaget, genom de uppgifter som lämnats i anbudet och i den till anbudet fogade bilaga 1, försökt att uppfylla kriterierna i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av de otydligheter som förelegat i fråga om tillåtligheten av reservationer kan förfrågningsunderlaget inte anses ha uppfyllt kraven på transparens och förutsebarhet. Bolagets anbud borde därför inte ha uteslutits på denna grund.

#### Ska-kravsuppfyllelse avseende ekonomisk och finansiell ställning

Bolagets anbud förkastades med anledning av att ett av de uppställda ska-kraven inte bedömdes vara uppfyllt. I LOU och LUF finns inte några bestämmelser som kräver att den upphandlande myndigheten före tilldelningsbeslutet prövar om samtliga uppställda ska-krav är uppfyllda. Som bl.a. konstaterats i det av Trafikverket åberopade avgörandet från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 3105-11 och 3107-11) har den upphandlande myndigheten inte heller i praxis ålagts ett sådant krav. Förvaltningsrätten har mot denna bakgrund varit oförhindrad att pröva frågan om bolaget uppfyllt ska-kravet avseende ekonomisk och finansiell ställning.



Det aktuella ska-kravet är enligt kammarrättens mening tydligt utformat. I fråga om uppfyllelsen av ska-kravet gör kammarrätten inte någon annan bedömning än vad förvaltningsrätten gjort, varför det kan konstateras att bolagets anbud inte har uppfyllt samtliga uppställda ska-krav.

#### Förlängning av anbudens giltighetstid

Vid en förlängning av anbudens giltighetstid där giltighetstiden gått ut före tidpunkten för tilldelningsbeslutet har, vilket också förvaltningsrätten konstaterat, den upphandlande myndigheten en skyldighet att vända sig till samtliga anbudsgivare. Detta särskilt med anledning av de fall där anbud förkastats felaktigt. Dessa anbudsgivare ska inte fräntas sin möjlighet att fortsatt delta i upphandlingen på grund av att anbudets giltighetstid gått ut. Genom att inte ge samtliga anbudsgivare möjlighet att förlänga sina anbud har den upphandlande myndigheten brutit mot likabehandlingsprincipen.

Frågan är dock om bolaget genom detta förfarande har lidit eller kunnat lida skada och om upphandlingen därför ska rättas eller göras om. Det är bolaget som har att tydliggöra på vilket sätt det har lidit skada genom att inte tillfrågas om en förlängning. Vad bolaget anfört i kammarrätten och vad som i övrigt förekommit i målet föranleder inte kammarrätten att göra en annan bedömning än att då bolaget inte har uppfyllt alla ska-krav kan bolaget inte i detta avseende anses ha lidit skada.

#### Brister i utvärderingsmodellen

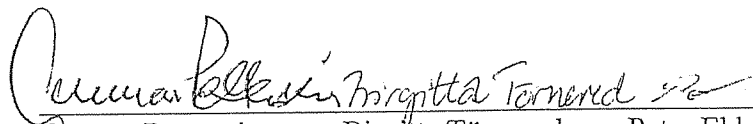
Bolaget har gjort gällande att det även funnits otydligheter i fråga om hur utvärderingen skulle gå till och vilka omständigheter som Trafikverket skulle tillmäta betydelse. Redan på den grunden att bolaget inte uppfyllt det uppställda ska-kravet avseende ekonomisk och finansiell ställning anser dock kammarrätten att bolaget inte visat att det lidit skada till följd av eventuella brister i utvärderingsmodellen. Det saknas därför anledning för kammarrätten att ta ställning till vad bolaget anfört rörande kriterierna

”teknisk kravuppfyllnad” och ”erfarenheter från liknande tillverkning”  
samt rörande poängsättning av de olika kriterierna.

Sammanfattningsvis finner kammarrätten att grund för ingripande enligt  
LUF inte föreligger, varför överklagandet ska avslås.

---

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



Gunnar Pettersén  
kammarrättsråd  
ordförande

Birgitta Törnered  
kammarrättsråd

Petra Ebbing  
kammarrättsråd  
referent

Hanna Hamrin  
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I FALUN**  
Enhet 2  
Frida Axelsson

**DOM**  
2011-09-12  
Meddelad i  
Falun

*Bilaga A*

Sida 1 (9)

Mål nr  
2659-11

**SÖKANDE**

Necks Electric AB, 556067-5240  
Box 6036  
461 06 Trollhättan

Ombud: Advokaterna Jimmy Cernelind och Michael Plogell  
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg  
Box 11920  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Trafikverket  
781 89 Borlänge

Ombud: Advokaterna Malin Håkansson och Tomas Kjellgren  
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
Box 1711  
111 87 Stockholm

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Necks Electric AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 39168

Postadress  
Box 45  
S-791 21 Falun

Besöksadress  
Kullen 4

Telefon  
023-383 00 00  
E-post: [forvaltningsrattenifalun@dom.se](mailto:forvaltningsrattenifalun@dom.se)

Telefax  
023-383 00 80

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-12:00  
13:00-16:00

### BAKGRUND

Trafikverket genomför en upphandling avseende leverans av stolpar och bryggor, diarenummer TRV 2010/62493. Upphandlingen genomförs i form av förhandlat förfarande. Enligt upphandlingsprotokoll från den 7 juni 2011 har anbud från Gävle Galvan AB och Skyllberg Industri AB antagits.

### YRKANDEN M.M.

Necks Electric AB (Necks), som lämnat anbud men som inte kvalificerats till utvärdering, ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas så att bolagets anbud kvalificeras till vidare utvärdering och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan.

### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rätten ska besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller mot någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 5 § LUF).

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 § LUF).

### Ska-kravsuppfyllelse

I Trafikverkets upphandlingsprotokoll anges under rubriken *Teknisk kravuppfyllnad* att Necks anbud *Uppfyller med många modifieringar*. Som kommentar i denna del anges *Förkastas prisjust löner*.

Necks anger i förvaltningsrätten att förekomsten av lönejusteringen inte strider mot något formkrav i förfrågningsunderlaget och anför huvudsakligen följande. Beträffande anbudspriset är de enda förekommande formkraven att priset ska lämnas i svensk valuta exklusive mervärdesskatt samt att priset är fast till och med 2011-06-30. Necks har i dess anbud tagit höjd för andra prisökningar än material. Förfrågningsunderlaget saknar förbud mot sådan prisökning. Däremot innehåller förfrågningsunderlaget en tydlig anvisning om att reservationer får förekomma under förutsättning att kostnadspåverkande sådana är prissatta. Lönejusteringen är prissatt och kan enkelt framräknas och läggas till Necks anbudssumma. Necks anbudspris har således varit fullt ut jämförbart med övriga anbudsgivares. Necks reservation består av ett tillägg till punkt 6.13 i Avropsavtalet. Necks har angett att fr.o.m. den 1 januari 2012 är resterande del av priset – den som inte utgörs av materialkostnad – föremål för en prisökning om 2,5 procent. Reservationen är prissatt och tydlig. Reservationen är inte kopplad till någon indexklausul. Det framgår även vilken kostnad som reservationen föranleder. Det går av förfrågningsunderlaget inte att utläsa att det åvilar anbudsgivarna att ange pris som är gällande försåvitt reservationen inte beaktas. Tvärtom tillåter förfrågningsunderlaget, UFB.31, förekomsten av reservationer under förutsättning att de prissätts. Necks reservation är prissatt och ska beaktas. Trafikverket har därför inte ägt rätt att förkasta Necks anbud.

Trafikverket bemöter Necks invändningar med huvudsakligen följande. Trafikverket kunde vid genomgång av Necks anbud konstatera att bolaget offererat en icke prissatt reservation kopplat till en indexklausul och att man därför inte uppfyllt det absoluta krav som anges i punkten UFB.31 under huvudrubriken ”Anbudsgivning” i förfrågningsunderlaget. Trafikverket ställer sig oförstående till Necks invändning att ifrågavarande reservation skulle vara prissatt eftersom bolaget uppenbarligen i sitt anbud inte angett vilket pris som är gällande försåvitt reservationen inte beaktas. Det

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I FALÜN  
Enhet 2

DOM

förhållandet att indexklausulen ifråga indikerar vilket pris som Trafikverket kan behöva erlægga vid enskilda avrop från januari 2012 och framåt ger därvid ingen information om vad reservationen ifråga är värd för Necks vid anbudstillfället. I UFB.31 anges tydligt att reservationer ska vara prissatta, vid risk att anbudet annars förkastas. För att reservationen ska anses vara prissatt krävs således att det i anbudet tydligt anges vilket pris som vid anbudstillfället erbjuds dels med iakttagande av och dels utan beaktande av reservationen. Så har inte skett varför grund förelegat att förkasta Necks anbud.

I Necks anbud anges följande under rubriken *Priser. Priserna i Bilaga 1 är fasta t.o.m. 2011-06-30. Från och med 2011-07-01 kan ersättningen justeras kvartalsvis med avseende på material där 46 % av priset utgörs av materialkostnad för stål och 4 % utgörs av zink. Som bas för justeringen ska LME-kurs "buyer 3 months" användas. Resterande del (arbetskostnad, energi etc.) regleras med +2,5 % fr. o. m. 1 januari 2012, 2013 respektive 2014.*

I Avropsavtalet punkt 6.13 *Ersättning för kostnadsändring (indexreglering)* anges följande. *Priset är fast t.o.m. den 30 juni 2011. Från och med den 1 juli 2011 ska ersättningen justeras kvartalsvis enligt följande: Anbudsgivare lämnar uppgift i procent på ingående material som ska regleras. Vid offert dagens avlämnande anges de priser som kalkylerats med i offerten, dessa bildar bas för kommande justeringar. Avstämning av priser görs varje kvartal med då gällande priser. Förändringen anges i procent med en decimal. Om skillnaden mellan nytt pris och gällande pris är mindre än 1,0 % av gällande pris vid avstämningsstillfället, görs ingen reglering. Prisjusteringen ska skriftligen meddelas av säljaren och skriftligen godkännas av Banverket innan den görs. Mervärdesskatt ingår ej. Parterna har rätt att i anslutning till aktuell prisjustering omförhandla indexjusteringens storlek och/indexklausulen, om resultatet av prisjusteringen är i*

*en nivå som kan anses avvika från prisutvecklingen på marknaden. De tidigare avtalade priserna ska gälla till dess att ett nytt pris avtalats.*

I förfrågningsunderlaget UFB.31 anges bl.a. att *I anbudet ska i förekommande fall anges samtliga för anbudet gällande kostnadspåverkande reservationer. Dessa ska vara prissatta vid risk att anbudet annars förkastas.*

Förvaltningsrätten konstaterar att parterna är överens om att anbudet från Necks innehåller en reservation. Förvaltningsrätten anser att det av Necks anbud inte framgår pris utan beaktande av reservationen, vilket innebär att reservationen inte kan bedömas som prissatt. Förvaltningsrätten anser inte heller att reservationen kan anses prissatt i denna del i ljuset av Avropsavtalets punkt 6.13 som Necks bl.a. gör gällande. Necks anbud uppfyller därmed inte kravet i upphandlingen att reservationer ska vara prissatta. Förvaltningsrättens bedömning är därmed att Trafikverket har haft skäl att förkasta Necks anbud.

Trafikverket anger vidare att Necks anbud, med hänvisning till bedömningen att anbudet skulle förkastas p.g.a. reservationen, lades åt sidan utan att Trafikverket genomförde någon ytterligare granskning eller utvärdering av anbudet. Vid en förnyad genomgång av anbudet har dock Trafikverket konstaterat att Necks anbud också är bristfälligt vad avser kravet på ekonomisk och finansiell ställning. Trafikverket framhåller att det av förfrågningsunderlaget UFB.51 framgår att anbudsgivaren antingen ska lämna in årsredovisning för föregående år eller redovisa sin ekonomiska situation på annat sätt. I Necks anbud saknas både årsredovisning och annat underlag som redovisar företagets ekonomiska och finansiella ställning. Anbudet uppfyller således inte uppställt ska-krav. Det förhållandet att bolaget är godkänd leverantör i prequalificeringssystemet TransQ medför inte att bolaget är fritt att underlåta att uppfylla ställda formella ska-krav i upphandlingen.

Necks gör gällande att endast de uteslutningsgrunder som Trafikverket har angett i det tilldelningsbeslut som är föremål för överprövning kan prövas av förvaltningsrätten inom processramen för detta mål. Ifall prövning ändå sker anger Necks att bolaget är godkänd leverantör i prekvalificeringssystemet TransQ och anför huvudsakligen följande. För att bli utvald att inkomma med anbud i upphandlingen har Necks visat sin stabila finansiella och ekonomiska ställning. Inför certifiering hösten 2010 lämnade Necks in erforderliga årsredovisningar. Ska-kravet är uppfyllt i och med inlämnade handlingar i prekvalificeringsfasen. Endast leverantörer som har en stabil finansiell och ekonomisk ställning har blivit utvalda att delta i upphandlingen. Det är inte meningsfullt att begära in samma information av anbudsgivarna en andra gång. Övriga anbudsgivare riskerar inte att lida någon skada till följd av att Necks anbud utvärderas och likabehandlingsprincipen träds inte förnär. Eftersom ska-kravet saknar syfte är det oproportionellt och ska bortses ifrån.

I UFB.51 *Prövning av anbudsgivare* anges bl.a. följande. *Anbudsgivare ska ha en stabil finansiell och ekonomisk ställning för aktuellt uppdrag. Anbudsgivare ska därvid uppfylla följande krav: - Årsredovisning för föregående år [max tre år]. Om anbudsgivaren kan visa skäl, såsom att företaget är nystartat, på grund av koncerninterna regler eller annat liknande förhållande, för att inte förete begärda bevis, får anbudsgivaren redovisa sin ekonomiska ställning på ett annat sätt som Köparen godtar.*

Förvaltningsrätten kan konstatera att det är ostridigt att Necks inte fogat årsredovisningar till sitt anbud. Att Necks inlämnat årsredovisningar inför certifiering och är godkänd leverantör i prekvalificeringssystemet TransQ förändrar inte detta faktum. Det har heller inte framkommit att Necks visat skäl för att inte förete begärda bevis, så att rätt att redovisa ekonomisk ställning på annat sätt för köparen att godta förelegat. Anbudet har därmed



inte uppfyllt det aktuella ska-kravet. Förvaltningsrättens bedömning är vidare att det aktuella ska-kravet inte kan anses oproportionerligt.

#### **Förfrågningsunderlagets tydlighet**

Necks gör också gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt avseende ska-kraven, bl.a. på så sätt att det innehållit motstridiga uppgifter i sådan utsträckning att bolaget förtagitits möjligheten att lämna sitt bästa anbud, varför upphandlingen måste göras om. Trafikverket å sin sida menar att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt. Förvaltningsrättens bedömning är att förfrågningsunderlaget i dessa delar, utifrån vad som framkommit i målet, är att anse som tillräckligt tydligt och att det inte finns skäl till ingripande enligt LUF med denna grund.

#### **Förlängning av anbuds giltighetstid**

Necks gör gällande att den förlängning som ägt rum beträffande övriga anbudsgivares anbuds giltighetstider strider mot likabehandlingsprincipen och anför i denna del bl.a. följande. Förlängningen har ägt rum före tilldelningsbeslutet, vilket kräver samtliga anbudsgivares samtycke. En längre föreskriven giltighetstid hade kunnat föranleda innehållsmässigt andra anbud. Förlängningen av de båda anbudena har skett efter det att deras giltighet har gått ut. En förlängning av ett anbuds giltighet som sker efter det att giltighetstiden löpt ut utgör ett nytt anbud. Ett nytt anbud får emellertid aldrig utvärderas och ligga till grund för tilldelning. Eftersom kontraktsvärdet överstiger 15 procent av tröskelvärdet har Trafikverket gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Trafikverket anser att för det fall förvaltningsrätten finner att Trafikverket haft fog för sitt beslut att förkasta Necks anbud, saknar Necks enligt EU-praxis berättigat intresse av att få sina ytterligare grunder prövade (EU-domstolens dom den 9 juni 2011 i mål C-401/09) och anför bl.a. följande. EU-domstolen fann att det saknas berättigat intresse till ogiltighetsförklar-

ing av ett beslut om beslutet säkert kan fastställas på nytt eller om sökanden ändå inte kan nå den eftersträvade framgången. För det fall förvaltningsrätten prövar Necks övriga yrkande anför Trafikverket att de har vänt sig till samtliga kvalificerade anbudsgivare i upphandlingen, vilka även gått med på att förlänga sina anbud. När tilldelningsbeslutet fattades var de kvalificerade anbudsgivarnas anbud giltiga. Det faktum att en leverantör som inte lyckats kvalificera sig i upphandlingen inte blir tillfrågad att förlänga giltighetstiden på sitt anbud påverkar inte på något sätt giltigheten av den förlängning av kvalificerade anbudsgivares anbuds giltighet som ägt rum i upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att giltighetstiden för lämnade anbud gick ut före tilldelningsbeslutet fattades av Trafikverket samt att de leverantörer som kvalificerat sig till utvärdering blev tillfrågade om förlängning av anbudens giltighetstid. Av praxis framgår att för att likabehandlingsprincipen inte ska trädas förnär bör upphandlande enhet tillfråga samtliga anbudsgivare om förlängning av anbudens giltighetstid samt att alla anbudsgivare godkänner en förlängning, när den ursprungliga giltighetstiden går ut före ett tilldelningsbeslut har fattats (jfr Kammarrätten i Stockholms domar den 5 juli 2011 i mål nr 2059-11, där Högsta förvaltningsdomstolen den 10 augusti 2011 i mål nr 4842-11 beslutade att inte meddela prövningstillstånd, och den 24 mars 2009 i mål nr 1772-09). För ett ingripande enligt LUF krävs dock att Necks lidit eller kan komma att lida skada. Eftersom Necks anbud inte uppfyllt ställda ska-krav i upphandlingen anser förvaltningsrätten att Necks inte har visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada av Trafikverkets agerande. Grund för ingripande enligt LUF i denna del saknas därför.

#### **Utvärderingsmodellens förenlighet med LUF**

Necks gör slutligen även gällande att den utvärderingsmodell som Trafikverket tillämpat i upphandlingen inte är förenlig med LUF. Trafikverket

har häremot bl.a. invänt att det är Necks som har bevisbördan för att bolaget lidit skada till följd av påstådda brister i utvärderingsmodellen, särskilt om förvaltningsrätten delar Trafikverkets uppfattning att Necks anbud brister i ska-kravsuppfyllelse. Necks har bl.a. angett att bolaget offererat ledtider om fem arbetsdagar, vilket föranlett prisjusteringsreservationen och att om bolaget ägt vetskap om att även kvalifikationskriterier skulle utvärderas hade bolaget kunnat utforma ett annat anbud utan reservation varför bolaget har riskerat att lida skada.

Förvaltningsrätten anser inte, särskilt mot bakgrund av vad förvaltningsrätten kommit fram till avseende Necks anbuds uppfyllande av samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, att Necks kan anses ha visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av brister i utvärderingsmodellen. Grund för ingripande enligt LUF föreligger därmed inte. Ansökan ska därmed avslås.

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

*Malin Karlsson*

Malin Karlsson

förvaltningsrättsfiskal

## 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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;**

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.