



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2014-09-02
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 14643-14

SÖKANDE

Infratek Mätkontroll Sverige AB, 556702-6934

Ombud: Advokat Gunnar Andersson
 Rosengrens Advokatbyrå i Borås AB
 Kungsgatan 28 C
 432 44 Varberg

MOTPART

Fortum Distribution AB, 556037-7326

Ombud: Advokat Per-Owe Arfwedson och advokat Helena Höök
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1703
 111 87 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-09-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 516379

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Fortum Distribution AB (härefter Fortum) genomför en upphandling avseende ramavtal för fältarbeten för verifiering och mätarservice. Vid upphandlingen tillämpas förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Av tilldelningsbeslut den 16 juni 2014 framgår att Fortum avser teckna avtal med annan anbudsgivare än Infratek Mätkontroll Sverige AB.

Infratek Mätkontroll Sverige AB (härefter Infratek) yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Som grund för ansökan anför Infratek i huvudsak följande. Anbudstiden har varit alltför kort för en upphandling av den aktuella omfattningen. Förfrågningsunderlaget har i stora delar varit otydligt. Utvärderingsmodellen har brutit i de grundläggande kraven avseende förutsebarhet och insyn.

Fortum bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen 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 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF).

Anbudstidens längd

De leverantörer som efter anbudsansökan bedömdes vara kvalificerade att lämna anbud fick tillgång till förfrågningsunderlag och övriga anbudshandlingar den 25 april 2014. Anbud skulle ges in senast den 26 maj 2014, vilket senare kom att förlängas till den 30 maj 2014.

Infratek anför bl.a. följande gällande anbudstidens längd. Anbudstiden har inte varit tillräcklig för att det skulle vara möjligt att utarbета anbud. Förfrågningsunderlaget omfattar närmare 500 sidor och kräver bl.a. att leverantören ska skaffa sig kännedom om 22 000 geografiska platser. På grund av upphandlingens komplicerade natur och de många otydligheterna i förfrågningsunderlaget ställde anbudsgivarna under anbudstiden närmare 90 frågor. Totalt upptar dessa frågor och svar 27 sidor. De sista frågorna (som besvarades) besvarades den 22 maj 2014. Anbudsgivarna har inte getts en rimlig möjlighet att analysera och bedöma förutsättningarna för de tjänster som har varit föremål för upphandlingen eller att lämna konkurrenskraftiga anbud. I en annan myndighets upphandling av motsvarande tjänster ges anbudsgivarna mer än dubbelt så lång tid på sig att utarbета ett anbud jämfört med Fortums upphandling, trots att den andra upphandlingen är mindre omfattande.

När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande enheten ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantörer kan antas behöva för att utarbета anbudet. Dock ska tidsfristerna i 8 kap. LUF iaktas (8 kap. 1 § LUF).

Tidsfristen för att komma in med anbud får anges till den tid som har överenskommit mellan den upphandlande enheten och de anbudssökande som utvalts av enheten, under förutsättning att alla anbudssökande får

samma tid för att lämna anbud. Om en sådan överenskommelse inte har kunnat uppnås, bör tidsfristen vara minst 24 dagar och inte i något fall kortare än 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till samtliga anbudssökande (8 kap. 4 § LUF).

Förvaltningsrätten konstaterar att tidsfristen i den aktuella upphandlingen för att komma in med anbud från det att anbudshandlingarna tillhandahölls de presumtiva anbudsgivarna har omfattat 36 dagar. Tiden har därmed varit betydligt längre än den rekommenderade minimitid som anges i 8 kap. 4 § LUF. Fortum har bl.a. anfört att Infratek varken har ställt några frågor under Frågor & Svar-förfarandet avseende anbudstidens längd eller tagit upp frågan med Fortum under de förhandlingar som skett. Fortum anför vidare att fyra av sex anbudsgivare kom in med sina anbud två dagar innan anbudstiden gick ut samt att samtliga anbudsgivare gav in fullständiga och kravuppfyllande anbud inom anbudstiden. Avseende de 22 000 geografiska platser som upphandlingen rör, konstaterar förvaltningsrätten att det, såsom Fortum har anfört, i förfrågningsunderlaget anges att leverantören ska ha kännedom om anläggningsplatsen såväl före som under tiden för anläggningens uppförande. Det har således inte varit ett krav att anbudsgivarna ska ha kännedom om platserna redan när anbud lämnas. Även med beaktande av vad Infratek har anfört om att kännedom om de verkliga förhållandena är en absolut förutsättning för att kunna arbeta fram ett konkurrenskraftigt anbud som bygger på realistiska bedömningar, anser förvaltningsrätten att det stora antalet geografiska platser som berörs, inte i sig innebär att anbudstiden kan anses oskäligt kort. Infratek har vidare pekat på antalet frågor som ställts i Frågor & Svar och det antal sidor som förfrågningsunderlaget omfattar som faktorer som innebär att upphandlingen ska anses alltför komplicerad i förhållande till den anbudstid som gäller. Förvaltningsrätten anser dock inte att det som bolaget har anfört i detta avseende utgör skäl att dra denna slutsats vad gäller

anbudstidens längd. Inte heller vad Infratek i övrigt har anfört vad gäller upphandlingens komplexitet innebär enligt förvaltningsrättens mening att anbudstiden ska anses ha varit så kort att den utgör anledning att besluta om ingripande med stöd av LUF.

Förfrågningsunderlaget

Infratek har vidare uppgett att förfrågningsunderlaget i stora delar har varit otydligt.

Infratek anför att det stora antal kompletterande frågor som har ställs under anbudstiden, närmare 90 stycken, är en indikation på att förfrågningsunderlaget har varit otydligt och att ett entydigt förfrågningsunderlag inte hade genererat en sådan mängd frågor. Förvaltningsrätten anser inte att det finns skäl att dra en sådan slutsats och anser inte att mängden frågor i sig innebär att förfrågningsunderlaget har varit oklart till den grad att det finns skäl för rätten att besluta om ingripande.

Infratek uppger också att upphandlingens administrativa föreskrifter, AFC.471, innehåller en hänvisning till de allmänna bestämmelserna med beteckningen ABT 06, trots att dessa bestämmelser reglerar en annan typ av entreprenad än vad som avses med aktuell upphandling och trots att det på annan plats i förfrågningsunderlaget anges att de allmänna bestämmelserna med beteckningen AB 04 ingår i förfrågningsunderlaget och utgör kontraktshandling. Infratek pekar även på att en hänvisning till ABT 06 finns i de administrativa föreskrifterna AFC.53. Fortum anför att dessa två hänvisningar till bestämmelser i ABT 06 som gäller ansvar mot tredje man respektive garantitid har skett av misstag men helt saknar betydelse för anbudsgivarna. Den bestämmelse i ABT 06 som hänvisas till i AFC.53 har exakt samma lydelse som motsvarande bestämmelse i AB 04

och den bestämmelse som hänvisas till i AFC.471 är i princip likalydande med motsvarande bestämmelse i AB 04 och därutöver har det klargjorts i Frågor & Svar att en justerad garantitid gäller för material och varor, dvs. fem år istället för de två år som gäller enligt AB 04 likväl som ABT 06. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 slagit fast att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Förvaltningsrätten anser att det inte är visat att förfrågningsunderlagets hänvisningar till fel bestämmelser har haft sådana konsekvenser för anbudsgivarna att det finns grund för ingripande enligt LUF.

Infratek uppger dessutom att den exakta omfattningen av leverantörens åtagande inte klart framgår av förfrågningsunderlaget, bl.a. avseende kravet på att tillsammans med beställaren sätta upp en integrerad IT-lösning, varvid parterna ska bära sina egna kostnader. Infratek anför bl.a. följande. Eftersom kraven på denna IT-lösning är oklara är det omöjligt för anbudsgivaren att bedöma kostnaderna för denna lösning, inte minst mot bakgrund av den korta anbudstiden. Det är också oklart hur arbetet med att sätta upp lösningen ska fördelas. Fördelningen av arbetet är helt avgörande för vilka "egna" kostnader entreprenören ska stå för. Infratek har enligt förvaltningsrättens mening beskrivit problemen med förfrågningsunderlaget i detta avseende på ett sätt som är allt för allmänt hållet för att styrka en otydlighet som ger anledning till ingripande enligt LUF. Förvaltningsrätten anser därför att det inte är visat att förfrågningsunderlaget är behäftat med sådana fel i detta avseende att det finns anledning att besluta om ingripande enligt LUF.

Vidare anför Infratek att hänvisningen i förfrågningsunderlagets AFC.113 till AB 04, 1 kap. 6 § tredje stycket måste vara en felhänvisning och att Fortum istället avsåg att hänvisa till AB 04, 1 kap. 7 §. Fortum anför att

hänvisningen, som den är i AFC.113, är riktig. Förvaltningsrätten finner att Infratek inte har visat att det skulle vara fråga om en felaktighet som utgör grund för ingripande enligt LUF.

Infratek har även kritiserat den omständigheten att Fortum besvarade en begäran om förtydligande av bestämmelsen AFC.21 från en leverantör med kommentaren, ”Beställaren ser ingen anledning att ytterligare förtydliga AFC.21”. Infratek lyfter även upp en begäran om förtydligande av AFC.58 som framställts av en leverantör och anför att detta är ett exempel på vilka svårigheter leverantörerna har att tolka förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten anser att i den mån det skulle vara fråga om otydligheter i förfrågningsunderlaget i dessa avseenden, har Infratek inte visat på vilket sätt dessa otydligheter skulle strida mot de grundläggande principerna för upphandling enligt LUF.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Infratek inte har visat att det har funnits otydligheter eller felaktigheter i förfrågningsunderlaget som innebär att upphandlingen har genomförts i strid med LUF.

Utvärderingen av anbuden

Infratek anför bl.a. följande gällande utvärderingen av anbuden. Det är otydligt hur anbuden kommer att utvärderas. Enligt vad som redovisas i förfrågningsunderlaget ska ”företagsegenskaper” poängsättas utifrån hur anbudsgivaren besvarar vissa frågor. Vilka företagsegenskaper som premieras i utvärderingen framgår dock inte. Därtill kan ifrågasättas om inte fråga i stor utsträckning är om kvalificeringskriterier. Sådana kriterier ska inte beaktas i utvärderingen. Av utvärderingsmodellen framgår att de entreprenörer som placerar sig på plats 1-4 i utvärderingen steg 1 kommer att få delta i slutförhandling i steg 2. Infratek har i steg 1 placerat sig som nummer 3 men har inte uppfattat att de deltagit i någon slutförhandling i

steg 2. Av förfrågningsunderlagets AFB.31 framgår att reservationer får göras av anbudsgivaren. Detta innebär att vad som utvärderas i steg 2 kan avvika från förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att avgivna anbud inte kan jämföras utifrån anbudspris eftersom den antagna entreprenörens åtagande kan vara väsentligt mindre än exempelvis vad Infratek erbjuder. Utvärderingsmodellen kan betecknas som att Fortum har fått fri prövningsrätt. Exakt vad som tillmätts betydelse vid steg 2 går inte att utläsa, eftersom det antagna anbudet är en kombination av reservationer och pris. Härigenom har utvärderingsmodellen brustit avseende både förutsebarhet och insyn.

Fortum anför bl.a. följande. Utvärderingsmodellen är tydligt angiven i förfrågningsunderlaget. Även utvärderingskriterierna avseende företagsegenskaper och dess relativa vikt framgår av förfrågningsunderlaget. Infratek har deltagit i slutförhandling den 5 juni 2014, vilket protokollförts av Fortum. Det har varit möjligt att uppställa reservationer mot krav som inte utgjort obligatoriska krav. Anbudsgivarna satte själva pris på reservationerna och dessa har därefter varit föremål för förhandling. En reservation som accepteras medför att anbudspriset räknas upp med kostnaden för reservationen. Fri prövningsrätt har inte förelegat och alla anbudsgivare har bedömts på ett likvärdigt sätt i enlighet med utvärderingsmodellen.

Av praxis framgår att potentiella anbudsgivare, innan de utformar sina anbud, ska underrättas om de upphandlingskriterier som anbudet måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. Upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas – under förutsättningen att utvärderingen kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3014-09). Högsta förvaltningsdomstolen har i

RÅ 2002 ref. 50 slagit fast att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade att ett förfrågningsunderlag ska 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 rättvisade resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Den utvärderingsmodell som har använts i upphandlingen beskrivs i förfrågningsunderlagets AFB.53. I denna punkt anges att anbuden kommer att prövas i två steg. I steg 1 görs en utvärdering av företagsegenskaper och anbudspris och därefter genomförs förhandlingar om pris och avtalsvillkor med de 1-4 entreprenörer som placerat sig bäst i utvärderingen i steg 1. Av AFB.53 framgår vidare att "företagsegenskaper" vid utvärderingen delas in i fyra grupper, nämligen "Teknisk kompetens och erfarenhet", "Produktionsstyrningssystem och EHS", "Logistik och lager" samt "Acceptans av förfrågningsunderlaget". Vidare anges med procentsatser vilken viktning som kommer att göras mellan frågeområdena. Förvaltningsrätten saknar anledning ifrågasätta Fortums uppgift att Infratek har varit bland de anbudsgivare som kvalificerats i steg 1 och därmed deltagit i förhandling i enlighet med vad som förskrivits i förfrågningsunderlaget avseende steg 2. Förvaltningsrätten bedömer därför att Infratek inte kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada på grund av eventuella brister i den del som benämns

steg 1. Anbudsgivarna har i steg 2 haft möjlighet att göra reservationer och själva ge förslag på hur mycket reservationerna ska anses motsvara i pris, vilket sedan har blivit föremål för förhandling med Fortum. Det framgår av AFB.31 att reservationer inte får göras avseende s.k. ska-krav (obligatoriska krav). Såsom Infratek har anfört innebär utvärderingsmodellen att avgivna anbud inte kan jämföras utifrån anbudspris eftersom den antagna entreprenörens åtagande kan vara väsentligt mindre än exempelvis vad Infratek erbjuder. Förvaltningsrätten anser emellertid inte att denna omständighet innebär att utvärderingsmodellen står i strid med LUF. Förvaltningsrätten bedömer att förfrågningsunderlaget innehåller en sådan redovisning av hur utvärderingen kommer att gå till, att lagens krav på öppenhet (transparens) får anses uppfyllt. Förvaltningsrätten konstaterar att den förhandling om reservationernas värde som äger rum i steg 2 innebär ett visst bedömningsutrymme för Fortum. Enligt förvaltningsrättens mening kan detta dock inte anses innebära att kraven att behandla anbudsgivare på ett öppet och likvärdigt sätt har åsidosatts. Det har inte heller framkommit något som visar att Fortum vid någon specifik bedömning har åsidosatt dessa krav. Enligt förvaltningsrättens mening är det därmed inte visat att Fortums utvärdering av anbuden strider mot LUF eller någon av de grundläggande principer som i övrigt gäller för upphandlingar som genomförs i enlighet med denna lag.

Felaktig datering av tilldelningsbeslutet

Infratek har uppgett att dateringen av tilldelningsbeslutet har varit felaktig och anför bl.a. följande i denna del. Tilldelningsbeslutet är daterat den 16 juni 2014. En av namnteckningarna är dock daterad den 1 juni 2014. Då var inte ens förhandlingarna med anbudsgivarna avseende priset avslutade. Fortum verkar med andra ord ha bestämt sig för den anbudsgivare som antagits redan innan anbudsutvärderingen var klar.

Fortum anför att dateringen vid en av underskrifterna av förbiseende kommit att bli felaktig och att båda underskrifterna gjorts den 16 juni 2014.

Enligt förvaltningsrättens mening kan inte dateringen av underskriften anses innebära att Fortum har brutit mot LUF. Det som Infratek har anfört i detta avseende föranleder således inte något ingripande från förvaltningsrätten.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte är visat att Fortum i den aktuella upphandlingen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF. Det finns därmed inte skäl för förvaltningsrätten att besluta om ingripande enligt LUF. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Susanne Bagge

Rådman

Elisabeth Kornfeldt har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.