



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**

Ann Liljedal

DOM
2017-05-15
Meddelad i Falun

Mål nr
823-17

SÖKANDE

eu-supply Holding AB, 556612-8160

Ombud: Advokat Magnus Stålmarker
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

MOTPART

Trafikverket

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck och jur kand. Sofia Thelin
Mannheimer Swartling
Norrandsgatan 21
111 87 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-05-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 190596

Postadress

Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress

Kullen 4

Telefon

023-383 00 00

E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax

023-383 00 80

Expeditionstid

måndag-fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför upphandling av tjänster i form av upphandlingssystem för myndigheten (CTM id:139797) genom förhandlat förfarande enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Sista anbudsdag var den 27 oktober 2016. Tilldelningsbeslut fattades den 16 februari 2017 varvid Primona AB (Primona) antogs som leverantör. Anbudet från European Dynamics Luxembourg SA (European Dynamics) placerades på andra plats i utvärderingen. Av upphandlingsprotokollet framgår att prövning av EU-Supply Holding AB:s anbud inte slutfördes på grund av anbudets anbudssumma.

YRKANDEN M.M.

eu-supply Holding AB (EU-Supply) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsprövning genomförs vid vilken Trafikverket bortser från anbuden från Primona AB och European Dynamics Luxembourg SA. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada på grund av Trafikverkets agerande.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har upphört att gälla med verkan från och med den 1 januari 2017 och har såvitt nu är av intresse i detta mål ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till 2016 års lag ska dock 2007 års lag alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad EU-Supply anfört är visat att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att EU-Supply lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter 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. 9 § LOU).

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår i Anbudsbilaga A3 Kravspecifikation punkt 4. 2 att det ska vara kostnadsfritt för en anbudsgivare att använda upphandlingssystemet.

I förfrågningsunderlaget är avtalet bilagerat. Under punkten 13 Immateriella rättigheter i avtalet stadgas följande under rubriken 13.1 Trafikverkets Material.

13.1.1. Trafikverket ska vara ensam ägare till all upphovsrätt och övriga rättigheter i Trafikverkets Material.

13.1.2. Trafikverket upplåter till Leverantören en icke exklusiv, icke överlåtbar rätt att under Avtalstiden nyttja Trafikverkets Material enbart i syfte att tillhandahålla Tjänsterna. Leverantören får inte, utan Trafikverkets skriftliga medgivande, vidarelicensiera denna rätt eller på annat sätt låta annan nyttja Trafikverkets Material. Användning eller åtgärder utöver vad som uttryckligen anges ovan är otillåten. Leverantören ska upphöra med all användning av Trafikverkets Material vid upphörandet av Avtalet. Leverantören äger dock rätt att med tillämpning av begränsningarna i denna punkt tillåta underleverantörer som godkänts av Trafikverket nyttja Trafikverkets Material.

I Kompletterande föreskrift nr 4 har Trafikverket kompletterat förfrågningsunderlaget med bland annat följande uppgifter.

Nr 14

Fråga: Avtalet 13.1.1 och 13.1.2, för förutsägbarhet och likabehandling, kan Trafikverket klargöra om Leverantör får sälja Trafikverkets upp-

handlinsannonser (och/eller upphandlingsunderlag) direkt eller indirekt till tredjeparter mot avgift (t.ex. med explicit eller implicit avgift per annons)? Vi förstår att det finns en marknad där annonser köps och säljs till ett marknadspris på flera hundra kronor styck.

Svar: För att få ut ett förfrågningsunderlag måste leverantörer registrera sig i upphandlingssystemet. I övrigt går det att begära ut förfrågningsunderlag från Trafikverket enligt offentlighetsprincipen.

Vad parterna anför

EU-Supply anför i huvudsak följande. Bolaget är befintlig leverantör och har därigenom god kännedom om omfattningen av de tjänster som Trafikverket nu upphandlar. Primona och European Dynamics har offererat onormalt låga priser i förhållande till de tjänster som nu upphandlas. Primona och European Dynamics anbud uppfyller inte de obligatoriska kraven. Förfrågningsunderlaget är otydligt på flera sätt. Bland annat innehåller förfrågningsunderlaget väsentliga oklarheter rörande förutsättningarna för prissättning. Pris är den i anbuden kanske mest centrala parametern. För att leverantörerna ska kunna kalkylera vilket pris som kan offereras är det av betydelse att veta dels vilka kostnader som tillhandahållandet av aktuella tjänster medför, dels vilka intäkter som leverantören kan räkna med under avtalsperioden. De intäkter som leverantören kan kalkylera med utgörs inte bara av den ersättning som den upphandlande myndigheten betalar till leverantören för tillhandahållandet av de upphandlade tjänsterna, utan dessutom av de sidointäkter som leverantören kan erhålla genom tillhandahållandet av sidotjänster som möjliggörs av att vara leverantör av upphandlingssystem för en så stor aktör på upphandlingsområdet som Trafikverket. Leverantörerna som säljer upphandlingssystem till upphandlande myndigheter har en produkt som ska hjälpa myndigheter att upphandla. Upphandlingssystemet skapar för varje upphandling en upphandlingsannons. Den annonsen är visserligen offentlig men den leverantör vars system den upphandlande myndigheten använder förfogar över den och kan tillhandahålla den betydligt enklare och mer systematiskt till utomstående. Bevakningsföretag köper kopior på dessa källannonser från leverantören av aktuellt upphandlingssystem för 250-500 kronor per upphandlingsannons. Informationen och un-

derlagen utnyttjas sedan typiskt som informationsunderlag för betalbar automatisk varsel tjänst till ekonomiska operatörer. Trafikverkets annonser utgör en betydande del av den svenska marknadens annonser och en varsel tjänst utan Trafikverkets annonser skulle inte uppfattas som komplett. Även om annonserna finns tillgängliga hos respektive upphandlande myndighet utan kostnad finns det ett stort mervärde i aggregeringen av annonser i marknaden inklusive Trafikverkets annonser. Detta gäller särskilt i Sverige där det inte finns någon nationell upphandlingsdatabas där anbudsgivare och intressenter kan vara säkra på att hitta alla annonserade upphandlingar under EU:s tröskelvärden och där de gratis kan få direkt åtkomst till upphandlingsunderlagen. Det finns även stor potential att sälja sidotjänster och göra affärer på ekonomiska operatörer som registreras i en lösning. För flera av leverantörerna av upphandlingssystem på den svenska marknaden är just de olika sidointäkterna på annonsinformation och leverantörsinformation större än intäkterna från den upphandlande myndigheten för själva tjänsten att tillhandahålla upphandlingssystemet. Exempelvis torde merparten av system som Primona och European Dynamics licensierar vara inköps-, avrops- och fakturahanteringssystem och andra liknande system som inte utgör ”upphandlingssystem” där merparten av intäkterna genereras genom fakturering av leverantörer/anbudsgivare. Varje registrerad anbudsgivare har då ett mervärde för att få dem att teckna olika tillkommande tjänster. Om en leverantör av ett upphandlingssystem till en upphandlande myndighet vet att ett tilldelat kontrakt inte bara kommer att generera intäkter från den upphandlande myndigheten i form av ersättning för tillhandahållandet av upphandlingssystemet, utan dessutom betydande sidointäkter av försäljning av annonser, så är detta uppenbarligen en faktor som har mycket stor betydelse för det pris som leverantören är villigt att offerera i upphandlingen av upphandlingssystemet. Om leverantören kan räkna med sådana sidointäkter så kan priset på den offererade tjänsten i upphandlingen sättas betydligt lägre än om intäkterna enbart skulle komma från den upphandlande myndigheten. Prissättning av upphandlingssystem blir mindre avgörande i sammanhanget

och leverantörer kan offerera ett lågt pris till upphandlande myndighet med kännedom eller kalkyl om betydligt större intäkter från anbudsgivarna som registrerar sig eller upphandlingsannonserna som går genom systemet och som då kan säljas till utomstående parter. Det är i aktuellt fall fråga om en mycket omfattande volym som ska hanteras genom det upphandlingssystem som nu är föremål för upphandling.

EU-Supply har vidare anfört följande. Det har avgörande betydelse för offererat pris om Trafikverket tillåter handel med annonserna i upphandlingssystemet eller inte. Det är inte fråga om huruvida förfrågningsunderlaget är ”optimalt utformat”, utan det är av väsentlig betydelse för anbudsgivarnas prissättning att veta förutsättningarna och möjlighet att eventuellt generera miljonbelopp i intäkter på ”sidoaffärer” genom avtalet med Trafikverket. Förfrågningsunderlaget bidrar emellertid inte till något som helst klagörande av den här avgörande förutsättningen. Det enda som anges i punkten 4.2 i kravspecifikationen är att det ska vara kostnadsfritt för en anbudsgivare att använda upphandlingssystemet. I syfte att försöka klarlägga förhållandena har EU-Supply ställt frågor till Trafikverket inom ramen för frågor och svar i upphandlingen, men utan att ha erhållit något klagörande besked. Som framgår av Trafikverkets svar på frågan så besvaras överhuvudtaget inte den ställda frågan. Frågan om handel med annonser tar inte sikte på att någon leverantör eller annan begär att få ut dokumentation från Trafikverket, som är den situation som verket behandlar i sitt ”svar” på frågan, utan om leverantören av själva upphandlingssystemet får bedriva annonserhandel eller om sådan handel inte är tillåten. Inte heller Trafikverkets svar på övriga frågor ger någon vägledning. Det framstår som högst oklart om Trafikverket tillåter att leverantören av upphandlingssystemet säljer annonser eller om Trafikverket inte tillåter sådan handel. För att ta det säkra före det osäkra valde EU-Supply att offerera ett pris i upphandlingen med utgångspunkten att Trafikverket inte tillåter handel med annonser. Dock framstår det som att både Primona och European Dynamics har offererat pris med precis mot-

satta förutsättningar, d.v.s. att Trafikverket tillåter handel med annonser eller merförsäljning på leverantörer som registrerar sig i tjänsten. Även andra anbudsgivare i upphandlingen och potentiella anbudsgivare som kanske valde att inte lämna anbud på grund av den osäkerhet som råder gällande den centrala frågan om det är tillåtet med handel med annonser, har påverkats på motsvarande sätt genom att det inte har stått klart för dem heller vad som verkligen gäller i detta avseende.

Trafikverket anför i huvudsak följande. Under upphandlingen har Trafikverket saknat skäl att ifrågasätta Primona respektive European Dynamics anbud så som onormalt låga. Anbuderna har framstått som marknadsmässiga utifrån vad bolagen erbjudit och med beaktande av föremålet för upphandlingen. Det föreligger inte någon skyldighet för upphandlande myndigheter att förkasta anbud ens om de kan anses onormalt låga. Primona och European Dynamics anbud uppfyller samtliga ska-krav. Förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt. Vad gäller handel med annonser ställer förfrågningsunderlaget varken krav på eller förhindrar så kallad annonshandel. Det är således upp till leverantören om denne under avtalstiden vill sälja upphandlingsannonser till bevakningsföretag eller inte. Det är en fråga som ankommer på leverantören i fråga att ta ställning till och inte något som Trafikverket väljer att tillåta eller inte. Av det skälet finns inte heller något krav avseende detta i förfrågningsunderlaget. I upphandlingen har endast krav ställts som motiveras av föremålet för upphandlingen. Så har till exempel kravet i punkt 4.2 anbudsbilaga A3 Kravspecifikation på att det ska vara kostnadsfritt för anbudsgivare att använda upphandlingssystemet uppställts bland annat med hänsyn till de krav som ställs i nya upphandlingsreglerna på att anbudsgivare ska kunna ta del av upphandlingsdokumenten kostnadsfritt. De frågor och svar som EU-Supply hänvisar till kan inte uppfattas som att Trafikverket försökt reglera annonsförsäljning eller att förfrågningsunderlaget skulle innehålla någon otydlighet av betydelse för anbudsgivarna. De aktuella frågorna och svaren rör det villkor i 13.1.1–13.1.2 i avtalet som

Trafikverket avser att ingå med tilldelad leverantör. Villkoren avser immateriella rättigheter och skyddar visst material som Trafikverket kommer att ge tillgång till i upphandlingssystemet. Villkoren hindrar inte att leverantören säljer uppgifter från till exempel de annonser som kommer att publiceras i upphandlingssystemet. Redan av villkoren i avtalet är det klart att syftet med dessa inte är att reglera handel med annonser utan att skydda Trafikverkets material. De frågor och svar som EU-Supply hänvisar till kan sammantaget inte uppfattas som att Trafikverket försökt reglera annonsförsäljning eller att förfrågningsunderlaget skulle innehålla någon otydlighet av betydelse för anbudsgivarna i upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

När en anbudsgivare som i förevarande fall gör gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör förvaltningsrätten i första hand pröva de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 29 augusti 2012 i mål nr 1225-12). EU-Supply har fört fram flera invändningar som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och förvaltningsrätten finner det lämpligt att inledningsvis pröva om förutsättningarna för att lämna anbudspris är tillräckligt tydligt beskrivet i förfrågningsunderlaget för att en normalt omsorgsfull leverantör ska kunna lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt.

EU-Supply anför att förfrågningsunderlaget är otydligt vad gäller frågan om Trafikverket tillåter handel med annonser eller inte, och att denna otydlighet har påverkat möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Trafikverket invänder att förfrågningsunderlaget varken ställer krav på eller förhindrar annonshandel, det är en fråga som ankommer på leverantören i fråga att ta ställning till och inte något som Trafikverket väljer att tillåta eller inte. Av förfrågningsunderlaget framgår att det ska vara kostnadsfritt för en anbudsgivare att använda upphandlingssystemet. Av avtalsvillkoren framgår att Trafikverket förbehåller sig immateriella rättigheter enligt närmare specifi-

cerade villkor. Av frågor och svar framgår att anbudsgivare önskar få klarlagt om leverantör får sälja Trafikverkets upphandlingsannonser direkt eller indirekt till tredje part mot avgift. Vidare framgår att Trafikverket därvid svarat att för att få ut ett förfrågningsunderlag måste leverantörer registrera sig i upphandlingssystemet, i övrigt går det att begära ut förfrågningsunderlag från Trafikverket enligt offentlighetsprincipen.

Mot bakgrund av vad EU-Supply anför om annonshandel och dess påverkan på anbudspris, uppgifter Trafikverket i målet inte invänt mot, finner förvaltningsrätten att information om huruvida handel med annonser är tillåten eller inte, är avgörande för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbudspris i upphandlingen. Det klagande som Trafikverket gör i fråga nr 14 finner inte förvaltningsrätten tillräckligt för att en normalt omsorgsfull leverantör ska förstå under vilka förutsättningar anbudspris ska räknas fram. Förfrågningsunderlaget är inte så klart och tydligt utformat som de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU förutsätter. Såsom EU-Supply har anfört kan en eventuell sidoförsäljning påverka priset på ett avgörande sätt. Det framstår som sannolikt att EU-Supply hade utformat sitt erbjudande på ett annat sätt om bolaget fått klar och tydlig information om Trafikverket tillät annonshandel eller inte. Bristen i förfrågningsunderlaget kan därför sägas ha medfört en risk för att EU-Supply kunnat komma att lida skada. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva de övriga grunder för ingripande enligt LOU som EU-Supply har gjort gällande.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1C LOU).

Eva Karlsson Helghe
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.