



SÖKANDE

Draka Kabel Sverige AB, 556556-2104

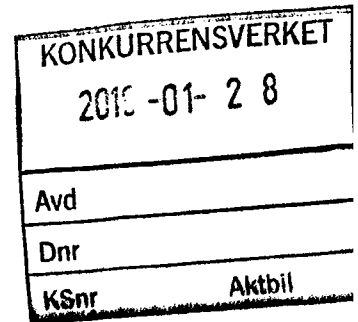
Ombud: Maria Thorstensson
c/o Nordbro AB
Södra Järnvägsgatan 5
352 34 Växjö

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Trafikverket genomför, genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, en upphandling av metallkabel (ärendenummer 153739). Trafikverket meddelade den 12 november 2018 att Nexans Sweden AB (Nexans) antagits som leverantör i produktgrupperna ”Kraftkabel” och ”Styr- och telekabel”. Av utvärderingsprotokollet kan utläsas att anbudet från Draka Kabel Sverige AB diskvalificerades från vidare utvärdering till följd av att anbudet bedömdes innehålla reservationer i förhållande till förfrågningsunderlaget på ett flertal punkter.

Draka Kabel Sverige AB (Draka Kabel) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Draka Kabel anför till stöd för sin ansökan bl.a. följande. Nexans uppfyller inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingsdokumenten. I samband med anbudsutvärderingen begärde Trafikverket en komplettering från Nexans avseende blanketten ”Uteslutning av anbudsgivare”. Blanketten fanns inte bifogad i Nexans ursprungliga anbud, vilket var ett obligatoriskt krav enligt AKB.31 och AKB.519. Nexans har inkommit med nya uppgifter i anbudet och kompletteringen är således oförenlig med LUF och strider mot principerna om likabehandling och öppenhet. Den efterfrågade blanketten utgör inte ett sådant kompletterande dokument som Trafikverket kan begära enligt 15 kap. 4 § LOU. Inte heller i AKB.5 anges att den aktuella blanketten kan utgöra ett sådant bevis.

Trafikverket har dessutom inte gett samtliga anbudsgivare samma möjlighet till komplettering och förtydligande av anbud. Bolaget tillfrågades inte för egen del med anledning av de påstådda reservationerna i anbudet huruvida de kommersiella villkoren accepteras, utan diskvalificerades utan närmare

dialog. Trafikverkets begäran om komplettering från Nexans har gynnat Nexans på ett otillbörligt sätt. För det fall Draka Kabel hade fått samma möjlighet att komplettera anbudet hade bolaget vunnit upphandlingen.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Nexans uppfyller samtliga obligatoriska krav och har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga priset. Nexans har därför rätteligen tilldelats kontraktet. Påståendet om att Nexans har gjort en otillåten komplettering är direkt felaktigt. Av AKB.5 framgår att anbudsgivare, istället för att inge begärda intyg och andra skriftliga bevis med anbudet, får lämna en egen försäkran om att det inte finns skäl att utesluta anbudsgivaren från deltagande i upphandlingen samt att anbudsgivaren uppfyller angivna kvalificeringskrav (ESPD). Av 15 kap. 1 § p. 1 LOU, vilket den upphandlande enheten enligt 14 kap. 3 § LUF ska tillämpa, framgår att en leverantör som lämnar anbud får lämna en egen försäkran (ESPD) om att det inte finns grund för uteslutning. En upphandlande enhet måste enligt gällande lagstiftning godta en sådan försäkran. Anbudsgivaren kan alltså uppfylla kravet i AKB.519 genom att lämna in blankett om uteslutningsgrunder eller genom att lämna in en ESPD. Nexans har lämnat in en ESPD med anbudet den 24 september 2018 och uppfyller därmed det obligatoriska kravet i AKB.519 innan anbudstidens utgång.

Nexans inkom den 26 oktober 2018 med blanketten ”Utredning avseende uteslutningsgrunder”. Enligt 15 kap. 4 § LOU, vilken enligt 14 kap. 3 § LUF är tillämplig, ska den leverantör som den upphandlande myndigheten avser att tilldela kontraktet lämna kompletterande dokument om bl.a. uteslutning. En sådan begäran ska göras innan den upphandlande myndigheten beslutar att tilldela ett kontrakt. Bestämmelserna blir således tillämpliga om anbudsgivaren använt sig av möjligheten att lämna en ESPD, vilket Nexans gjort. En sådan kompletterande blankett om uteslutning behöver inte lämnas in innan anbudstidens utgång om anbudsgivaren använt sig av ESPD. Det är

först efter anbudstidens utgång som Trafikverket gör utvärdering och kan avgöra vem av anbudsgivarna som man avser att tilldela kontraktet och som därför träffas av skyldigheten att lämna ytterligare bevis och uppgifter.

Draka Kabels anbud förkastades på grund av ett flertal otillåtna reservationer i anbudet. Draka Kabel har exempelvis ändrat villkoren i standardavtalet ABM 07 genom att ändra nivåer för vitet, ersättning för försening av varan och garantitider. Bolaget har vidare reserverat sig mot egna lämnade priser och att kapningsavgiften måste ingå i lämnat pris, vilket är ett obligatoriskt krav enligt ramavtalet. Reservationerna är så omfattande att det inte varit möjligt att begära någon komplettering från bolaget utan att bryta mot likabehandlingsprincipen och AKB.3. Draka Kabel har således inte lidit eller riskerat att lida någon skada till följd av de påstådda bristerna i Nexans anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av det Draka Kabel anfört är visat att Trafikverket 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 (20 kap. 6 § 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 (4 kap. 1 § LUF).

Av utredningen i målet framgår att Draka Kabels anbud har förkastats till följd av att anbudet bedömts innehålla ett flertal reservationer i förhållande till upphandlingsdokumenten, bl.a. vad avser obligatoriska krav och kontraktsvillkor. Trafikverket har i förvaltningsrätten närmare pekat på vad några av dessa reservationer består i. Draka Kabel har inte motsagt

Trafikverkets uppgifter i sig och har inte heller presenterat någon utredning som visar på motsatsen i denna del, men har däremot argumenterat för att Trafikverket borde ha tillåtit bolaget att komplettera och förtydliga sitt anbud. Vid dessa förhållanden och då den fakultativa bestämmelsen i 4 kap. 8 § LUF inte innebär någon generell rätt för anbudsgivare att komplettera eller förtydliga anbud efter anbudstidens utgång, finner förvaltningsrätten att Trafikverket haft fog för sin bedömning att Draka Kabels anbud innehåller otillåtna reservationer och att Trafikverket förfarit korrekt då man diskvalificerat anbudet.

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt sett inte att lida skada av att upphandlande enhet inte har beaktat att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Av upphandlingsdokumenten framgår att den aktuella upphandlingen omfattar produktgrupperna "Kraftkabel" respektive "Styr- och telekabel" samt att Trafikverkets syfte är att teckna avtal med en anbudsgivare per produktgrupp (AKB.15). I målet har framkommit att Draka Kabel och Nexans var de enda två leverantörer som lämnade anbud i produktområdet "Styr- och telekabel", varför Draka Kabel kan anses ha lidit skada om även det enda kvarvarande anbudet borde ha förkastats. Förvaltningsrätten har därför att pröva de invändningar som Draka Kabel riktat mot Nexans anbud och mot Trafikverkets förfarande vid bedömningen av det anbudet.

I AKB.519 (Uteslutningsgrunder) anges bl.a. att beställaren kommer att kontrollera om anbudsgivaren ska uteslutas från att delta i upphandlingen och att anbudsgivaren ska fylla i och underteckna en blankett, "Utredning avseende uteslutningsgrunder", samt ge in den med anbudet för beställarens kontroll.

I målet är klarlagt att Nexans har lämnat in en egen försäkran (European Single Procurement Document; s.k. ESPD) tillsammans med sitt anbud samt

att bolaget den 26 oktober 2018, dvs. efter sista anbudsdag, inkommit med blanketten ”Utredning avseende uteslutningsgrunder”. Förvaltningsrätten uppfattar att det är denna blankett som Draka Kabel åsyftar i sin ansökan om överprövning och där benämner ”Uteslutning av anbudsgivare”.

Den förevarande upphandlingen sker enligt de bestämmelser i LUF som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet. Trafikverket har därmed, enligt 14 kap. 3 § LUF, att tillämpa 15 kap. 1-13 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, när man kontrollerar om en leverantör ska uteslutas med stöd av 13 kap. 1-4 §§ LUF. Av 15 kap. 1 § p. 1 LOU följer att en leverantör som lämnar anbud får lämna en egen försäkran (ESPD) om att det inte finns grund för uteslutning. Leverantörers lagstadgade möjlighet att lämna en egen försäkran har i förevarande fall kommit till uttryck genom vad som föreskrivs i AKB.5 i upphandlingsdokumenten. I den nämnda föreskriften står bl.a. att anbudsgivare, istället för att inge begärda intyg och andra skriftliga bevis med anbudet, får lämna en egen försäkran om att det inte finns skäl att utesluta anbudsgivaren från deltagande i upphandlingen. I AKB.5 anges vidare bl.a. att anbudsgivaren på köparens begäran ska komplettera sin försäkran med efterfrågade intyg och andra skriftliga bevis och i vilka situationer som anbudsgivaren inte är skyldig att lämna in kompletterande dokument. Dessa föreskrifter korresponderar således med vad som gäller enligt 15 kap. 3-5 §§ LOU. Förvaltningsrätten noterar att det i blanketten ”Utredning avseende uteslutningsgrunder” uttryckligen anges att om leverantören istället lämnar in en egen försäkran (ESPD) behöver utredningen endast lämnas in om beställaren begär det samt att de frågor i blanketten som avser de frivilliga uteslutningsgrunderna i 13 kap. 4 § 1 och 3-9 LUF inte behöver besvaras om leverantören istället lämnar in en ESPD.

I 15 kap. 7-9 §§ LOU anges vilka bevis som en upphandlande myndighet får begära att en leverantör ska lämna in för att visa att det inte finns skäl för uteslutning enligt 13 kap. 1 och 2 §§ samt 3 § 2 LOU. Av 15 kap. 9 § följer

att de dokument som avses i 7 eller 8 §§ i vissa fall får ersättas av en utsaga som leverantören har lämnat på heder och samvete inför ett behörigt organ eller av en liknande försäkran (jfr Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 5 [2017] ”ESPD-systemet”).

Mot bakgrund av vad som följer av lagstiftningen och vad som också framgår tydligt av upphandlingsdokumenten i de berörda delarna, gör förvaltningsrätten bedömningen att Nexans uppfyller kravet i AKB.519 i och med den ESPD som lämnades in med anbudet och att Trafikverket har förfarit i enlighet med vad som gäller enligt 15 kap. 4 § LOU och däri angivna lagrum då man efter anbudstiden begärt in den aktuella utredningen avseende uteslutningsgrunder från Nexans. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF på de av Draka Kabel åberopade grunderna, varför ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Sofia Lund
förvaltningsrättsfiskal



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

