



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2014-02-11
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
27588-13

1

SÖKANDE

Flexpay AB, 556595-0317

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokatfirman Lindahl KB
Mäster Samuelsgatan 20
101 39 Stockholm

MOTPART

Vattenfall AB, 556036-2138

Företrädare: Alexandra Marschall-Säfbeck
Vattenfall AB
162 92 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-02-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Flexpay AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 443238

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.

Vattenfall AB genomför en upphandling av Förmåns- och ersättningsportal. Upphandlingen genomförs som en urvalsupphandling enligt LUF. Av tilldelningsbeslut framgår att Vattenfall har beslutat att teckna avtal med annan leverantör än Flexpay AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Upphandlingen har genomförts i strid med 1 kap. 24 § LUF. Bolaget har inte fått möjlighet att lämna sitt, för upphandlingens vidkommande, mest konkurrenskraftiga anbud. Bolagets offererade pris blev väsentligt högre än vad det hade varit om förutsättningarna varit klargjorda och tydliga i enlighet med vad som krävs enligt LUF. Bolaget har därmed lidit skada.

Upphandlingsunderlaget har inte varit tillräckligt transparent och förutsebart. Bolaget har genom tillgänglig information i förfrågningsunderlaget tolkat upphandlingens räckvidd mer omfattande än vinnande leverantör. Den lösning som Vattenfall efterfrågar i förfrågningsunderlaget är en helhetslösning i den bemärkelse detta begrepp uppfattas och tolkas av leverantörerna i branschen. Av tilldelningsbeslutet framgår emellertid att Vattenfall i själva verket varit ute efter en dellösning. Ett förfrågningsunderlag måste uppställas och formuleras på sådant sätt att det leder anbudsgivarna till att lämna in anbud som är jämförbara. Det ska kunna ske en s.k. nollställning av anbuden för att möjliggöra en rättvisande utvärdering. I detta fall har en nollställning inte gjorts, och inte heller kunnat göras eftersom anbudsgivarna genom förfrågningsunderlaget letts att lämna in anbud som varierar alltför mycket i omfattning. Vattenfall har i utvärderingsfasen jämfört äpplen med päron. Anbudsgivarna har inte kunnat förutse hur anbuden skulle komma att utvärderas.

Bolaget har fått sin tolkning av förfrågningsunderlaget verifierad av Vattenfall vid förhandlingsmöte. Bolaget presenterade sin erbjudna helhetslösning och var mycket noga att tydliggöra att det pris som angivits i anbudet satts just utifrån att Vattenfall förmedlat att de önskade en helhetslösning i den bemärkelse detta begrepp normalt tolkas i branschen. Bolagets anbud och dess komponenter diskuterades i detalj under förhandlingen. Vid mötet uppgav bolaget att en mindre omfattande lösning kunde tillhandahållas, där viss funktionalitet togs bort, vilket skulle innebära att bolaget offererade ett lägre pris. Vattenfall gav beskedet att det var det som bolaget redan erbjöd som efterfrågades och detta bekräftades även via e-post. I prisdiskussionerna framförde Vattenfall endast önskemål om att bolaget skulle sänka priset på den offererade lösningen. Vattenfalls agerande genom att inte klargöra förutsättningarna strider mot likabehandlingsprincipen.

Under förhandlingen deltog från Vattenfalls sida en person som på sin tidigare arbetsplats Posten varit i kontakt med bolaget. Hon framförde att hon var fullständigt medveten om vad bolagets offererade lösning innebar. Det är uteslutet att Vattenfall inte förstod omfattningen av bolagets erbjudande enligt anbudet. Bolagets och Vattenfalls beskrivning av vad som förevarit under förhandlingen skiljer sig åt betänkligt. Då Vattenfall underlåtit att dokumentera förhandlingen faller bevisbördan på Vattenfall att styrka vad som enligt deras förmenande skedde under förhandlingen.

Det stämmer inte att bolaget föreslagit att av Vattenfall uppställda krav skulle plockas bort. Det stämmer inte att endast det som har efterfrågats har utvärderats. Om komponenter som inte efterfrågats vare sig har utvärderats av Vattenfall eller har påverkat utvärderingsresultatet, skulle det ha krävts att Vattenfall i sin utvärdering skalat bort inte bara dessa komponenter från bolagets anbud utan även priset för dem. Eftersom bolagets offererade pris i sin helhet har blivit utvärderat följer att Vattenfall inte gjort någon nollställning.

Det är korrekt att bolaget inte tilldelats kontraktet på grund av att bolaget offererat ett för högt pris. Detta beror på att bolaget förletts att lämna in och hålla fast vid ett anbud som var mer omfattande och dyrare än vad som hade behövt vara fallet. Bolaget har erhållit missvisande uppgifter som direkt påverkat utformningen, omfattningen och prissättningen av anbudet.

Vattenfall har i sin utvärdering av leveranskapaciteten, i strid med förfrågningsunderlaget, tilldelat både bolaget och den vinnande leverantören högsta poäng. Förfrågningsunderlagets lydelse anger att endast ett anbud kan tilldelas högsta poäng. Genom att trots det tilldela två leverantörer högsta poäng har avsteg gjorts från föreskriven utvärderingsmodell.

Vattenfall bestrider bolagets ansökan. Vattenfall anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Upphandlingen är korrekt genomförd och Vattenfall har iakttagit alla regler som följer av LUF inklusive samtliga grundläggande principer som följer av 1 kap. 24 § LUF. Flexpay kan inte anses ha lidit skada.

Vattenfall har efterfrågat det som Vattenfall har behov av. Vad som efterfrågats i det som Vattenfall kallar helhetslösning framgår klart av förfrågningsunderlaget. Vad som i branschen uppfattas eller inte uppfattas som en helhetslösning är inte relevant vid utvärderingen som gjorts utifrån ställda krav. Samtliga anbud har prövats på samma sätt och värden/poäng har getts efter de förutsättningar som angivits i förfrågningsunderlaget.

Vattenfall har i förfrågningsunderlaget ställt upp ett antal skall-krav som både innefattar minimikrav på vad tjänsten ska innehålla, särskilda krav vid presentation/redovisning av anbudet samt slutligen formkrav och vissa legala krav. Vattenfall har inte frågat efter något annat än det som angivits i förfrågningsunderlaget. I vilken utsträckning bolagets lösning innefattar

andra komponenter, som inte efterfrågats men som påverkat det offererade priset, undandrar sig Vattenfalls kännedom.

Vid förhandlingen som fördes med bolaget påpekade Vattenfall att bolaget låg högt i det offererade priset. Bolaget var då inte villiga att förhandla pris ytterligare utan erbjöd istället Vattenfall en möjlighet att välja en lösning där de skulle ta bort vissa av Vattenfall efterfrågade krav. Vattenfall bad då att få fundera över hur detta skulle påverka upphandlingen och bad att få återkomma. Efter det att inköpsansvarige på Vattenfall konsulterat internt återkopplade inköpsansvarige till bolaget och meddelade att Vattenfall inte kunde ändra hela den efterfrågade lösningen enligt förfrågningsunderlaget. Vattenfall klargjorde således via e-post att utvärderingen skulle fortsätta utifrån Vattenfalls förfrågan för helhetslösning.

Flexpay har enbart förklarat sig villiga att sänka priset om delar av den av Vattenfall efterfrågade lösningen togs bort, dvs. Flexpay skulle därigenom inte uppfylla kravspecifikationen. Vattenfall bestrider att Flexpays lösning skulle ha innehållit något annat än det som efterfrågats. Vattenfall har förstått bolagets anbud såsom överensstämmande med förfrågningsunderlaget. Flexpay fick högst poäng av samtliga leverantörer för hela utvärderingskategorin "kvalitet" som totalt utgjorde 30%. Det som fällt avgörandet har varit priset. Vattenfall har gett bolaget möjlighet att sänka sitt offererade pris och kan därmed inte anses ha förmått bolaget att lämna in ett ofördelaktigt högt anbud.

Eftersom både Flexpay och det vinnande bolaget erhöll samma poäng avseende Leveranskapacitet gav Vattenfall båda leverantörerna högsta poäng. Vattenfall gjorde bedömningen att det var korrekt att ge båda leverantörerna samma poäng eftersom de båda uppfyllde samma krav. Någon möjlighet att ytterligare differentiera leverantörerna fanns inte utifrån uppställda krav och angiven utvärderingsmodell. Även om Flexpay fått högsta poäng

och den vinnande anbudsgivaren kommit på andra plats vid utvärderingen avseende leveranskapacitet, så skulle detta inte ha påverkat det slutliga utfallet av utvärderingen mot bakgrund av den stora skillnaden i pris.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 1 kap. 24 § LUF anges följande. 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.

I 16 kap. 6 § LUF stadgas följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsprövningen sker i två steg. Anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven går vidare till utvärdering. Anbudet värderas i förhållande till andra anbud enligt utvärderingskriterierna Kostnad (50 %), Leveranskapacitet (20 %) och Kvalitet (30 %). Det för Vattenfall mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kommer antas. Enligt meddelande om tilldelning av kontrakt har bolagets anbud vid utvärderingen tilldelats högsta möjliga poäng avseende Kvalitet och Leveranskapacitet. Avseende kriteriet Kostnad har bolaget som tredje bästa leverantör erhållit poäng motsvarande 40 %. Vid en sammantagen bedömning hamnade bolaget på andra plats.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69). Detsamma gäller mål enligt LUF. För att en ansökan om överprövning ska kunna bifallas krävs att sökanden visar att de lidit eller kan komma att lida skada på grund av de påstådda felen och bristerna. Bolaget har erhållit högsta möjliga poäng i alla delar utom Kostnad varför det för att deras talan ska kunna bifal-

las måste framgå att det pris bolaget offererat blivit för högt med hänsyn till de påstådda felen och bristerna.

En upphandlande enhet har stor frihet när den bestämmer föremålet för en upphandling. Det är den upphandlande enheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det enheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Utgångspunkten för vad som efterfrågas är vad som anges i förfrågningsunderlaget. Vad bolaget anfört om branschens användande av begreppet helhetslösning m.m. innebär därmed inte att förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens i LUF ifråga om den efterfrågade lösningen. Vattenfall har också i ett mail bekräftat att det är den lösning som bolaget offererat som efterfrågas. Förvaltningsrätten anser inte att vad bolaget anfört visar att förfrågningsunderlaget brustit i transparens. Det är därför inte visat att bolaget förletts att lämna ett mindre konkurrenskraftigt anbud. Eftersom förfrågningsunderlaget inte brister i transparens finns inget krav på Vattenfall att under förhandlingarna klargöra förutsättningarna. Det föreligger därför inte något brott mot likabehandlingsprincipen.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som har högst poäng inom Leveranskapacitet kommer att få den högsta poängen inom de erbjudna anbuden. Vattenfall har trots detta, i strid med förfrågningsunderlaget, tilldelat både bolaget och den vinnande leverantören högsta poäng. Som Vattenfall anfört skulle det slutliga utfallet av utvärderingen inte ha påverkats om bolaget fått högsta poäng och den vinnande anbudsgivaren kommit på andra plats vid utvärderingen avseende leveranskapacitet mot bakgrund av den stora skillnaden i pris. Bolaget har därmed inte lidit eller riskerat lida skada med anledning av poängsättningen avseende kriteriet Leveranskapacitet.

Sammantaget innebär detta att bolagets ansökan om ingripande med stöd av LUF ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Ann-Jeanette Eriksson
Rådman

My Lorenius 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.