



KLAGANDE

NCC Sverige AB, 556613-4929

Ombud: Advokat Lina Håkansson Kjellén och biträdande jurist Linn Sydvik

MOTPARTER

1. Trafikverket

Ombud: Advokat Johanna Jonsson

2. OHL Sverige AB, 559112-4358

Ombud: Advokat Sylvia Lindén och advokat Louise Ljöstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 24 oktober 2024 i mål nr 2720-24, se bilaga A

SAKEN

Ogiltighet av avtal vid upphandling inom försörjningssektorerna

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

NCC Sverige AB (NCC) yrkar att Trafikverkets avtal (avtalet) med OHL Sverige AB (OHL) ska ogiltigförklaras. NCC åberopar samma grunder som i förvaltningsrätten och anför i huvudsak följande. Den huvudsakliga frågan i målet är hur bestämmelserna i 6 kap. 5 och 6 §§ lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) ska tolkas, närmare bestämt vad som avses med att anbudena är olämpliga. Bestämmelserna ska förstås på samma vis som i 6 kap. 12 och 13 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Det är inte rimligt att en bestämmelse med samma ordalydelse ska ges helt olika tolkningar i LOU och LUF enbart på grund av att LUF är ett mer flexibelt regelverk. Trafikverket synes mena, utifrån rättsfallet HFD 2016 ref. 37, att alla anbud som innehåller brister i förhållande till ett obligatoriskt krav, vilka inte kan läkas genom en tillåten komplettering, är att anse som olämpliga. NCC delar inte den uppfattningen eftersom det målet rör en helt annan situation och andra bestämmelser än i det förevarande. Begreppet väsentliga ändringar används inte över huvud taget av HFD. Tyngdpunkten i definitionen ligger på om anbudet ska anses irrelevant för kontraktet eller inte och det är det som måste bedömas först. Det är endast om det konstaterats att anbudet är irrelevant för kontraktet som det blir aktuellt att bedöma om det krävs väsentliga ändringar för att tillgodose den upphandlande enhetens krav.

Ett irrelevant anbud ska skiljas från anbud som av andra anledningar inte kan antas, exempelvis anbud som är bristfälliga i förhållande till obligatoriska krav. En sådan brist gör inte anbudet irrelevant för den upphandlande enhetens behov, även om likabehandlings- och transparensprincipen förhindrar enheten från att anta anbudet. Frågan om anbudena gick att komplettera under anbudstiden saknar således betydelse för om anbudena är att anse som irrelevanta, eftersom det rör sig om två helt olika frågor. Bristerna i

NCC:s och OHL:s anbud avsåg brister i förhållande till obligatoriska krav i upphandlingen.

Mot bakgrund av detta är det uppenbart att 6 kap. 5 och 6 §§ LUF ska tolkas så att anbudena i Trafikverkets föregående upphandling varit ogiltiga, inte olämpliga. Trafikverket har därmed inte haft rätt att övergå till ett oannonserat förfarande, utan avtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling och ska ogiltigförklaras.

Trafikverket anser att överklagandet ska avslås. Verket vidhåller vad det anført i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Parterna synes vara ense om att huvudfrågan i målet är om de anbud som NCC respektive OHL har lämnat i den föregående upphandlingen har varit olämpliga i den mening som avses i 6 kap. 5 och 6 §§ LUF och om det därför funnits skäl för Trafikverket att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Ledning kring vad som avses med ett anbud som är ”irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande enhetens krav enligt upphandlingsdokumenten” kan hämtas från HFD 2016 ref. 37. För det fall ett anbud inte kan godtas utan att en komplettering görs i syfte att läka brister i obligatoriska krav bör det däremot vara fråga om att anbudet uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande enhetens krav enligt upphandlingsdokumenten. Anbudet bör i ett sådant läge betraktas som irrelevant och därmed olämpligt i den mening som avses i 6 kap. 5 och 6 §§ LUF.

I det aktuella fallet innehöll såväl OHL:s som NCC:s anbud tydliga avvikelser i förhållande till de administrativa föreskrifterna. Dessa avvikelser har inte kunnat läkas med mindre än att båda anbudsgivarna givits tillfälle att komplettera sina anbud vilket hade utgjort ett agerande i strid med lika-behandlingsprincipen. Det är därmed uppenbart att inget av dessa anbud

utan väsentliga ändringar har kunnat tillgodose Trafikverkets krav enligt upphandlingsdokumenten. Anbudet har därmed varit irrelevanta och därför olämpliga i den mening som avses i 6 kap. 5 och 6 §§ LUF. Denna tillämpning av begreppet ”olämplig” utvidgar inte begreppet på något sätt.

Om inte 6 kap. 5 och 6 §§ LUF skulle tolkas konformt med dess ordalydelse, skulle detta i praktiken medföra att Trafikverkets möjligheter att gå över till ett oannonserat förfarande vid den resultatlösa upphandlingen är väsentligt mer begränsade i det här fallet, när upphandlingen har genomförts enligt LUF, jämfört med om upphandlingen hade genomförts enligt LOU. En sådan ordning är knappast avsedd, med tanke på att avsikten med LUF är att utgöra en något mer flexibel lagstiftning.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om avtalet ska ogiltigförklaras. Så ska bl.a. ske om Trafikverket inte har kunnat använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5 och 6 §§ LUF i den upphandling som resulterade i avtalet.

Av förarbetena framgår att Lagrådet efterfrågade en närmare förklaring av uttrycket lämpliga anbud i författningskommentaren, men att den närmare innebörden av begreppet lämnades över till rättstillämpningen att definiera (se prop. 2015/16:195 s. 1204).

6 kap. 5 § LUF är så utformad att en förutsättning för att få använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är att några lämpliga anbud inte lämnats vid ett annonserat förfarande. I 6 kap. 6 § andra stycket LUF tydliggörs att ett anbud är olämpligt om det är irrelevant för kontraktet.

EU-domstolen har funnit att anbud från anbudsgivare vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleds anses som oacceptabla och därmed olämpliga (jfr rättsfallet C-376/21, Obshtina Razlog).

Obligatoriska krav som inte uppfylls ska normalt leda till att anbudet förkastas för att inte den upphandlande myndigheten ska brista i likabehandling (jfr rättsfallet HFD 2016 ref. 37). Ett anbud som måste förkastas på grund av detta kan enligt kammarrättens mening inte heller anses lämpligt. I ett sådant fall kan det efterföljande rekvisitet i 6 kap. 5 § LUF, dvs. att det förhandlade förfarandet inte får ske med några väsentliga ändringar, i många fall uppfyllas.

Både OHL och NCC hade i den föregående annonserade upphandlingen, såvitt framgår, avvikit från upphandlingsdokumentens föreskrifter på ett sätt som inte kunde rättas för någon av anbudsgivarna utan att en brist i likabehandling hade uppstått. Inget av dessa anbud var därför att anse som lämpligt i LUF:s mening. Eftersom något lämpligt anbud inte hade lämnats i den föregående annonserade upphandlingen, har detta inte utgjort ett hinder mot att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering i den nu aktuella upphandlingen.

I övriga delar gör inte kammarrätten någon annan bedömning än förvaltningsrätten. Eftersom det därmed inte finns skäl för att ogiltigförklara avtalet ska överklagandet avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-01).

Mats Törnered
kammarrättslagman
ordförande

Annika Åhlin
kammarrättsråd

Johannes Gäverth
kammarrättsråd
referent

Erik Westerlind
kammarrättsfiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**

DOM
2024-10-24
Meddelad i Falun

Mål nr
2720-24

SÖKANDE

NCC Sverige AB, 556613-4929

Ombud: Advokaten Lina Håkansson Kjellén och bitr. juristen Linn Sydвик

MOTPART

Trafikverket

Ombud: Advokaten Johanna Jonsson

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen om upphandling inom
försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av avtals giltighet.

Besöksadress

Kullen 4

Telefon

023-383 0000, tider se
hemsida

Öppettider

måndag–fredag

08:00–12:00

13:00–16:00

Postadress

Box 45

S-791 21 Falun

E-post

forvaltningsrattenifalun@dom.se

Webbplats

www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

YRKANDEN M.M.

Trafikverket har genomfört en upphandling benämnd ”*Ostlänken, Entreprenad - För utförande av Nyköpings Resecentrum inom Nyköpings kommun, Södermanlands län*” (KOM-415687). Upphandlingen har genomförts som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, förkortad LUF. Den 29 maj 2024 ingick Trafikverket avtal med OHL Sverige AB (OHL).

NCC Sverige AB (NCC) ansöker om överprövning av avtalets giltighet och yrkar att det ska ogiltigförklaras. NCC anför till grund för sin ansökan i korthet följande. Trafikverket har genomfört ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering utan stöd i 6 kap. 5 § LUF eller något annat undantag i 6 kap. 5–12 §§ LUF. Avtalet ska därför ogiltigförklaras enligt 20 kap. 13 § LUF. Avtalet är dessutom tecknat före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § LUF och i strid med likabehandlingsprincipen, vilket medfört att NCC lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därför även grund för att ogiltigförklara avtalet med stöd av 20 kap. 13 b § LUF. Avtalet ska även ogiltigförklaras redan av det skälet att Trafikverkets motivering i tilldelningsbeslutet är bristfällig.

Trafikverket anser att ansökan ska avslås och framför till stöd för sin inställning i korthet följande. Samtliga förutsättningar för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5 § LUF har varit uppfyllda och det saknas därför grund för att förklara avtalet ogiltigt. Det har inte förelegat någon skyldighet för Trafikverket att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut eller att bjuda in NCC till det förhandlande förfarandet utan föregående annonsering. Avtalet har således inte ingåtts i strid med reglerna om underrättelse om tilldelningsbeslut i 12 kap. 12 § LUF och Trafikverket har även i övrigt genomfört upphandlingen i enlighet med LUF och de

grundläggande principerna på ett sätt som medför att NCC vare sig har lidit eller kan komma att lida skada.

OHL anser att ansökan ska avslås och ansluter sig till vad Trafikverket anför.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 20 kap. 4 § 2 LUF överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Enligt 20 kap. 13 § 1 LUF ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 § eller 17 kap. 2 § när det inte har varit tillåtet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5–12 §§.

En upphandlande enhet får enligt 6 kap. 5 § LUF använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett förfarande med föregående annonsering inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

En anbudsansökan ska enligt 6 kap. 6 § första stycket LUF anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 13 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande enheten har fastställt. Ett anbud ska enligt 6 kap. 6 § andra stycket LUF anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar

kan tillgodose den upphandlande enhetens krav enligt upphandlingsdokumenten.

Alla undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt och det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att en sådan undantagssituation verkligen föreligger (se bl.a. mål 199/85 Kommissionen mot Italien, punkt 14, C-3 85/02 Kommissionen mot Italien, punkt 19, C-394/02 Kommissionen mot Grekland, punkt 33 och C-26/03 Stadt Halle, punkt 46).

Inga lämpliga anbud?

En första förutsättning för att en upphandlande enhet ska få använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5 § LUF är att det vid ett förfarande med föregående annonsering inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud.

NCC har i denna del framfört bl.a. följande. Av 6 kap. 6 § LUF framgår att begreppet ”olämpligt” har olika innebörd beroende på om det är fråga om anbudsansökningar eller anbud. Brister som orsakar en olämplig anbudsansökan orsakar inte ett olämpligt anbud och tvärtom. Brister i förhållande till uteslutnings- och kvalificeringskrav kan göra en anbudsansökan olämplig, men inte ett anbud. Med ett anbud som är ”irrelevant för kontraktet” avses anbud som är formellt riktiga men ändå inte bör antas, t.ex. för att anbudet överskrider budget eller inte kan antas av praktiska, regulatoriska eller andra skäl. Ett anbud som inte uppfyller kvalificeringskrav, uteslutningsgrunder eller andra obligatoriska krav är inte olämpligt, utan är istället att betrakta som ogiltigt. Eftersom både NCC och OHL lämnat anbud i den sedermera avbrutna upphandlingen som föregick den otillåtna direktupphandlingen ska lämplighetsbedömningen i förevarande fall göras i förhållande till anbud och inte anbudsansökningar. Enligt Trafikverket saknade

OHL:s anbud prisuppgifter i mängdförteckningar och bolaget hade skickat in för gamla uppgifter gällande skatter. Anbudet uppfyllde därmed inte kravet på att ange prisuppgifter i mängdförteckningen enligt AFB.31 eller ingivandet av uppgifter om skatter enligt AFB.51 och AFB.31. Bristerna hänför sig således till ingivande av bevis på att kvalificeringskrav uppfylls, vilket utgör en brist i förhållande till ett obligatoriskt krav. Bristerna gör OHL:s anbud ogiltigt, men inte olämpligt.

Vad gäller NCC:s anbud har Trafikverket angett att NCC inte uppfyller kraven då det i en viss mängdförteckning saknas prisuppgifter (koderna YHB, YJD, YJJ, YJL samt YKB). NCC delar inte Trafikverkets uppfattning att anbudet inte uppfyller de aktuella kraven. Avsaknaden av pris i anbudet är inte något misstag utan en följd av att NCC offererat 0 kronor för de angivna mängderna. Trafikverkets uppfattning är emellertid att NCC inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen, vilket innebär att även NCC:s anbud skulle betraktas som ogiltigt, men inte olämpligt. Även av avbrytandebeslutet kan utläsas att inget av de inkomna anbuden uppfyllde ställda krav, vilket betyder att Trafikverket funnit att inget av anbuden var giltiga. Om begreppet ”olämpliga anbud” enligt LUF skulle anses innefatta såväl olämpliga som ogiltiga och oacceptabla anbud, skulle den upphandlande enheten kunna övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering i alla situationer då samtliga anbud innehåller någon form av brist. En sådan långtgående tolkning vore uppenbart i strid med det faktum att undantag från konkurrensutsättning ska föreskrivas i lag, tolkas strikt och endast användas vid exceptionella tillfällen. Om en sådan tolkning vore lagstiftarens avsikt hade rimligtvis även de aktuella bestämmelserna utformats på ett annat sätt. Trafikverket har således saknat stöd för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5 § LUF.

Trafikverket har för sin del pekat på att båda anbuden har varit olämpliga i den mening som avses i 6 kap. 5–6 §§ LUF och har anfört bl.a. följande. Anbuden

från såväl NCC som OHL har befunnits vara behäftade med avvikelser från de administrativa föreskrifterna. I OHL:s fall har bolagets anbud innehållit avvikelser dels i förhållande till kravet i AFB.31 i de administrativa föreskrifterna på att ange priser i mängdförteckningen, dels i förhållande till kravet i AFB.51 i de administrativa föreskrifterna på ingivande av ifylld och undertecknad blankett ”Utredning – uteslutningsgrunder” med de intyg och andra skriftliga bevis som efterfrågas i blanketten. I NCC:s fall har bolagets anbud innehållit avvikelser i förhållande till kravet i AFB.31 i de administrativa föreskrifterna på att ange priser i mängdförteckningen. Av rättspraxis följer att ett utelämnat pris i en mängdförteckning inte är att jämställa med ett pris om noll kronor. Det kan således konstateras att såväl OHL:s som NCC:s anbud innehöll tydliga avvikelser i förhållande till de administrativa föreskrifterna. Dessa avvikelser har inte kunnat läkas med mindre än att båda anbudsgivarna givits tillfälle att komplettera sina anbud, vilket hade utgjort ett agerande i strid med likabehandlingsprincipen. Inget av dessa anbud har därmed utan väsentliga ändringar kunnat tillgodose Trafikverkets krav enligt upphandlingsdokumenten. Det står därmed klart att båda anbuden har varit olämpliga i den mening som avses i 6 kap. 5–6 §§ LUF.

Förvaltningsrätten konstaterar att ett anbud som är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande enhetens krav enligt upphandlingsdokumenten är olämpligt enligt 6 kap. 6 § LUF. Vad som närmare avses med detta framgår inte av bakomliggande direktiv eller av förarbetena till LUF, utan lagstiftaren har överlämnat till rättstillämpningen att närmare utveckla vad som avses med ”inga lämpliga anbud” (se bl.a. prop. 2015/16:195 sid. 499 f.). LUF är generellt sett mer flexibel än LOU. I LUF görs, till skillnad från LOU, inte heller någon uppdelning mellan ”olämpliga anbud” å ena sidan och ”ogiltiga” respektive ”inte acceptabla” anbud å andra sidan (jfr 6 kap. 6 § och 12–13 §§ lagen [2016:1145] om offentlig upphandling, LOU). Praxis från Högsta förvaltningsdomstolen som närmare behandlar frågan om olämpliga anbud

enligt 6 kap. 6 § LUF saknas. Kammarrätten har vid en prövning i förhållande till den då gällande bestämmelsen i 4 kap. 2 § 1 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, funnit att anbud som innehöll avvikelser från de administrativa föreskrifterna var att betrakta som olämpliga (Kammarrätten i Sundsvalls dom den 17 februari 2017 i mål nr 2550-16).

Av utredningen i målet framgår att anbudet från OHL som NCC innehåller brister bestående i att det bl.a. saknas prisuppgifter på vissa koder i mängdförteckningarna. Såvitt förvaltningsrätten förstår har prisuppgifter helt utelämnats och de aktuella posterna är alltså inte prissatta med 0 kronor. Av de administrativa föreskrifterna framgår klart och tydligt att prissatta mängdförteckningar ska bifogas i upphandlingssystemet och att angivna mängder ska vara prissatta i anbud (AFB.31). Förvaltningsrätten konstaterar således att båda anbudet som inkom inom ramen för det annonserade förfarandet avvek från de administrativa föreskrifterna. Bristerna i anbudet synes vidare vara av sådan karaktär att det inte hade varit möjligt att läka bristerna med mindre än att väsentliga ändringar i anbudet skulle ske. Vid dessa förhållanden och i avsaknad av praxis som talar i motsatt riktning gör förvaltningsrätten bedömningen att båda anbudet får anses falla in under begreppet olämpliga anbud i LUF.

Har villkoren ändrats väsentligt?

En andra förutsättning för att en upphandlande enhet ska få använda ett förhandlat förfarande enligt 6 kap. 5 § LUF är att de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

NCC har gjort gällande att villkoren i de ursprungliga upphandlingsdokumenten har ändrats väsentligt. NCC har i denna del pekat på bl.a. följande. I den annonserade upphandlingen var tilldelningsgrund det ekonomiskt mest

fördelaktiga anbudet med avseende på bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, där kvalitet har utvärderats på basis av anbudsgivarnas beskrivna mervärdesåtaganden och erhållna poäng har medfört ett fiktivt prisavdrag på anbudssumman (AFB.53). Det maximala mervärdet har varit 900 miljoner kr. Mervärdesutvärderingen har även påverkat avtalsvillkoren såtillvida att vitet avseende eventuella brister i förhållande till mervärdesåtagandena beräknades baserat på det erhållna betyget, innebärande att vitet skulle uppgå till en tiondel av erhållet mervärde (§ 5.182 i entreprenadkontraktet). Av avtalet mellan Trafikverket och OHL framgår att vitet angetts till 10 miljoner kr för mervärdesparameter 1 och 20 miljoner kr för mervärdesparameter 2. Enligt beräkningsmetoden skulle det motsvara ett mervärde om 100 miljoner kr respektive 200 miljoner kr. Som framgår av utvärderingsmodellen har dock inget av poängstegen motsvarat något av dessa mervärden. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att Trafikverket har ändrat i poängmodellen eller i andra delar av utvärderingsmodellen, vilket är att betrakta som väsentliga ändringar.

Trafikverket har för sin del bekräftat att de av NCC angivna mervärdesvitena förekommer i § 5.182 i entreprenadkontraktet, men har uppgett att detta är en ren felskrivning och att beloppen rätteligen ska anges till 9 miljoner kr avseende mervärdesparameter 1 och 21 miljoner kr avseende mervärdesparameter 2. Trafikverket har i denna del vidare anfört bl.a. följande. Mervärdesvitet uppgår sammanlagt till 30 miljoner kr, men en omfördelning ska rätteligen ske med 1 miljoner kr från den ena mervärdesparametern till den andra, vilket motsvarar betyg 1 i utvärderingen avseende såväl mervärdesparameter 1 som 2 enligt vad som framgår av AFB.52. Trafikverket har rättat till detta i kontraktet med OHL. Utvärderingsmodellen har inte förändrats i förhållande till vad som angavs i det annonserade förfarandet. Inte heller har nivån på mervärdesvitet förändrats då det totala mervärdesvitet är 30 miljoner kr, vilket motsvarar nivå 1 för båda mervärdesparametrarna i utvärderingen.

Förvaltningsrätten finner inte att det utifrån vad NCC har framfört i målet om vitesbelopp i entreprenadkontraktet är visat att själva utvärderingsmodellen eller nivån på det totala mervärdesvitet har förändrats under det förhandlande förfarandet utan föregående annonsering jämfört med villkoren i den annonserade upphandlingen. Trafikverket har dessutom gett in dokumentation som visar att avtalet mellan Trafikverket och OHL har justerats den 3 juli 2024 på så sätt att vitesbeloppet ändrats på det sätt Trafikverket har redogjort för i målet. Trafikverket synes således inte haft för avsikt att omförhandla vitesvillkoren i något avseende och någon faktisk ändring av villkoren kan inte heller sägas ha skett. Förvaltningsrätten gör bedömningen att villkoren i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt. Förvaltningsrättens uppfattning är således att även den andra förutsättningen i 6 kap. 5 § LUF för att använda ett förhandlat förfarandet utan föregående annonsering har visats vara uppfylld.

Sammanfattningsvis är det förvaltningsrättens bedömning att Trafikverket har visat att det funnits förutsättningar för att tillämpa ett förhandlat förfarande med stöd av 6 kap. 5 § LUF. Det saknas därmed grund för att ogiltigförklara avtalet enligt 20 kap. 13 § 1 LUF.

Finns grund för ogiltigförklaring enligt 20 kap. 13 b § LUF?

NCC har gjort gällande att avtalet ska ogiltigförklaras med stöd av 20 kap. 13 b § LUF då avtalet är tecknat före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § LUF och i strid med likabehandlingsprincipen, vilket medfört att NCC lidit eller kan komma att lida skada. NCC har i denna del framfört bl.a. följande. Avtalet med OHL tecknades den 29 maj 2024 och tilldelningsbeslutet fattades den 31 maj 2024. Avtalet har därmed tecknats före en underrättelse om tilldelningsbeslut. Motiveringen i tilldelningsbeslutet är dessutom så bristfällig att det redan av det skälet finns grund för att ogiltigförklara avtalet.

Trafikverket har agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att bara bjuda in OHL till det förhandlade förfarandet. I den annonserade upphandlingen inkom två anbud som bedömdes ha likartade brister. Trafikverket valde trots detta att endast vända sig till OHL, vilket innebär en uppenbar olikbehandling. Några godtagbara skäl för denna olikbehandling har inte funnits. Efter att den annonserade upphandlingen avbrutits kontaktade NCC Trafikverket och informerade om att bolaget var intresserat av att delta i ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det fanns således inget tvivel om NCC:s fortsatta intresse av uppdraget. Inte heller förelåg några tidsmässiga skäl som kan motivera Trafikverkets val att endast förhandla med OHL. Inte heller har ekonomiska eller kvalitetsmässiga skäl kunnat motivera olikbehandlingen. Även om OHL offererade ett något lägre anbudspris än NCC var tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet baserat på det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Skillnaden i pris mellan OHL:s och NCC:s anbud har varit ca 188 miljoner kr, detta innan NCC:s anbud tilldelats mervärdesavdrag, vilka kunnat uppgå till 900 miljoner kr. NCC:s högre anbudspris kan förklaras av den mycket höga kvalitet som offererats. NCC:s anbud skulle tillföra ett väldigt högt mervärde för Trafikverket varför det varit möjligt och sannolikt att NCC:s anbud skulle bedömas vara det ekonomiskt mest fördelaktiga efter en utvärdering eller förhandling. NCC har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av Trafikverkets agerande att endast förhandla med OHL.

Trafikverket har för sin del gjort gällande att det inte förelegat någon skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut eftersom det endast funnits en anbudsgivare, nämligen OHL. Trafikverket har vidare pekat på bl.a. följande. Upphandlingen har inte på något sätt genomförts i strid med likabehandlingsprincipen. Av praxis följer att en upphandlande enhet har rätt att vända sig till en enda leverantör inom ramen för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering som inleds efter det att ett annonserat upphandlingsförfarande misslyckats. Även om kvalitet varit en

utvärderingsparameter i upphandlingen, har Trafikverket inte kunnat bortse från att OHL:s anbud var mer prismässigt fördelaktigt än NCC:s anbud efter båda de två tidigare annonserade upphandlingarna. När det visade sig att två upphandlingar blev resultatlösa, trots att Trafikverket valde att pröva att använda sig av två olika grunder för tilldelning av kontrakt, valde Trafikverket av kostnadsmässiga skäl och med omsorg av de allmänna medel som verket har att förvalta att vända sig till den entreprenör som hade lämnat det lägsta anbudspriset i de resultatlösa upphandlingarna, nämligen OHL. Det har även funnits tidsmässiga skäl för att sådan ordning.

Av 20 kap. 13 b § punkt 2 LUF framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om det har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket. Enligt 12 kap. 12 § första stycket LUF ska en upphandlande enhet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

Vad gäller NCC:s invändning om att motiveringen i tilldelningsbeslutet är bristfällig har Trafikverket i tilldelningsbeslutet angett följande: *”Då det inte inkom några lämpliga anbud i upphandling KOM-413993 avbröts den upphandlingen och en upphandling med förhandlat förfarande utan föregående annonsering har genomförts i enlighet med 6 kap. 5 § i LUF. Det finns ingen avtalsspärr i den här upphandlingen.”*. Trafikverket har således angett vilket förfarande som tillämpats och skälen till detta. Någon längre gående skyldighet att i själva tilldelningsbeslutet närmare motivera skälen för beslutet och t.ex. uttömmande redogöra för varför samtliga rekvisit i 6 kap. 5 § LUF är uppfyllda kan enligt förvaltningsrättens mening inte sägas åligga den upphandlande enheten (jfr 12 kap. 12 § LUF).

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet aktuella kontraktet har tilldelats efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 5 § LUF, vilket innebär att det inte råder någon avtalsspärr (20 kap. 2 § punkt 1 LUF). Ordalydelsen i 12 kap. 12 § första stycket LUF synes visserligen undantagslös när det gäller den upphandlande enhetens skyldighet att underrätta andra anbudssökande och anbudsgivare om tilldelningsbeslut (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 2282–2283-17). Av förarbetena framgår emellertid att det inte föreligger någon skyldighet för upphandlande enhet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut om det endast finns en anbudsgivare och ingen berörd anbudssökande (prop. 2015/16:195 s. 670–671 och 2009/10:180 s. 117 f.). Även de bakomliggande syften med att underrätta om tilldelningsbeslut talar för att det i ett fall då den upphandlande enheten haft lagliga förutsättningar att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering och därmed inte behövt iaktta någon avtalsspärr, inte heller finns någon skyldighet att underrätta eventuella anbudssökande eller anbudsgivare som deltagit i tidigare förfaranden om det beslut som fattats om att tilldela kontrakt inom ramen för det förhandlade förfarandet.

En ytterligare förutsättning för att ett avtal ska förklaras ogiltigt enligt 20 kap. 13 b § LUF är att någon annan bestämmelse i LUF har överträtts och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. NCC har i den delen, som framgått ovan, framfört att Trafikverket har handlat i strid med likabehandlingsprincipen genom att vid sitt förhandlade förfarande endast bjuda in OHL.

Förvaltningsrätten har ovan kommit till slutsatsen att Trafikverket har visat att förutsättningarna för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 5 § LUF är uppfyllda. I målet är klarlagt att det nu överprövade förfarandet utan föregående annonsering har föregåtts av två annonserade förfaranden som båda har avbrutits. De enda ekonomiska aktörerna som då visade intresse och lämnade anbud var NCC och OHL. Det

har i målet inte påvisats att det skulle föreligga några väsentliga ändringar i förfarandet utan föregående annonsering i förhållande till de villkor som ursprungligen angavs i den senast annonserade upphandlingen. Det är förvaltningsrättens uppfattning att det i en sådan situation, där förfarandet således tidigare varit konkurrensutsatt och NCC liksom andra potentiella leverantörer haft möjlighet att lämna anbud och då dra nytta av bl.a. likabehandlingsprincipen, som utgångspunkt är förenligt med likabehandlingsprincipen och övriga principer i LUF att den upphandlande enheten vänder sig direkt till endast en leverantör (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-376/21, *Obshtina Razlog*, p. 67–68). En situation där en upphandlande enhet ytterligare en gång skulle tvingas vända sig till samtliga tidigare anbuds-lämnare som bedömts ha avgett olämpliga anbud skulle dessutom göra undantagsbestämmelsen i 6 kap. 5 § LUF i det närmaste verkningslös.

Av utredningen i målet är vidare klarlagt att NCC:s anbud prismässigt var ca 188 miljoner kr dyrare än OHL:s inför det oannonserade förfarandet, vilket enligt förvaltningsrättens mening ytterligare talar för att det funnits objektiva skäl för Trafikverket att endast inleda förhandling med OHL i syfte att få till stånd ett kontrakt inom rimlig tid.

Sammanfattningsvis är det förvaltningsrättens bedömning att det NCC har anfört i målet inte visar att det finns grund för att ogiltigförklara avtalet med stöd av 20 kap. 13 b § LUF.

Sammanfattningsvis

Sammanfattningsvis gör förvaltningsrätten bedömningen att Trafikverket har visat att förutsättningarna för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5 § LUF är uppfyllda. Det saknas därmed grund för att ogiltigförklara avtalet med stöd av 20 kap. 13 § 1 LUF.

Förvaltningsrätten finner vidare att NCC inte har visat att det finns grund för att ogiltigförklara avtalet med stöd av 20 kap. 13 b § LUF. Ansökan om överprövning ska följaktligen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Eva Karlsson Helghe
rådman

Föredragande juristen Ann-Louise Jonsson har föredragit målet.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.



Hur man överklagar

KR-01

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga 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 en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

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

Om sista dagen är en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rätts-tillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller

att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövnings-tillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser, och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.