



KONKURRENSVERKET	
2011-10-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Kapsch TrafficCom Aktiebolag, 556042-6289
Box 1063
551 10 Jönköping

Ombud: Advokaterna Jonas Ågren och Martin Ågren
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 5 juli 2011 i
mål nr 1741-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver det överklagade avgörandet och visar målet åter till
Förvaltningsrätten i Falun för ny prövning.

Kammarrätten förordnar att avtal inte får ingås innan förvaltningsrätten
avgjort målet eller något annat har beslutats.

BAKGRUND

Saken gäller upphandling av vägsidesutrustning för det kommande systemet för uppbörd av trängselskatt i Göteborg. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande över tröskelvärdena. Enligt förfrågningsunderlaget kommer det anbud som har lägst anbudssumma att antas. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att de krav som ställts på betalstationerna (Charging Point Requirements) är att endast för ögat osynligt ljus får användas ("additional light used at the CP shall be of a type that is not visible to the human eye").

Förvaltningsrätten har konstaterat att kraven på mätning och ljus omöjliggör andra lösningar än laser och vidare funnit att kraven på att betalstationerna ska ha för ögat osynligt ljus sannolikt inte varit nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. I vart fall har kraven inte varit proportionerliga och Trafikverket har därmed genomfört upphandlingen i strid mot lika-behandlingsprincipen.

YRKANDEN

Trafikverket yrkar att kammarrätten ska avslå ansökan om överprövning av upphandlingen och anför följande till stöd för sin talan.

Det krav som uppställts i förfrågningsunderlaget att endast för ögat osynligt ljus får användas är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Något mindre ingripande alternativ finns inte heller att tillgå. Samtliga aktörer på marknaden kan erbjuda s.k. osynligt ljus varför kravet varken är diskriminerande eller riskerar att behandla anbudsgivarna olika. Kravet på osynligt ljus har betydelse för flera olika funktioner vid betalstationerna. I förvaltningsrättens dom sammanblandas kravet på osynligt ljus med kravet på mätning av fordon, vilket krav förvaltningsrätten konstaterat vara förenligt med LOU. Kravet på osynligt ljus har dock betydelse inte bara vid

mätning utan framförallt då fordonets registreringsnummer samtidigt registreras. Det är av stor betydelse att ljuset inte kan uppfattas av det mänskliga ögat, då detta skulle kunna leda till ökad risk för trafikolyckor samt andra trafikstörningar. Trafikverkets beslut är föranlett av riksdagsbeslut att införa trängselskatt även i Göteborg och är till sin karaktär unik då trängselskatt endast införts i Sverige vid ett tidigare tillfälle. Det kan poängteras att antalet passager per dag väntas bli större än i Stockholm eftersom det område som skattebelagts är större. Av bl.a. dessa anledningar måste Trafikverket anses ha ett stort utrymme att utforma förfrågningsunderlaget och även att uppställa de skall-krav som anses nödvändiga för att huvudtaget kunna genomföra projektet och få ett bra slutresultat. Kravet har inte ställts upp för att favorisera en viss metod utan för att det är nödvändigt. Framförallt är kravet uppställt för att undvika visuella störningar för såväl förare som boende. Till detta kommer att kravet har stor betydelse av estetiska skäl för att det stora antalet betalstationer som måste anläggas ska få så lite inverkan på omkringliggande miljö som möjligt. Kravet på trafiksäkerhet är generellt oavsett var en specifik betalstation är placerad. I Göteborgsområdet kommer samtliga stationer att vara placerade i storstadsområdet oavsett om betalstationerna ligger i ett bostadsområde eller längs någon av lederna. Oavsett placering kommer det att pågå aktivitet mellan 06.00-18.29 samtliga vardagar. Med hänsyn till att trängselskatten utgör just en skatt bör samtliga trafikanter behandlas på samma sätt oavsett vilken passage som föranleder skatteuttaget. Det är därför inte lämpligt att ha olika krav beroende på vilken plats som betalstationen är placerad på. Kapsch TrafficCom Aktiebolag (Kapsch) alternativa utformning på kravet formulerades såsom att "användande av ljus inte får ske på sådant sätt att förare och närboende störs" går inte att utvärdera och mäta på ett objektivet sätt. Trafikverkets skrift "Vägar och gators utformning" 2004:80 är föremål för en översyn och skriften tar inte hänsyn till frågor om trängselskatt. All belysning är inte bra belysning. Det finns farhågor att krav på normal belysning i betalstationerna skulle kunna innebära bygglovsplikt, vilket skulle kunna påverka tidsplanen negativt. Endast den omständigheten att

Kapsch har tillstånd att driva en testanläggning på E4:an innebär inte att Trafikverket inte skulle kunna uppställa ett krav på osynligt ljus. En sådan belysning som den i testanläggningen uppvisar är inte aktuell vid införandet av trängselskatten. Slutligen har förvaltningsrätten inte gjort en korrekt bedömning om Kapsch lidit eller riskerat att lida skada av Trafikverkets påstådda överträdelse av LOU. Kapsch har möjlighet att erbjuda den efterfrågade tekniken och har inte redogjort för hur mycket dyrare deras anbud blivit på grund av det aktuella kravet.

Trafikverket åberopar ett rättsutlåtande av doktorand och advokat Andrea Sundstrand. Enligt utlåtandet är Trafikverket inte skyldigt att acceptera alternativa tekniska lösningar, t.ex. lösningar som innehåller synligt ljus. Vidare anförs att därutöver skulle det strida mot likabehandlingsprincipen, eftersom Trafikverket varken i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget godkänt anbud med alternativa lösningar.

Kapsch motsätter sig bifall till överklagandet och anför följande till stöd för sin talan.

Kapsch åberopar samtliga omständigheter som anförts i förvaltningsrätten till stöd för att upphandlingen ska göras om. Såvitt avser frågan om kravet på osynligt ljus och frågan om Kapsch lidit skada hänvisas till bifogade yttranden från professor Ulf Bernitz. För det fall kammarrätten inte skulle instämma i förvaltningsrättens bedömning avseende osynligt ljus åberopar Kapsch övriga i förvaltningsrätten åberopade omständigheter till stöd för att upphandlingen ändå ska göras om.

Kapsch lösning med stereoskopiskt ljus innebär inte att betalstationerna belyses utan vägbanans som sådan. Belysningen ligger därmed helt i linje med betalstationernas syfte. Trafikverket har åberopat trafiksäkerhetsskäl som grund för kravet på osynligt ljus. Enligt Trafikverkets egen publikation

2004:80 "Vägar och gators utformning" minskar mörkerolyckor drastiskt vid ökad belysning. Höjda belysningsnivåer påverkar trafiksäkerheten positivt. Trafikverket har lämnat bolaget tillstånd att driva en testanläggning som använder stereoskopiskt ljus. Denna testanläggning är monterad i Jönköping över E4. Tillståndet skulle inte ha lämnats om det skulle anses trafikfarligt med synligt ljus. Trafikverkets påstående att det inte går att kontrollera om ljus stör är felaktigt. Trafikverkets krav kunde till exempel ha utformats på så sätt att all belysning vid betalstationerna skulle utformas i enlighet med Vägverkets publikation 2004:80. En eventuell bygglovplikt medför inte sådana tvingande hänsyn som medför att den fria rörligheten för varor och tjänster kan begränsas. Kapsch bestrider att synligt ljus vid betalstationerna automatiskt hade medfört bygglovplikt. Det är riktigt att Kapsch kan leverera ett system som använder infraröda laserskannrar. Trafikverkets krav på mätning av fordon gör dock att detta system inte går att använda. Den enda möjligheten att uppfylla Trafikverkets krav är att använda en 3-portallösning av den typ som används i systemet i Stockholm som blir mycket dyrare.

Kapsch åberopar ett rättsutlåtande och ett kompletterande rättsutlåtande av professor Ulf Bernitz. Av utlåtandena framgår sammanfattningsvis följande. Det av Trafikverket uppställda kravet på osynligt ljus, dvs. i praktiken laserteknik, utgör en långtgående begränsning av möjligheterna för företag att konkurrera om anbudet. Någon hänvisning till "eller likvärdigt" har inte gjorts. Förvaltningsrätten har gjort en riktig bedömning av specifikationen "osynligt ljus" och av behovet av att göra om upphandlingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kravet på osynligt ljus

Den första frågan i målet är om Trafikverkets krav på osynligt ljus i vägsidesutrustningen utgör ett oproportionerligt krav eller om kravet på annat sätt strider mot LOU eller unionsrättsliga principer.

Lika med förvaltningsrätten anser kammarrätten att det krav som Trafikverket ställt på osynligt ljus vid betalstationerna i praktiken mot bakgrund av förfrågningsunderlagets utformning utestänger andra tekniska lösningar än sådana med laser. Parterna synes också vara överens om detta. Fråga blir därmed om kravet kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Kraven måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen dvs. de ska avse och påverka just den produkten som upphandlas. De krav som ställs upp får inte heller strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78).

Kammarrätten bedömer att kravet på osynligt ljus är kopplat till föremålet för upphandlingen. Kravet framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt utan har tagits med av trafiksäkerhetsskäl vid samtliga betalstationer för att undvika visuella störningar vid stationerna för

närboende och trafikanter. Kravet har varit tydligt och lika för alla anbudsgivare och diskriminerar ingen anbudsgivare. Vid sådant förhållande kan kravet inte anses strida mot 1 kap. 9 § LOU eller andra bestämmelser i LOU.

Övriga invändningar från Kapsch

Fråga blir därefter om de övriga invändningar som Kapsch anfört i förvaltningsrätten punkterna e-h i förvaltningsrättens dom innebär att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Såvitt kammarrätten kan utläsa av domen har någon sådan prövning rörande dessa punkter inte gjorts av förvaltningsrätten. Då kammarrätten inte som första instans bör göra dessa prövningar, ska förvaltningsrättens dom upphävas och målet visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

		
Annika Sandström kammarrättslagman ordförande	Elsa Nihlén kammarrättsråd	Charlotte Waas kammarrättsråd referent

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN

DOM
2011-07-05
Meddelad i
Falun

Bilaga A

Mål nr
1741-11
Enhet 2

Sida 1 (11)

Ab 32

SÖKANDE

Kapsch TrafficCom, 556042-6289
Box 1063
551 10 Jönköping

Ombud: Advokaterna Jonas Ågren och Martin Ågren
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Leif Dylin
Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att Trafikverkets upphandling avseende
”Trängselskatt i Göteborg, Vägsidesutrustning” (TRV 2010/94139) ska
göras om.

Dok.Id 35037

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför en upphandling avseende ”Trängselskatt i Göteborg, Vägsidesutrustning” med ärendenummer TRV 2010/94139. Tilldelningsbeslut meddelades den 6 april 2011, varvid Q-Free ASA (nedan kallat Q-Free) antogs som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Kapsch TrafficCom AB (nedan kallat Bolaget) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grunder för sin ansökan anger Bolaget följande.

- a. Trafikverket har i strid med LOU ställt krav på en bestämd juridisk form vilket har begränsat Bolagets möjligheter att välja samarbetspartner och samarbetsform. Bolagets möjligheter att lämna anbud har därmed begränsats.
- b. Trafikverket har tillåtit Q-Free att medverka i upphandlingen trots att Q-Free, på grund av sin medverkan i Stockholmsförsöket och det sätt som förfrågningsunderlaget utformats, har fått en otillbörlig konkurrensfördel.
- c. Trafikverket har ställt krav på mätning av fordon som har gynnat en laserbaserad lösning och som strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen. Kraven har gynnat leverantören av systemet i Stockholm.
- d. Trafikverket har ställt oproportionerliga krav på att leverantörer inte ska använda synligt ljus vilket har gjort att Bolaget förlorat möjligheten att konkurrera med sitt fulla sortiment och inte kunnat lämna sitt bästa anbud.

- e. Trafikverket har ställt oproportionerliga krav på hur mätning av systemets prestanda ska ske vilket har gjort att Bolaget tvingats lämna offert på treportals lösningar. Bolaget har därmed förlorat möjligheten att konkurrera med sitt fulla sortiment och inte kunnat lämna sitt bästa anbud.
- f. Trafikverket har i strid med LOU ställt krav på att leverantörer ska använda en speciell typ av hårddisk vilket gjort att Bolaget har förlorat möjligheten att konkurrera med sitt fulla sortiment och inte kunnat lämna sitt bästa anbud.
- g. Trafikverket har ställt minimikrav på storleken på portalerna vilket har tvingat Bolaget att lämna offert på onödigt stora portaler och gjort att Bolaget inte kunnat lämna sitt bästa anbud.
- h. Trafikverket har låtit Q-Free delta i upphandlingen trots att Bolaget inte uppfyller kraven på referensuppdrag. Det var endast Bolaget och Q-Free som kvalificerade sig för anbudsutvärdering och hade Q-Free uteslutits på grund av bristen på referenser hade Bolaget vunnit kontraktet.

Trafikverket motsätter sig Bolagets yrkande och anför följande. Att ställa ett krav på att anbudssökande ska vara registrerad strider inte mot LOU. Kravet på registrering enligt UFB.5122 gäller "förutsatt att sådan registreringsskyldighet föreligger". Anbudsgivare som består av andra juridiska personer/konstellationer än sådana som ska registreras i aktiebolags- eller handelsregister behöver inte vara registrerade för att få lämna anbud. Förfrågningsunderlaget innehåller inte några särskilda krav avseende anbud från grupper av leverantörer.

Det är inte domstolarnas uppgift att värdera om den upphandlande myndigheten lyckats med att upphandla den bästa och mest funktionella lös-

ningen. Trängselskattesystemet i Stockholm saknar den funktionalitet som Data Service Center har i nu aktuell upphandling. Data Service Center är anpassat efter verkets behov och för att fungera för avsett ändamål och inte för att gynna eller missgynna någon särskild leverantör.

Trafikverket har inte ställt några tekniska krav som är direkt anpassade till Q-Frees system och de tekniska kraven har inte heller anpassats i syfte att gynna Q-Free.

Kravet på osynligt ljus har ställts för att undvika visuell störning från betal-systemet så att förare och närboende inte påverkas. Stor vikt har lagts vid estetiska frågor för att få acceptans för projektet hos medborgarna.

Kravet på mätning är ställt för att kunna inhämta information om passerande trafik. Kravet på 50 centimeters noggrannhet räcker för att klara detta behov, exempelvis kunna skilja på lastbilar och personbilar. Detta strider inte mot 6 kap. LOU eftersom kravet på mätning inte är något annat än ett sedvanligt funktionskrav.

Kravet på "solid state disks" har ställts för att sådana är driftsäkrare än alternativet. Beträffande portaldesign har anbudsgivaren på flertalet betalstationer rätt att välja mellan olika typer. Anbudsgivaren kan välja mellan att använda stolpar, portaler, eller L-formade stolpar. Vilken typ det blir och därmed hur långt ut på den utstickande delen som monteringen sker på är beroende av den tekniska lösning som anbudsgivaren väljer att använda. Kravet beträffande portaldesign medför således inget hinder för anbudsgivaren att använda annan teknik än laser.

AKTUELL LAGTEXT

Av 16 kap. 5 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan be-

stämmelse 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Kravet på registreringskyldighet

I upphandlingsföreskrifterna (UFB.5122 andra stycket) står följande. Beställaren kommer att anta anbud från anbudsgivare som är registrerad i aktiebolags-, eller handelsregister och som är registrerad för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt och arbetsgivaravgifter, förutsatt att sådan registreringskyldighet föreligger.

Bolaget anser att utformningen av UFB.5122 innebär att Trafikverket endast kan anta anbud från en ensam anbudsgivare och att denna utesluter anbud från grupper av anbudsgivare så länge de inte bildar och registrerar ett aktie- eller handelsbolag innan anbud lämnas.

I 11 kap. 6 § första stycket LOU anges att den upphandlande myndigheten får begära att en anbudssökande och anbudsgivare visar att han eller hon är registrerad i aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register, som förs i det land där leverantörens verksamhet är etablerad.

Det krav på registrering som Trafikverket har ställt upp i UFB.5122 kan inte anses gå utöver den möjlighet som finns enligt 11 kap. 6 § LOU. Vidare anser förvaltningsrätten att formuleringen i UFB.5122 inte innebär att anbudsgivare måste ha en bestämd juridisk form för att dess anbud ska kunna antas. Kravet kan varken anses komma i konflikt med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller med bestämmelsen i 1 kap. 11 § LOU. Vad Bolaget anfört i denna del utgör därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Q-Frees medverkan i Stockholmsförsöket

Kapsch har gjort gällande att Trafikverket utgått från tekniska lösningar som tagits fram av Q-free i samband med trängselskatteförsöket i Stockholm – där upphandlingen vanns av IBM och Q-free fungerade som underleverantör – och i och med detta genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen.

I fall då en leverantör medverkat som konsult när förfrågningsunderlag tas fram får presumptionen anses stark för att leverantörens funktion inneburit en konkurrensfördel när denne sedan lämnar anbud i upphandlingen (jfr Kammarrättens i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål 6986-09). En sådan leverantör får inte uteslutas endast på denna grund (jfr EU-dom-

stolens dom C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*). Dock bör presumtionen för att det föreligger en konkurrensfördel för leverantören medföra att det åvilar myndigheten att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts (mål 6986-09, ovan). Denna prövning måste enligt förvaltningsrättens mening ske med hänsyn taget till att det i nu aktuellt mål gäller anbud på en marknad med specialiserade produkter och ett fåtal leverantörer (jfr Leffler, Om bevisbörda och ”jäv” i upphandlingsmål, Förvaltningsrättslig tidskrift 2010 s. 124).

Av Trafikverkets inlagor i målet framgår att till systemet för trängselskatter i Stockholm upphandlades ett komplett system som bestod av en vägkantsdel och en centralsystemdel. Leverantören, IBM, anlidade Q-free som underleverantör i vägkantsdelen. I vägkantsdelen ingår den s.k. datakoncentratoren (även kallad Data Service Center).

Kapsch har gjort gällande att Trafikverket använt det uppdragsresultat som IBM och Q-free levererat till stockholmsförsöket som upphandlingsunderlag i nu aktuell upphandling. Kapsch har i sammanhanget hänvisat till avtalet mellan IBM och Vägverket, som då var beställare, enligt vilket framgår följande.

I det fall av IBM levererat uppdragsresultat används som en del i ett av Vägverket framtaget upphandlingsunderlag ska IBM eller annan part med anknytning till IBM avstå från att lämna anbud eller anbudsansökan i denna upphandling.

Kapsch har också pekat på att Trafikverket haft för avsikt att använda det system som arbetats fram för Stockholm i mesta möjliga mån. Kapsch har i samband härmed gett in och åberopat bl.a. utdrag ur powerpoint-presentation från Transportstyrelsen och artikel ur Computer Sweden.

De uppgifter som Kapsch åberopar ger stöd för slutsatsen att i vart fall delar av systemet i Stockholm är avsedda att återanvändas vid upphandlingen av trängselskattesystemet i Göteborg och att dåvarande Vägverket själv sett en fara i att leverantörer till Stockholm lämnar anbud vid en framtida

upphandling. Dessa omständigheter tyder på att Q-free – som deltagit i utvecklingen av den s.k. vägkantsdelen i Stockholm – har haft en konkurrensfördel när bolaget lämnat anbud på motsvarande del för systemet i Göteborg.

Samtidigt bör betonas att fråga är om en specialiserad upphandling där ett fåtal leverantörer kan komma i fråga. Enbart det förhållandet att en leverantör arbetat fram en teknisk lösning vid en tidigare upphandling av en tjänst, bör därför inte diskvalificera leverantören från att lämna anbud i en senare upphandling av samma typ av tjänst – även om det kan innebära att en viss konkurrensfördel att leverantören har tagit fram en tjänst liknande den som upphandlas.

Förvaltningsrätten noterar att uppgifterna om återanvändning av systemet för Stockholm är generella och att det inte går att dra några mer långgående slutsatser om vilka delar som är avsedda att återanvändas. Trafikverket har poängterat att vägkantsdelen i den nu aktuella upphandlingen har skett separat från centralsystemdelen – till skillnad mot vad som var fallet i Stockholm – och att kraven för vägkantsdelen ställts så att leveransen inte behöver anpassas till centralsystemdelen. Syftet är, enligt Trafikverket, att det ska vara möjligt för anbudsgivarna att grunda sina anbud på egna produkter och lösningar. Enligt verket saknar trängselskattesystemet i Stockholm den funktionalitet som Data Service Center har i nu aktuell upphandling. Det medför också, enligt verket, att den citerade skrivningen ur avtalet inte är tillämplig. Verket har vidare framhållit att man vid kravställandet inte har använt sig av krav på eller hänvisning till varumärke, patent, typ eller tillverkning.

Förvaltningsrätten anser vid en sammantagen bedömning att Trafikverket förmått göra sannolikt att skillnaderna mellan de båda systemen är så pass stora att någon konkurrensfördel som medfört en jävssituation för Q-free

inte föreligger. Skäl att besluta om åtgärd med stöd av LOU på denna grund har därför inte kommit fram.

Tekniska specifikationer (grunderna c-)

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Trafikverket har i förfrågningsunderlaget bl.a. ställt krav på en viss typ av mätning samt att leverantören inte ska använda synligt ljus. Kapsch har gjort gällande att detta medför att bolaget förlorat möjligheten att konkurrera med sitt fulla sortiment och att bolaget inte kunna lämna sitt bästa bud. Enligt vad Kapsch har uppgett utesluter Trafikverkets krav på mätning (fordonets höjd +/- 10 cm, bredd +/- 10 cm och längd +/-50 cm) i kombination med kravet på ljus (endast för ögat osynligt ljus får användas) alla andra tekniker än laser – vilket är den teknik som Q-free arbetar med och som används i Stockholm.

Trafikverket har inte ifrågasatt Kapsch slutsats att övriga tekniker kommit att uteslutas i och med dessa krav. Verket har endast uppgett att det inte går

att utläsa av anbuden vilken teknik leverantörerna valt. Förvaltningsrätten ser inga skäl att ifrågasätta den slutsats som Kapsch framfört – att kraven på mätning respektive ljus i förfrågningsunderlaget omöjliggör andra lösningar än laser. Förvaltningsrätten bedömer vidare att förfrågningsunderlaget i detta avseende medför en konkurrensbegränsning i strid mot LOU:s princip om likabehandling. Endast om kraven framstår som proportionerliga kan Trafikverkets upphandling undgå ett ingripande enligt LOU.


Enligt förvaltningsrättens mening framstår kraven var för sig som rimliga för att uppnå syftena som de är avsedda för. Skäl att ifrågasätta behovet av mätning av fordonen liksom att undvika störande ljuskällor saknas. Vad gäller kravens nödvändighet för att uppnå syftet saknas enligt förvaltningsrättens mening skäl att ifrågasätta behov av mätning – även om det i dagsläget inte tycks finnas något behov av uppgifter om bredd och höjd framstår det som sannolikt att ett sådant behov kan uppstå. Det är därmed rimligt att systemet utvecklas på ett sätt som förutser detta behov. I fråga om ljuskällorna har Kapsch fört fram att syftet kan tillgodoses genom att modifiera kravet så att användande av ljus inte får ske på sådant sätt att förare eller närboende störs. Kapsch har exemplifierat genom att visa på de olika behoven vid en betalstation vid E6/E20 jämfört med Fridkullagatan. Trafikverket har inte närmare kommenterat Kapschs resonemang i detta avseende. Förvaltningsrätten bedömer sammantaget att kraven på att betalstationerna skulle ha för ögat osynligt ljus sannolikt inte varit nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet. I vart fall har de inte varit proportionerliga. I och med att förfrågningsunderlaget utformats på detta sett har Trafikverket genomfört upphandlingen i strid mot LOU:s bestämmelser om likabehandling.

Sammanfattande bedömning och val av åtgärd

Upphandlingen ”Trängselskatt i Göteborg, Vägsidesutrustning” har enligt förvaltningsrättens bedömning genomförts i strid mot LOU. Bristerna hänför sig till förfrågningsunderlagets krav på ljus vid betalstationerna, vilket

medfört en konkurrensbegränsning i strid mot likabehandlingsprincipen. Kraven har medfört att Kapsch lidit eller riskerat att lida skada. Redan på dessa grunder finns det således skäl att besluta om ingripande enligt LOU. Eftersom bristerna hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU)


Cecilia Nermark Torgils
rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.