



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Patrik Nordin
 Förvaltningsrättsnotarie

DOM
 2011-03-21
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 480-11
 Enhet 2

SÖKANDE

Tyréns AB, 556194-7986
 118 86 Stockholm

Ombud: Advokat Pernilla Carlsson Rasiwala
 Nord & Co Advokatbyrå KB
 Box 1435
 111 84 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

Ombud: Verksjurist Essa Malmqvist
 Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Tyréns AB:s ansökan och förordnar att Trafikverkets upphandling avseende "Arbetsplan och option bygghandling för ny sträckning för väg E10 och ny sträckning väg 870 inom Kiruna kommun" (dnr TRV 2010/79746 A) ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 4 februari 2011 upphör härmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-03-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 27441

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 ”Arbetsplan och option bygghandling för ny sträckning för väg E10 och ny sträckning väg 870 inom Kiruna kommun” med diarienummer TRV 2010/79746 A. Ett av de bolag som lämnat anbud är Tyréns AB (bolaget). I beslut den 26 januari 2011 tilldelades Vectura Consulting AB (Vectura) kontraktet.

Förvaltningsrätten beslutade den 4 februari 2011 att, i avvaktan på att förvaltningsrätten avgör målet slutligt eller annat förordnar, upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att Vecturas anbud utesluts från utvärderingen alternativt tilldelas noll poäng i utvärderingskriteriet position A, Egna och externa referenser. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Av upphandlingen framgår att en anbudsgivare inte får lämna referenser från andra regioner om det finns uppdrag inom f.d. Vägverket Region Norr under den aktuella tidsperioden och där huvuddelen av erbjuden organisation finns inom regionen. De referensuppdrag som Vectura har redovisat i anbudet härrör från Region Mitt och är stora uppdrag som ger Vectura höga utvärderingspoäng genom att bonuspoäng erhålls på grund av uppdragens storlek. Eftersom huvuddelen av Vecturas organisation, enligt bolagets bedömning, finns inom Region Norr, och företaget dessutom har haft uppdrag inom regionen under den aktuella tidsramen, skulle uppdragen inom Region Norr enligt skall-kravet i upphandlingen istället ha redovisats. Trots att Vecturas anbud inte har uppfyllt angivet skall-krav har Trafikverket utvärderat anbudet. Att anta ett anbud som avviker från krav i upphandlingsunderlaget strider mot 1 kap. 9 § LOU och den gemenskapetsrättsliga principen om likabehandling. Det vanligaste sättet att hantera detta

är att anbudet inte beaktas vid utvärderingen. En alternativ hantering är att anbudet tilldelas noll poäng i den del som anbudet inte uppfyller ett krav. I förevarande fall innebär det att Vecturas anbud bör tilldelas noll poäng i kriteriet ”Egna och externa referenser”.

Trafikverkets agerande i denna del strider även mot kravet på förutsebarhet i LOU. Skrivningen i UF är klar och entydig; har en anbudsgivare referensuppdrag från Region Norr under den aktuella tidsramen måste de anges i de fall huvuddelen av organisationen finns inom regionen. Detta styrks även av att ett uppdrag som skulle ha gett bolaget fyra bonuspoäng inte beaktats av Trafikverket vid utvärderingen. På bolagets fråga har Trafikverket muntligen svarat att referensuppdrag från Region Norr i första hand ska utvärderas. Trafikverket har vid utvärderingen endast nyttjat de uppdrag inom Region Norr som bolaget redovisat.

Trafikverkets antagande av Vecturas anbud är inte bara oförutsebart utan står även i strid med kravet på likabehandling i LOU eftersom övriga anbudsgivare, med vetskap om att detta krav skulle frånfallas, liksom Vectura hade kunnat referera till andra, bättre referensuppdrag från andra regioner än Region Norr. Huruvida det aktuella kravet är ett skall-krav eller inte är dessutom irrelevant. Det som ska bedömas i målet är hur en anbudsgivare hade anledning att förvänta sig att Trafikverket skulle hantera anbuderna i upphandlingen. Under de ovan angivna förutsättningarna står det entydigt att en anbudsgivare inte får hänvisa till referensuppdrag utanför Region Norr. Att Trafikverket trots denna lydelse utvärderat Vecturas anbud strider mot kravet på förutsebarhet och likabehandling.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Trafikverket inte har hanterat Vecturas anbud felaktigt gör bolaget gällande att det diskuterade kravet inte är proportionerligt. Trafikverkets syfte att i första hand kräva referensuppdrag från Region Norr är mycket oklart. Som framgår av utvärderings-

modell och upphandlingsprotokoll har referensuppdrag från Region Norr inte bedömts vara mer värda än uppdrag från andra regioner. Istället är det referentens omdöme samt storleken på uppdraget som är avgörande för poängsättningen av ett visst uppdrag. Det ifrågasätts därför om kravet är lämpligt eller effektivt för att uppnå syftet med referenstagningen. Bolaget har med goda resultat genomfört en mängd större uppdrag i andra regioner som liknar det som nu upphandlas och som därmed skulle tilldelats höga poäng i upphandlingen. Dessa uppdrag skulle, om de hade fått offererats, ha inneburit högre poäng för bolagets anbud samt gett Trafikverket en bättre möjlighet att uppnå det förmodade syftet med referenstagningen. Bolagets anbud var enligt upphandlingsprotokollet det näst bästa anbudet. Genom Trafikverkets agerande riskerar bolaget att lida skada.

Trafikverket bestrider bolagets ansökan och anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Det är inte ifrågasatt av bolaget att Vecturas anbud inte uppfyller ställda skall-krav i kvalificeringsskedet varför det inte finns grund för yrkandet att Vecturas anbud inte skulle utvärderas alls. De referensuppdrag som Trafikverket har begärt in angående ”Egna och externa referenser” avser inte ett skall-krav utan ett utvärderingskriterium. Detta framgår tydligt av bilagan, sidan 2, näst sista stycket som börjar med ”I första hand...” där det anges att anbudsgivare kan redovisa referensuppdrag både inom och utom Region Norr, under vissa angivna förutsättningar. Det bestrids att Vectura skulle erhålla noll poäng på det aktuella utvärderingskriteriet då Vectura har åberopat referensuppdrag inom ramen för vad som angetts. Vectura har huvuddelen av sin organisation utanför Region Norr och får då lämna referenser från andra regioner. Något felaktigt referensuppdrag från Vectura finns inte och det saknas därför också stöd för att tilldela noll poäng vid utvärderingen.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att bolagets tolkning har försteg framför Trafikverkets behov upphandlingen göras om då det inte kan

uteslutas att någon leverantör på grund av en sådan tolkning avstått från att lämna anbud. Det konkurrensuppsökande skedet har i så fall påverkats varför förvaltningsrätten i första hand bör förordna om denna åtgärd.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER M.M.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse 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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 2.1 UF Bilaga 1 "Information om referenstagning" framgår bl.a. följande. "Anbudsgivaren skall lämna referenser på 3-5 uppdrag som färdigställt eller är så långt gångna att granskningshandling redovisats till beställaren. Referensuppdragen skall avse arbetsplan och bygghandling eller enbart arbetsplan. [...] I första hand skall uppdrag inom fd Vägverket Region Norr redovisas i de fall huvuddelen av erbjuden organisation finns inom regionen. Om anbudsgivaren ej har uppdrag inom Region Norr under aktuell tidsperiod får referenser från andra regioner redovisas. I de fall huvuddelen av erbjuden organisation ej finns inom Region Norr får även referenser från andra regioner lämnas."

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i ett upphandlingsförfarande. Alla krav som uppställs måste dock vara förenliga med bl.a. proportionalitetsprincipen. Enligt förvaltningsrätten innebär den aktuella skrivningen gällande referenser från Region Norr ett klart och tydligt krav att referenser från regionen i första hand ska lämnas om huvuddelen av organisationen finns i regionen. Bolaget har även obesträtt angett att Trafikverket valt att inte beakta en av bolagets referenser där uppdraget skett utanför Region Norr.

För att det aktuella kravet ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen krävs att det är lämpligt och effektivt i förhållande till syftet, att det inte funnits mindre ingripande alternativ och att syftet som följer kravet står i proportion till den skada som en anbudslämnare kan orsakas. Trafikverket har inte förklarat syftet med det aktuella kravet eller bemött bolagets invändningar i dessa delar. Förvaltningsrätten finner därmed att bolagets påståenden ska läggas till grund för bedömningen och att det aktuella kravet därmed strider mot proportionalitetsprincipen. Med hänsyn till att bolaget inte kunnat lämna vad bolaget anser vara sina bästa referenser får bolaget i vart fall anses kunna komma att lida skada enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Mot bakgrund av vad som framkommit i målet, och då särskilt eftersom bristen som påvisats kan ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, finner förvaltningsrätten att detta inte kan åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).



Malin Karlsson

förvaltningsrättsfiskal