



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**

Henrik Karlsson

DOM
2010-05-03
Meddelad i
Falun

Mål nr
2314-10, 2317-10
Rotel 2

SÖKANDE

1. Klottrets Fiende No 1 All Remove Syd Förs. AB, 556336-0335
Box 16062
200 25 Malmö

2. All Remove Sweden AB, 556623-1212
Box 564
136 25 Haninge

Ombud:

1 Advokat Ulf Djurberg
2. Jur.kand. Fredrik Olsson
Setterwalls Advokatbyrå Stockholm AB
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

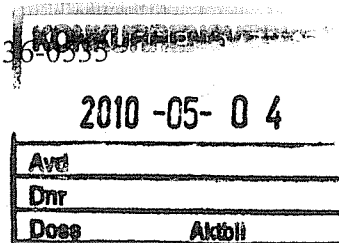
SAKEN

Begäran om överprövning vid upphandling av klottersanering

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Klottrets Fiende No 1 All Remove Syd Förs. AB:s och All Remove Sweden AB:s talan enligt följande. Förvaltningsrätten bestämmer att Trafikverkets upphandling avseende ”Ramavtal klottersanering” (F09-1746/IN80) ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 25 februari 2010 upphör därigenom att gälla.



Dok.Id 4327

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

Banverket genomför en upphandling av "Ramavtal klottersanering" (F09-1746/IN80; Nedan Upphandlingen). Den 15 februari 2010 antogs Color Off i Stockholm AB (Color Off) som leverantör för samtliga delar inom uppdraget. Sedan Klottrets Fiende No 1 All Remove Syd Förs. AB samt All Remove Sweden AB begärt överprövning av upphandlingen har förvaltningsrätten den 25 februari 2010 bestämt att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att domstolen avgör målet slutligt eller på annat sätt förordnar i saken.

Banverket har per den 1 april uppgått i den nya myndigheten Trafikverket. Trafikverket har därmed övertagit ansvaret för nu aktuell upphandling från Banverket.

YRKANDE OCH GRUNDER

Yrkanden och inställning

Klottrets Fiende No 1 All Remove Syd Förs. AB (Klottrets fiende) och All Remove Sweden AB (All Remove) har hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning av Upphandlingen. Klottrets fiende har yrkat att förvaltningsrätten ska bestämma att Upphandlingen ska göras om. All Remove har i första hand yrkat att rätten beslutar att Upphandlingen rättas på så att Color Off:s anbud förkastas. I andra hand har All Remove yrkat att förvaltningsrätten beslutar att Upphandlingen ska göras om.

Trafikverket har motsatt sig bifall till sökandenas samtliga yrkanden.

Grunder

Klottrets fiende anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan. Trafikverket har vid genomförandet av Upphandlingen agerat i strid mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Tra-

fikverkets agerande har medfört att Klottrets fiende lidit eller kan komma att lida skada enligt 15 kap. 2 § LUF. Trafikverket har inte haft rätt att tillämpa LUF för Upphandlingen. Istället borde lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) ha tillämpats, vilket skulle ha omöjliggjort ett förhandlat förfarande enligt 4 kap. 1 § LOU. Den förhandling som Trafikverket genomfört strider mot principerna om transparens och likabehandling. Trafikverket har valt att endast inleda förhandlingar med en anbudsgivare. Då Upphandlingen inte avser en särskilt komplex tjänst hade det varit lätt för Trafikverket att bereda alla anbudsgivare samma möjligheter. Klottrets fiende misstänker att Trafikverkets accept av Color Off:s villkorade rabatt inverkat på poängsättningen av anbuden enligt utvärderingskriterierna. Trafikverket har lämnat motstridiga uppgifter i förfrågningsunderlaget då man först angett att det ekonomiskt mest fördelaktiga budet kommer att antas för att sedan ange att anbudet med det lägsta priset kommer att antas. Att man inte på förhand meddelat vilken grund för tilldelning av kontrakt som kommer att tillämpas är ett brott mot transparensprincipen. Genom att beakta anbudsgivarnas referenser i både kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har Trafikverket gjort sig skyldigt till en sammanblandning som strider mot de EG-rättsliga principerna. Det är inte tillåtet att använda referenser som utvärderingskriterium då det avser anbudsgivarna snarare än anbuden. Trafikverket har inte visat att kriteriet referenser medför ett mervärde i Upphandlingen under utvärderingsfasen. Förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen då Trafikverket inte presenterat hur betygsättningen avseende utvärderingskriterierna ska gå till. Betygsättning sker på en skala från 0-5 utan att ytterligare instruktioner ges. Trafikverket får därmed en närmast fri prövningsrätt. Klottrets fiende har offrerat exakt samma organisation för samtliga huvuddelar i Upphandlingen men har dock viktats olika vid utvärderingen. Det saknas objektiv grund för denna bedömning. Det är tillräckligt att det inte framstår som osannolikt att en leverantörs anbud kunde ha varit annorlunda om konstaterad brist i förfrågningsunderlaget inte hade funnits för att skaderekvisitet

ska vara uppfyllt. Giltighetstiden för i Upphandlingen ingivna anbud har löpt ut. Då giltiga anbud saknas bör förvaltningsrätten förordna om att Upphandlingen ska göras om.

All Remove anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan.

Förstahandsyrkandet: Color Off har inte uppfyllt samtliga skall-krav i Upphandlingen. Slutsumman i den prissatta mängdförteckningen överensstämmer inte med anbudssumman. Color off har vidare inte lämnat ett komplett anbud då efterfrågad information i genomförandebeskrivningen saknas. Color Off har inte baserat sitt anbud på de i mängdförteckningarna upptagna kvantiteterna utan baserat anbudet på sina egna uppskattningar om entreprenadens omfattning. Color Off:s prissättning har inte utgått från förutsättningarna som anges i förfrågningsunderlaget. Trafikverket har agerat i strid med likabehandlingsprincipen då man särbehandlat Color Off och antagit och utvärderat deras bud trots att man var medveten om anbudets brister. Color Off:s anbud är att betrakta som orent då bolaget inte har för avsikt att utföra samtliga arbeten i entreprenaden. Color Off:s anbud är orimligt lågt. Bolaget har inte förmågan att leverera de efterfrågade saneringstjänsterna till det pris som angivits. Color Off har fått genomföra en otillåten komplettering av sitt anbud i strid med principerna om likabehandling och transparens.

Andrahandsyrkandet: Trafikverket har inte haft rätt att tillämpa LUF utan borde ha tillämpat LOU. Detta då klottersanering inte är en tjänst som är nödvändig för att bedriva försörjningsverksamhet. LUF har ett begränsat tillämpningsområde och dess bestämmelser ska tolkas restriktivt. Trafikverket har vidare gjort en otillåten sammanblandning av kvalifikationsfasen och utvärderingsfasen. Trafikverket har beaktat ovidkommande hänsyn vid utvärderingsfasen, vilket har medfört att beslut har meddelats på felaktig grund. Utvärderingskriterierna i Upphandlingen är inte transparenta då anbudsgivarna har saknat möjlighet att förutse vad Trafikverket har tillmätt

betydelse vid prövningen av utvärderingskriterierna. Trafikverket har brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, transparens och öppenhet samt även i övrigt agerat i strid med LUF alternativt LOU.

Trafikverket anför följande till stöd för sin inställning.

Yrkandena om att upphandlingen ska göras om: Eftersom hela den verksamhet som Trafikverket bedriver ytterst syftar till att förvalta järnvägsinfrastruktur skall LUF tillämpas på samtliga upphandlingar som genomförs i dess regi. Bestämmelserna i LUF innebär att en enhet som tillhör försörjningssektorerna skall tillämpa dessa bestämmelser för alla anskaffningar som görs för att kunna bedriva just den verksamheten. Av LUF och upphandlingsföreskrifterna framgår att den upphandlande enheten får förhandla om kontraktsvillkoren med en eller flera av leverantörerna. Den förhandling som genomförts har därmed inte varit i strid med principerna om transparens och likabehandling. Det har tydligt framgått av upphandlingsföreskrifterna att tilldelning ska ske till den som presenterat det ekonomiskt mest fördelaktiga budet. Anbudsgivarens referenser har bara utvärderats i utvärderingsfasen. Utvärderingskriteriet referenser i Upphandlingen skiljer sig väsentligt från det som hade använts i det åberopade rättsfallet från EG-domstolen. I aktuell upphandling används de för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga budet och inte för att utröna anbudsgivarens kapacitet och förmåga i sig. Utvärderingskriteriet är i sin helhet hänförligt till föremålet för Upphandlingen. Någon sammanblandning av kvalificeringsfas och utvärderingsfas har inte skett. Regeringsrätten har uttalat att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Trafikverket har klart definierat vad som ska utvärderas. Ett visst mått av bedömning är dock nödvändigt betygsättning av anbuden. Att Klottrets fiendes anbud på de olika uppdragsdelarna viktats olika beror på

en felskrivning. Felskrivningen har inte påverkat resultatet av utvärderingen. Klottrets fiende har inte lidit skada.

Yrkandet att upphandlingen ska rättas: Color Off har genomfört en uppenbar felräkning som resulterat i att slutsumman i mängdförteckningen inte överensstämmer med anbudssumman. Då felräkningen är uppenbar har Trafikverket genomfört en tillåten justering av beloppen. Color Off har lämnat en sådan genomförandebeskrivning som Trafikverket har efterfrågat. Därmed har anbudet rätteligen upptagits till utvärdering. Color Off har likaså baserat sitt anbud på i mängdförteckningen angivna kvantiteter. Det är upp till anbudsgivarna att avge anbud utifrån de förutsättningar som gjorts i förfrågningsunderlaget. Det är fullt tillåtet att som anbudsgivare göra gissningar eller prognoser avseende vilka deltjänster som kommer att avropas mer eller mindre ofta. Vidare finns det ingen skyldighet att förkasta ett bud som bedöms vara onormalt lågt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Fel förfarande

Förvaltningsrätten har initialt att ta ställning till om Upphandlingen har genomförts enligt korrekt lagstiftning. Trafikverket har genomfört Upphandlingen enligt LUF medan invändningen rests att LOU ska tillämpas.

Av 1 kap. 2 § LUF följer att denna lag gäller för upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster enligt 4-10 §§.

Avseende transporter framgår av 1 kap. 8 § samma lag att en verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana.

Av 1 kap. 2 § LOU framgår att denna lag gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner.

Av förarbetena framgår att i de fall då verksamhet bedrivs inom ramen för både det klassiska EG-direktivet (2004/18/EG, som ligger till grund för LOU) och försörjningsdirektivet (2004/17/EG, som ligger till grund för LUF) är det avgörande för upphandlingen vilken verksamhet det som upphandlas är avsett för. (Prop. 2006/07:128, sid. 137-138, se även 1 kap. 26 § LUF)

EG-domstolen har i målet Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH mot Fernwärme Wien (mål C-393/06) konstaterat att tillämpningsområdet för direktiv 2004/17/EG är strikt begränsat, vilket utgör hinder mot att de förfaranden som föreskrivs där vidgas till att gälla utöver detta tillämpningsområde (punkt 29). Det är endast de kontrakt som en enhet tilldelar avseende och för utövandet av verksamheter som anges i artiklarna 3-7 i detta direktiv som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17 (punkt 31 och 33; se även EG-domstolens mål C-462/03 och C-463/03 punkt 38).

Av direktivet 2004/17/EG artikel 5 framgår avseende transporttjänster att direktivet omfattar verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägs-transporter, automatiserade system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana (jämför 1 kap. 8 § LUF ovan).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten anser, mot bakgrund av vad som ovan anförts, att aktuell klottersaneringstjänst är av sådan beskaffenhet att den innefattas i Trafikverkets uppgift att tillhandahålla och driva publika nät för järnvägs-

transporter. Upphandlingen omfattas därmed av bestämmelsen i 1 kap. 2 § jämförd med 1 kap. 8 § LUF. Eftersom rätt lag således tillämpats har Trafikverket också haft rätt att använda ett förhandlat förfarande. Förvaltningsrätten anser inte att den förhandling som genomförts mellan Trafikverket och Color Off stått i strid mot de gemenskapsrättsliga principerna för upphandling eller lagstiftningen i övrigt.

Grund för tilldelning av kontrakt

Utifrån vad som framgår av förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att det tydligt kan utläsas att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att antas.

Utvärdering av referenser m.m.

Invändningen har rests att Trafikverket har agerat i strid med EG-rättens principer genom att beakta anbudsgivarnas referenser i både kvalificerings- och utvärderingsfasen. Det har vidare anförts att det som huvudregel inte är tillåtet att använda referenser som utvärderingskriterium utom i de fall då det är nödvändigt för att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det har också gjorts gällande att Trafikverket inte redovisat hur referenserna ska användas i syfte att utröna vilket anbud som är det mest ekonomiskt mest fördelaktiga.

EG-domstolen har i målet Emm. G. Lianakis AE m.fl. mot Dimos Alexandropoulis mfl. (C-532/06) konstaterat att upphandlingens kvalificeringsfas ska utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. Domstolen konstaterade vidare att denna fas ska separeras från utvärderingsfasen, i vilken den upphandlande enheten ska tilldela kontrakt med hänsyn till lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (punkt 26-28). Domstolen konstaterade att det inte är förenligt med EG-rätten att den upphandlande enheten under ett anbuds-förfarande beaktar anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning

som kriterier för tilldelning (punkt 32). EG-domstolen har i målet Beentjes (C-31/87) konstaterat att en upphandlande enhet får välja kriterier för kvalitativt urval under förutsättning att dessa är ägnade att fastställa det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen finns inte så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga budet (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom i mål 7332-08 och 5910-08). Om referenser ska kunna användas i utvärderingsfasen, måste dessa medföra en möjlighet till materiell bedömning. En lista över namngivna referenser är inte tillräckligt (se målet GAT Österreichische Autobahn, C-315/01).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av upphandlingsföreskrifterna (UFB 31, punkt 2, underpunkt 8) framgår (under rubriken Administrativa och tekniska uppgifter) att anbudsgivaren till sitt bud ska bifoga uppgift om relevanta referensobjekt. Av UFB 51 framgår att den upphandlande enheten i kvalificeringsfasen avser att pröva anbuderna utifrån kriterierna teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet. I sammanhanget sägs att anbudsgivarens organisation ska ha utfört liknande uppdrag inom Järnvägssektorn.

AV UFB 52 framgår att kriteriet referenser även avses prövas i utvärderingsfasen. Erfarenhet och referenser är ett av fyra utvärderingskriterier som ska poängsättas (1-5 poäng) och som kommer att påverka anbudssumman enligt mervärdesmetoden. Det saknas vidare uppgifter om hur kriteriet erfarenhet förväntas bidra till att utröna vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Förvaltningsrätten bedömer att Trafikverket har gjort en otillåten sammanblandning av upphandlingens faser i förfrågningsunderlaget. Slutsatsen grundar sig på att kravet på referenser återkommer även som utvärderings-

grund, utan att det framgår på vilket sätt kriteriet bidrar till att säkerställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. En otillåten sammanblandning av upphandlingsfaserna kan utgöra skäl för ingripanden enligt LUF (jfr Kammarrättens i Göteborg mål nummer 5910-08).

Bristfälliga utvärderingskriterier

Sökandena har gjort gällande att Trafikverkets utvärdering av anbuden utefter kriterierna genomförandebeskrivning, organisation samt erfarenhet och referenser strider mot transparensprincipen då det inte framgått hur betygsättningen genomförts.

EG-domstolen har i ovan refererat rättsfall Lianakis (C-532/06) uttalat att den upphandlande enheten i vederbörlig ordning ska informera om de kriterier och villkor som aktualiseras i varje upphandling.

EG-domstolen har i målet Concordia (C-513/99) bland annat uttalat att en upphandlande enhet själv får välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas under förutsättning att dessa har ett samband med kontraktets föremål och inte ger enheten en obegränsad valfrihet. I svensk rättspraxis har regeringsrätten i RÅ 2002 ref. 50 konstaterat att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 10 juli 2009 (mål 2295-09) konstaterat att en upphandling stred mot principerna om transparens och lika-behandling då det av förfrågningsunderlaget inte framgick utefter vilka kriterier poängsättning i utvärderingsfasens olika kategorier skulle ske. Kammarrätten fann att avsaknaden av bedömningsspecifikation gav utrymme för godtycke och gav den upphandlande enheten fri prövningsrätt på ett sätt som föranledde att upphandlingen måste göras om.


Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten anser att den poängsättning som Trafikverket genomfört i utvärderingsfasen inte uppfyller de krav som ställs på transparens. Slutsatsen grundar sig på att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vilka omständigheter i respektive kategori som kan ge poäng. I avsaknad av en specificerad ram för värdering av de olika anbuden, har Trafikverket lämnats utrymme för godtycke och getts en i det närmaste fri prövningsrätt.

Skada

Som förvaltningsrätten konstaterat är det lagval som gjorts förenligt med gällande lagstiftning och rättspraxis. Det finns emellertid brister i förfrågningsunderlaget som är av sådan omfattning att upphandlingsförfarandet står i strid mot LUF och gemenskapsrätten. Bristerna har enligt förvaltningsrättens mening medfört att Klottrets fiende och Remove All riskerat att lida skada. Vid sådant förhållande och då bristerna hänför sig till upphandlingens konkurrensutsättande skede, ska upphandlingen göras om. Detta innebär att det saknas skäl att pröva Remove All:s förstahandsyrkande att upphandlingen ska rättas på visst sätt.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c).


Cecilia Nermark Torgils
rådman

