



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**

Handläggare: förvaltningsrätts-
notarien Victor Lengquist

DOM

2011-06-23
Meddelad i
Falun

Mål nr
1567-11
1568-11
1890-11

KONKURRENSVERKET	
2011-06-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

NCC Roads AB, 556302-3307
170 80 Solna

Ombud: Jur.kand. Lovisa Molander
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Rogert Andersson
Juridik och planprovning
Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Trafikverkets upphandlingar av totalentreprenad avseende drift och underhåll på allmänna vägar inom driftområde Lycksele i Västerbotten, driftområde Sundsvall i Västernorrlands län och driftområde Piteå i Norrbottens län, med respektive diarienummer 2010/95750 A, 2010/10844 och 2010/95752 A, ska göras om.

Enhet 2

BAKGRUND

Trafikverket har bjudit in leverantörer att senast den 9 mars 2011 lämna anbud i en upphandling av totalentreprenad avseende drift och underhåll på allmänna vägar inom driftområde Lycksele i Västerbotten (TRV 2010/95750 A), en upphandling av totalentreprenad avseende drift och underhåll på allmänna vägar inom driftområde Sundsvall i Västernorrlands län (TRV 2010/10844) och en upphandling av totalentreprenad avseende drift och underhåll på allmänna vägar inom driftområde Piteå i Norrbottens län (TRV 2010/95752 A). Upphandlingarna har genomförts genom ett öppet förfarande. Av tilldelningsmeddelanden den 28 mars 2011 (Lycksele och Sundsvall), respektive den 18 april 2011 (Piteå), framgår att Peab AB antagits som leverantör i de tre upphandlingarna.

YRKANDEN M.M.

NCC Roads AB (nedan benämnt bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingarna. Bolaget yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att upphandlingarna ska rättas och i andra hand att de ska göras om.

Trafikverket bestrider bifall till bolagets yrkanden.

BESTÄMMELSER

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.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Enhet 2

Av 16 kap. 5 § framgår 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 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.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrättens prövning i målet utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav (s.k. *skall-krav*) som regel inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste sålunda vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om ett öppet förfarande.

Uteslutningsgrunden

Bolaget har ostridigt angett ett pris för halkbekämpning avseende GC-vägar som är två gånger högre än motsvarande pris för snöröjning inom respektive upphandling. Av förfrågningsunderlagen framgår att denna prissättning är otillåten för *väglklasser* (UFB.31).

Bolaget har anfört att dess anbud uteslutits från utvärdering i strid mot förfrågningsunderlagen eftersom det tydligt framgår att GC-vägar inte är en väglklass. GC-vägar definieras i förfrågningsunderlagen som gångbanor,

Enhet 2

gång-, cykel- och mopedvägar invid och avskilda från vägar. GC-vägar återfinns vare sig i tabellen över vägklasser ordnade efter trafikflöde eller i listorna över vägklasser (dokument 6.09), vilket är ologiskt. Undantaget är de fem kilometer GC-vägar avskilda från vägar som tilldelats vägklass 4 inom Trafikområde Lycksele. GC-vägar ingår inte heller i vägnätens totala längd som angetts i respektive förfrågningsunderlag (UFA.21).

Trafikverket har anfört att *vägklass* definieras i förfrågningsunderlagens begreppsförklaringar och att trafikflöde (ÅDT) inte anges för GC-vägar. För GC-vägar görs ett uttryckligt undantag i förfrågningsunderlagen mot förbudet att oavsett vägklass prissätta antingen snöröjning eller halkbekämpning fyra gånger högre än den lägst prissatta åtgärden.

Förvaltningsrätten noterar att det under rubriken *vägklass* i förfrågningsunderlaget framgår att ”vägar är klassade i vägklass 1, 2, 3, 4, 5 och GC-vägar enligt tabellen, beroende på vilket ÅDT vägen har”. Under rubriken *rörlig ersättning* (UFB.31) framgår vidare att ”inom varje vägklass på konto 81.12 och 81.13 får ingen av åtgärderna [...] prissättas högre än två gånger priset för den lägst prissatta åtgärden”. Under rubrikerna konto 81.12 och 81.13 i förfrågningsunderlagets mängdförteckning finns såväl vägklass 1 – 5 som GC-vägar uppförda. Av det undantag som Trafikverket hänvisat till framgår att ”ingen av åtgärderna [...] på konto 81.12 och 81.13 får vara högre prissatt än fyra gånger den lägst prissatta åtgärden oavsett vägklass. (Denna regel gäller inte GC-vägar)”. Med hänvisning till rubriksättningen i förfrågandeunderlaget och till att undantaget uttryckligen inte inkluderar GC-vägar finner förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget med tillräcklig tydlighet måste anses framgå att GC-vägar utgör en *vägklass*. Bolaget har således inte visat att dess anbud uteslutits från utvärdering i strid med förfrågningsunderlaget. Det saknas därmed skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.

Enhet 2

Transparens

Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget är alltför oklart eftersom ingen entydig definition av begreppet *väglass* getts och att uteslutningen av bolagets anbud därmed strider mot principen om transparens.

Trafikverket har anfört att definitionen av begreppet väglass är entydig och att vare sig de övriga två anbudsgivarna i den aktuella upphandlingen eller anbudsgivare i andra upphandlingar missförstått begreppet väglass.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av principerna om transparens och likabehandling följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna en konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr. RÅ 2002 ref. 50). Vid denna bedömning måste hänsyn tas till vad anbudsgivare inom en viss bransch normalt får förutsättas ha kännedom om. Förvaltningsrätten finner inte att bolaget visat att förfrågningsunderlaget varit så otydligt att en normal anbudsgivare inom den aktuella branschen varit förhindrad att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Proportionalitet

Bolaget har anfört att de ovillkorliga föreskrifterna i förfrågningsunderlaget om viss typ av prissättning inte är proportionerliga, och har medfört oproportionerliga konsekvenser och effekter, av följande skäl. Föreskrifterna är inte utformade på ett sätt som gör att Trafikverket får ett så lågt pris som möjligt. De är inte heller nödvändiga för att uppnå detta. Föreskrifterna hindrar en anbudsgivare från att offerera ett lågt pris för viss åtgärd utan att sänka priset för en annan. Det är anbudsgivarna som

Enhet 2

är bäst lämpade att avgöra hur konkurrenskraftiga anbud ska utformas och prisstrategier är en viktig del av entreprenörers konkurrensmedel. Föreskrifterna förhindrar helt fri prissättning och begränsar konkurrensmöjligheterna på marknaden. Denna begränsning är inte nödvändig för att säkerställa att en entreprenör utför vad han åtagit sig eftersom detta kan uppnås med sedvanliga kontraktspåföljder. Inte heller skyddar föreskrifterna mot underprissättning där exempelvis snöröjning prissätts till 1 kr och halkbekämpning till 1,5 kr eftersom en entreprenör kan ta igen denna förlust på betydligt större och kostsammare konton. Trafikverket har på grund av föreskrifterna antagit anbud som är 17 (Lycksele), 14,5 (Sundsvall) respektive 2,5 (Piteå) procent högre än bolagets. Bolaget hade vunnit upphandlingarna även om det offererat ett 14 622 kr (Lycksele), 26 092 kr (Sundsvall) respektive 88 841 kr (Piteå) högre pris avseende konto 81.133 (*Snöröjning GC-vägar*). Dessa summor har utgjort 0,01 (Lycksele), 0,1 (Sundsvall) respektive 0,5 (Piteå) procent av bolagets totala anbud. Även dessa omständigheter visar de helt orimliga och oproportionerliga effekterna föreskrifterna och tillämpningarna av dessa fått.

Trafikverket har anfört att begränsningen av anbudsgivarnas möjlighet att sprida priserna allt för mycket mellan snöröjning och halkbekämpning är motiverat av trafiksäkerhetsskäl. Besiktning av om snöröjning eller halkbekämpning verkligen utförs låter sig inte praktiskt göras varför det återstår att skapa tillräckliga incitament för att detta görs. Entreprenörer som, efter spekulation i viss typ av vinterväder, lagt ett allt för lågt pris på antingen snöröjning eller halkbekämpning, har inget fullgott incitament att utföra nödvändiga åtgärder på grund av den större diskrepansen mellan vad denne budgeterat och den verkliga kostnaden.

Förvaltningsrätten konstaterar att proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören

Enhet 2

eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.


Av EG-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.

De aktuella upphandlingarna avser drift och underhåll av vägar. Trafikverket har enligt vad som framkommit haft för avsikt att begränsa prisspridningen mellan snöröjning och halkbekämpning för att ge anbudsgivare fullgott incitament att företa såväl den ena som den andra åtgärden oavsett vinterutfall. I enlighet med vad bolaget anfört kan dock åtgärdens effektivitet ifrågasättas eftersom den inte förhindrar att låga pris offereras för såväl den ena som den andra åtgärden. Förvaltningsrätten finner därför att det uppställda kravet är oproportionerligt och meddelat i strid med LOU. En konsekvens av att Trafikverket valt som skall-krav en oproportionerlig prisspridningsmodell är att bolaget uteslutits från utvärderingen. Bolaget, som obesträtt uppgett att de lämnat lägst anbud, har således lidit, eller har i vart fall riskerat att lida skada till följd av detta. Förvaltningsrätten anser inte att det är tillräckligt att göra en bedömning av ett individuellt förhållande (jfr. Kammarrätten i Jönköping mål nr 2808-10) utan överträdelsen av LOU får snarare anses hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Enhet 2

Upphandlingen bör därför göras om.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Anna Önell', written in a cursive style.

Anna Önell

rådman