



KONKURRENSVERKET	
2015 -10- 16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Mark & Energibyggarne i Göteborg AB, 556215-3865
Möbelgatan 2 B
431 33 Mölndal

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 16 september 2015
i mål nr 2799-15, se bilaga A

SAKEN

Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avskriver målet om överprövning av upphandling av en del av Västlänken (dnr TRV 2014/76482).

Kammarrättens interimistiska beslut den 28 september 2015 upphör därmed att gälla.

Kammarrätten avvisar yrkandet om ogiltigförklaring av avtal samt yrkandet om att rätten ska besluta att Trafikverket inte får fullgöra avtalet innan något annat har bestämts. Kammarrätten överlämnar målet i dessa delar till Förvaltningsrätten i Falun för handläggning.

YRKANDEN M.M.

Mark & Energibyggarne i Göteborg AB:s talan har inledningsvis avsett överprövning av den aktuella upphandlingen. Kammarrätten har den 28 september 2015 beslutat att Trafikverket inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Mark & Energibyggarne i Göteborg AB har, efter att ha fått kännedom om att avtal har tecknats, ändrat sitt yrkande till att avse ogiltigförklaring av det numera ingångna avtalet. Mark & Energibyggarne i Göteborg AB yrkar även att rätten ska besluta att Trafikverket inte ska få fullgöra avtalet innan något annat har bestämts.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE


Enligt 16 kap. 6 § andra stycket lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör. Kammarrätten är därför förhindrad att pröva målet såvitt avser överprövning av upphandlingen. I denna del ska målet avskrivas från vidare handläggning och kammarrättens interimistiska beslut den 28 september 2015 därmed upphöra att gälla.

Mark & Energibyggarne i Göteborg AB har justerat sitt yrkande till att avse ogiltighet av det avtal som numera har tecknats. Med hänsyn till instansordningsprincipen finner kammarrätten att denna fråga inte bör prövas av kammarrätten som första instans. Yrkandet om ogiltigförklaring av avtal samt yrkandet om att rätten ska besluta att Trafikverket inte får fullgöra avtalet innan något annat har bestämts ska därför avvisas. Målet ska i stället överlämnas till förvaltningsrätten för handläggning med anledning av dessa yrkanden.


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



Peter Lij
kammarrättsråd
ordförande



Petra Ebbing
kammarrättsråd



Carl Johan Fahlander
tf. kammarrättsassessor
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Förvaltningsrättsnotarien
Johanna Maukku

DOM
2015-09-16
Meddelad i
Falun

Mål nr
2799-15

SÖKANDE

Mark & Energibyggarna i Göteborg AB, 556215-3865
Möbelgatan 2 B
431 33 Mölndal

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Mark & Energibyggarna i Göteborg AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 146624

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför en upphandling av en del av västlänken (dnr TRV 2014/76482). Detta sker genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). I förfrågningsunderlaget anges bl.a. vissa referenskrav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Trafikverket meddelade tilldelningsbeslut den 30 juni 2015. Mark & Energibyggarna i Göteborg AB (MEAB) tilldelades inte kontraktet med motiveringen att bolaget inte uppfyllde följande ska-krav. ”Genomfört två (2) tidigare uppdrag gällande ledningsomläggningar i storstadsmiljö, uppdragens storlek ska ha varit på minst 50 miljoner SEK vardera och får ej vara äldre än ifrån 2005. (Ej avslutade uppdrag är accepterat då minst hälften av entreprenadens totala kontraktsumma är upparbetad.)”

YRKANDEN M.M.

MEAB ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Rättelse ska ske genom att bolagets anbud kvalificeras och ny utvärdering av kvalificerade anbud görs. MEAB anför i korthet följande. Vid anbudstidens utgång uppfyllde MEAB samtliga i upphandlingen ställda ska-krav. Trafikverket har agerat i strid med 1 kap. 24 § LUF när MEAB:s anbud förkastats. Om förvaltningsrätten anser att Trafikverket agerat korrekt när MEAB:s anbud förkastades brister upphandlingen i kravet på transparens eftersom det varit omöjligt för anbudsgivarna att veta vad Trafikverket efterfrågar och tillmäter särskild betydelse i upphandlingen. Upphandlingen måste i så fall göras om eftersom förfrågningsunderlaget påvisar uppenbar otydlighet och brister i transparens. Trafikverkets agerande har medfört att MEAB har lidit eller kan komma att lida skada.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter den grundar sin talan på (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad MEAB anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LUF och detta har medfört att MEAB lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Vad parterna anfört

MEAB har anfört bl.a. följande. Trafikverket har förkastat MEAB:s anbud trots att det uppfyller samtliga ställda ska-krav och rättelse bör därför ske. Tre olika uppdrag som avser ledomläggningar i storstadsmiljö och uppfyller omsättningskravet har redovisats. Anbudet borde rätteligen ha kvalificerats till utvärdering och eftersom MEAB offererat lägsta pris hade de vunnit upphandlingen. Förfrågningsunderlaget kan inte ges annan tolkning än att uppdrag utförda under ett och samma ramavtal får tillgodoräknas som ett referensuppdrag. Med den tolkningen är det ostridigt att anbudet uppnår den krävda omsättningsnivån. Det följer direkt av LUF att en beräkning av ett ramavtals värde ska omfatta det sammanlagda värdet av samtliga åtgärder vidtagna under ramavtalet och dess löptid. Det har därför varit naturligt för MEAB att tolka förfrågningsunderlaget på detta sätt. Hälften av anbudsgivarna har tolkat förfrågningsunderlaget på samma sätt. MEAB gör inte gällande att ett ramavtal där inga avrop gjorts kan åberopas med framgång som ett referensuppdrag i upphandlingen utan att det sammanlagda faktiska utfallet av ramavtalet kan åberopas.

Om Trafikverkets tolkning av förfrågningsunderlaget ska gälla brister upphandlingen i transparens eftersom det varit omöjligt för anbudsgivararna att veta vad Trafikverket efterfrågat och tillmäter särskild betydelse. Enligt LUF ska en beräkning av ett ramavtals värde omfatta det sammanlagda värdet av samtliga åtgärder vidtagna under ramavtalet och dess löptid. Det är naturligt för en leverantör som är bevandrad i aktuell upphandlingslagstiftning att tolka förfrågningsunderlaget på det sätt som MEAB gjort. Om det var enskilda entreprenader som avsågs hade Trafikverket haft att tydligt ange detta i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget har därmed varit otydligt och upphandlingen måste göras om. Då en annan leverantör har tolkat ska-kravet på samma sätt som MEAB och blivit förkastade därför har upphandlingen inte konkurrensetsatts på bästa sätt. En liknande entreprenad till ett sådant värde so nu är fråga om har sannolikt aldrig tidigare genomförts i Sverige vilket betyder att även vinnande anbudsgivare med största sannolikhet inte heller uppfyller ställt omsättningskrav på referensuppdragen. Kravet exkluderar således i princip samtliga leverantörer på den svenska marknaden. Upphandlingen måste därför göras om eftersom kravet både är otydligt och oproportionerligt.

Trafikverket har anfört bl.a. följande. De av MEAB lämnade referensuppdragen utgörs av olika typer av avrop mot olika projekt från tre olika ramavtal. Verkets uppfattning är att olika typer av avrop gentemot olika projekt under ett ramavtal inte kan ses som ett uppdrag. Inget av de tre angivna referensuppdragen uppfyller upphandlingens krav. Angivna kontaktpersoner har upplyst Trafikverket om att det inte rör sig om ett utan om flera uppdrag genom avrop till olika projekt där storleken på avropen varierat men som mest varit mellan tio och 15 miljoner kronor. Med hänsyn till likabehandlingsprincipen har Trafikverket inte kunnat anse att MEAB visat att de uppfyller det ställda kvalificeringskravet.

Kravet om referensuppdrag är i sig tydligt och brister inte i transparens. Ett ramavtal kan inte likställas med ett uppdrag på en viss storlek då ett ramavtal inte är ett löfte om en viss omsättning utan en uppskattning av en sådan. Ett ramavtals slutliga värde behöver inte heller motsvara ett uppdrags totala värde då det kan utgöras av avrop av olika typer av tjänster mot flera olika projekt. Kravet i upphandlingen om att anbudsgivaren ska ha genomfört två tidigare uppdrag gällande ledningsomläggningar i storstadsmiljö med omsättning om 50 miljoner kronor är tydligt och klart angivet i förfrågningsunderlaget. Kravet är proportionellt med hänsyn till att det aktuella uppdragets storlek som uppgår till över 150 miljoner kronor.

Förvaltningsrättens bedömning

Den första fråga förvaltningsrätten har att avgöra är om förfrågningsunderlaget brister i transparens.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Förfrågningsunderlaget får inte vara utformat så att det ger den upphandlande enheten en i princip fri provningsrätt. I kravet på transparens ligger att anbudsgivarna ska kunna utforma sina anbud på ett sådant sätt att de är så konkurrenskraftiga som möjligt utifrån de i förfrågningsunderlaget givna förutsättningarna. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LUF och unionsrätten inte träds för när.

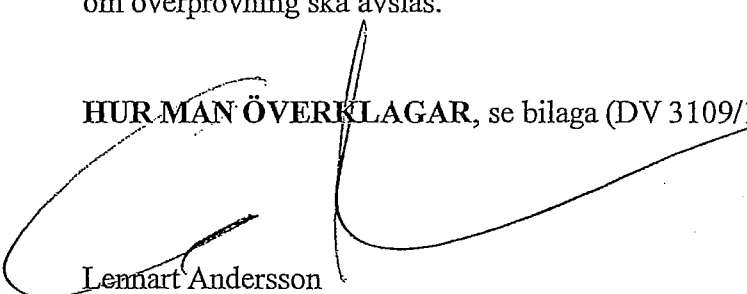
Förvaltningsrättens bedömning i aktuellt fall är att det ställda kravet om referensuppdrag som var för sig ska ha omfattat 50 miljoner kronor i sig är tydligt. Enligt förvaltningsrättens mening måste anbudsgivarna härigenom anses ha fått en tillräckligt god bild av vad Trafikverket kommer att lägga vikt vid med hänsyn till den aktuella upphandlingens omfattning. Flera avrop under ett ramavtal kan enligt gängse språkbruk inte betraktas som ett enda uppdrag. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF på den grunden.

Vad sedan gäller frågan om det finns skäl att rätta upphandlingen gör förvaltningsrätten följande bedömning. De är ostridigt att de referensuppdrag som MEAB uppgett i anbudet utgörs av flera olika projekt från olika ramavtal och att ska-kraven är uppfyllda endast om viss sammanräkning sker. Enligt förvaltningsrättens mening uppfyller därmed MEAB:s anbud inte samtliga ska-krav i upphandlingen eftersom olika projekt under ett ramavtal inte kan ses som ett enda uppdrag i den mening som anges i förfrågningsunderlaget. Trafikverket har således haft fog för att förkasta anbudet.

MEAB har anfört att även vinnande anbud inte torde uppfylla kravet på referensuppdrag eftersom ett liknande uppdrag sannolikt inte genomförts tidigare i Sverige. Något stöd för detta påstående har dock MEAB inte kommit in med. Det uppgivna förhållandet framgår inte heller på annat sätt av utredningen i målet. Redan på grund av det anförda kan bolagets talan i den delen inte leda till något ingripande enligt LUF.

Förvaltningsrätten kommer sammanfattningsvis fram till att MEAB:s ansökan om överprövning ska avslås.

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



Lennart Andersson
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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.