

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTTLANDS LÄN

DOM
2009 -12- 0 4
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3507-09
Rotel 6

SÖKANDE

Vectura Consulting AB, 556767-9849
Box 46
171 41 Solna

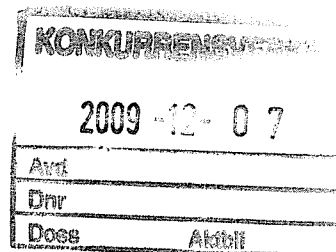
Ombud: Advokat John Hane
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Transportstyrelsen
Vikboplan 7
601 73 Norrköping

SAKEN

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

**LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Länsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först efter rättelse på så sätt att Vectura Consulting AB:s anbud beaktas vid ny utvärdering.

Länsrättens beslut den 29 oktober 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 87380

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

Transportstyrelsen genomför en offentlig upphandling, öppet förfarande, med avsikt att teckna ramavtal med flera leverantörer och tillgodose behovet av konsulttjänster avseende marknadsundersökningar/analyser samt utvärderingar (dnr TSG 2009-528). Upphandlingsobjektet fördelar sig på metodområdena A, B och C. Anbud som uppfyller kvalificerings- och skall-kraven i förfrågningsunderlaget ska för vart och ett av områdena utvärderas i enlighet med principen ”det lägsta priset”.

Transportstyrelsen har funnit att Vectura Consulting AB (bolaget), som lämnat anbud för samtliga delområden, inte uppfyller kvalificeringskravet avseende referensuppdrag. Bolagets anbud har därför inte utvärderats.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att länsrätten i första hand förordnar om den rättelsen att bolagets anbud tas upp till prövning i ny utvärdering, och att Transportstyrelsen som en följd därav meddelar nytt tilldelningsbeslut. I andra hand yrkar bolaget att länsrätten förordnar att upphandlingen i sin helhet görs om på så sätt att Transportstyrelsen utlyser en ny upphandling vari bestämmelserna i LOU tillämpas.

Transportstyrelsen yrkar att bolagets talan ska avslås.

Länsrätten beslutade den 29 oktober 2009 att upphandlingen inte fick avslutas.

Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Efter ett beslut av riksdagen bildades bolaget den 1 januari 2009 genom en sammanslagning av Vägverket Konsult och Banverket Projektering. Mot denna bakgrund har Transportstyrelsen felaktigt bortsett från referensuppdrag i tiden innan den 1 januari 2009 och inte tillgodoräknat bolaget dessa vid anbudsutvärderingen. Referenser helt i enlighet med förfrågningsunderlaget har lämnats för vart och ett av de offererade områdena. – Transportstyrelsen har inte

kunnat bortse från referensuppdrag som varit hänförliga till Vägverket Konsult och Banverket Projektering eftersom dessa nu ingår i bolaget och referensuppdragen därmed är hänförliga till bolaget. För det fall länsrätten skulle finna att referensuppdragen ändå inte ska anses hänförliga till bolaget görs i andra hand gällande att uppställt kvalificeringskrav strider mot den gemenskapsrättsligt grundläggande principen om proportionalitet och 1 kap. 9 § LOU. Principen om proportionalitet innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa upp krav som inte är nödvändiga för att leverantörer ska kunna fullgöra avtalet. Kraven i upphandlingsförfarande ska enkelt uttryckt stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Detta har även uttalats i svensk rättspraxis, bl.a. i Kammarrätten i Stockholms dom den 13 januari 2009 i mål nr 8457-08. – Av den anbudsutvärdering som Transportstyrelsen genomfört framgår att bolagets anbud hade varit det näst lägsta prismässigt beträffande område A och B. Eftersom bolaget, om dess anbud hade tagits upp till anbudsutvärdering, hade blivit föremål för ramavtal beträffande område A och B, har bolaget genom Transportstyrelsens agerande lidit skada.

Transportstyrelsen anför till stöd för sin talan bl.a. följande. De referensuppdrag som bolaget hänvisat till i sitt anbud är uppdrag som utförts av annan juridisk person än bolaget eftersom uppdragen genomförts före bolaget startade sin verksamhet. Det framgår dock inte inom vilken juridisk person uppdragen har utförts utom på ett ställe där det anges att uppdragsansvarig hos bolaget var viss person. Det sistnämnda är i sig en intressant uppgift eftersom bolaget inte ens existerade då. Med andra ord har det inte varit helt klart vilken organisation som har utfört uppdragen. – Även om en övergång av verksamhet sker, som i bolagets fall, genom sammanslagning av Vägverket Konsult och Banverket Projektering, ger det inga garantier för att den kompetensen som fanns i de tidigare organisationerna verkligen finns kvar i den nya organisationen. Bolaget har i sitt anbud inte berört denna överföring av verksamhet på annat sätt än genom att konstatera att

den genomförts. Det finns därmed inte någon möjlighet för Transportstyrelsen att över huvud taget göra en värdering av sammanslagningen. I samband med att en ny verksamhet bildas på grunden av två andra, kommer dock alltid frågor att uppstå kring samarbetsformer etc. Det är inte möjligt för Transportstyrelsen att ta hänsyn till uppdrag som utförts inom ramen för en helt annan verksamhet. Dessutom är det inte enbart enstaka konsulter kompetens som är intressant i sammanhanget. Konsulter kommer och går medan organisationer ofta består. Det är därför viktigt att organisationen i sig kan visa att den har förmågan att hantera uppdragen t.ex. genom erfarenhet och välutvecklade undersökningsmetoder. Därför var det viktigt för Transportstyrelsen att säkerställa att anbudsgivarna hade en organisation som kunde klara de uppdrag som kan förväntas uppstå inom ramen för Transportstyrelsens uppdrag och verksamhet. – Transportstyrelsen anser inte att bolaget har uppfyllt detta krav då de referensuppdrag bolaget hänvisat till i sitt anbud inte har utförts av bolaget. Om Transportstyrelsen hade betraktat referensuppdragen som hänförliga till bolagets verksamhet hade de skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget frångåtts vilket är i direkt strid med likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet i både LOU och de EG-rättsliga principerna som bär upp upphandlingslagstiftningen. I händelse av att bolagets anbud godkändes skulle övriga leverantörer lida skada eftersom kraven då sätts lägre än för övriga anbudsgivare. – Vidare kan ifrågasättas om de redovisade referensuppdragen verkligen är av den karaktär lagen tar sikte på. I LOU förutsätts att de uppdrag som åberopas som referensuppdrag är genomförda för andra kunders räkning. Ett av syftena bakom detta är att leverantören visat dels en förmåga att arbeta med sakfrågan, dels en förmåga att hantera en relation med en annan organisation i en uppdragssituation. Såvitt får förstås av bolagets anbud är de redovisade uppdragen utförda av Vägverket Konsult åt Vägverket. Då Vägverket Konsult utgjorde en resultatenheter inom Vägverket är uppdragen inte utförda åt en annan organisation, och därmed inte den typ av uppdrag som kan åberopas inom ramen för upphandlingen. – Vad gäller

bolagets påstående om att kravet i förfrågningsunderlaget på referensuppdrag skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen är detta helt felaktigt. I praxis har rekvisiten för att ett krav ska anses vara proportionerligt uttryckts på bl.a. följande sätt: "För att vara proportionerligt måste kravet vara nödvändigt för att uppnå de eftersträvade syftena, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ". – Skälet till att ställa krav på referensuppdrag inom de senaste tre åren var att säkerställa att Transportstyrelsen skulle få leverantörer med tidigare erfarenhet av marknadsundersökningar och utvärderingar. En marknadsundersökning är en tjänst som till sin natur är relativt komplex att genomföra och som kräver att den organisation som genomför undersökningen har en struktur och en kunskap att hantera de frågor och svårigheter som uppstår inom ramen för arbetet. Det är i sig ett krav som är både rimligt och legitimt i sammanhanget. Transportstyrelsen anser att tidigare erfarenhet är helt nödvändigt för att uppnå syftet med den typen av tjänst som det här handlar om. – Den enda mindre ingripande åtgärden som skulle ha kunnat vidtas härvidlag är att helt efterge kravet på erfarenhet. Om Transportstyrelsen skulle anta leverantörer helt utan erfarenhet för att genomföra de undersökningar och utvärderingar som är nödvändiga för att Transportstyrelsen ska kunna fullgöra sin verksamhet och uppfylla regeringens transportpolitiska mål, skulle det på ett allvarligt sätt äventyra resultaten av, och därav slutsatserna från dessa viktiga undersökningar. Därför hade inte någon mindre ingripande åtgärd kunnat vidtas i denna upphandling utan att hela syftet med upphandlingen skulle ha förfelats. – Det ska påpekas att kravet inte heller strider mot proportionalitetsprincipen genom att verka konkurrensbegränsande då Transportstyrelsen fått många anbud (21 st.). – Som en följd av det som anförts ovan har bolaget inte lidit eller kunnat komma att lida skada. Således saknas rättslig grund för bolagets ansökan om överprövning varför den ska avslås.

Bolaget anför därefter bl.a. följande. Det kan betonas att ifrågavarande verksamhetsöverlåtelse i praktiken inneburit att Vägverket Konsults och Banverket Projekterings verksamheter fullständigt har kommit att överföras till bolaget. Mot denna bakgrund ifrågasätts Transportstyrelsens påstående om att det efter övergång inte skulle finnas några garantier för att kompetens i tidigare organisation senare skulle finnas kvar i den nya organisationen. Härtill kommer att verksamhetsövergången beskrevs i bolagets anbud. – Transportstyrelsen har med lätthet kunnat inhämta ett förtydligande från bolaget för det fall myndigheten detta till trots funnit frågan om garantier för fortsatt kompetens oviss. Det konstateras också att Transportstyrelsen även haft möjlighet att inhämta information om fusionen från Transportstyrelsens och bolagets gemensamma ägare, Näringsdepartementet. En begäran om förtydligande enligt ovan hade kunnat ske helt i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och Transportstyrelsen hade inte heller genom något av de föreslagna ägerandena handlat i strid med de gemenskapsrättsligt grundläggande principerna. Ett sådant förtydligande hade även kunnat reda ut den fråga som Transportstyrelsen i detta sena skede väcker, nämligen om viss person som uppdragsansvarig. – Bolaget ifrågasätter sålunda Transportstyrelsen resonemang om att det skulle ha framstått som osäkert om kompetens alltjämt funnits att tillgå. Beträffande referenser, som per definition avser förfluten tid, kan det rent allmänt ifrågasättas i vilken mån övriga anbudsgivares bemanning förändrats sedan dessa utförde sina respektive referensuppdrag även om det i och för sig skulle röra sig om samma juridiska person. Det ska emellertid förtydligas att samtliga uppdragsledare i bolagets åberopade referensuppdrag alltjämt arbetar hos bolaget i enlighet med uppställt skall-krav. Transportstyrelsens resonemang och argumentation faller därför på sin egen orimlighet. Vid verksamhetsövergången följde alla upparbetade referenser, pågående uppdrag och ansvar för tidigare genomförda och pågående projekt med och gick in i bolaget. Detta innebär att bolaget därefter kunnat offerera denna kompetens och även visa detta genom referenser till alla de uppdrag som

utförts av tidigare organisation. Den i bolagets anbud offererade kompetensen finns således att tillgå även efter verksamhetsöverlåtelsen. Synpunkten att ”Konsulter kommer och går medan organisationer består” saknar bäring. – Vad Transportstyrelsen anfört om referensuppdragets karaktär saknar helt substans. Kund-/leverantörsrelationen har varit helt klar i ett tiotal år mellan myndigheterna Vägverket och Banverket å ena sidan och Vägverket Konsult och Banverket Projektering å andra sidan. De två sistnämnda har som affärsenheter verkat helt på den öppna marknaden och haft separata styrelser, ledningar och externreviderade årsredovisningar. – Avslutningsvis ska noteras att bolaget tidigare lämnat ett femtiotal anbud i vilka referensuppdrag från Vägverket Konsult angivits utan att detta ifrågasatts. I några fall har anbuden varit riktade till statliga myndigheters offentliga upphandlingar och tagits upp till anbudsutvärdering. Transportstyrelsens agerande att inte uppta bolagets anbud till utvärdering har varit ett oskäligt och överdrivet ingripande jämfört med dess påstådda syfte.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

I 16 kap. 2 § LOU anges följande. 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.

I förfrågningsunderlagets upphandlingsföreskrifter, avsnitt 3.2.3.2 Referensuppdrag, anges:

”För att säkerställa att anbudsgivaren är verksam inom efterfrågat område, skall referensuppdrag lämnas. Anbudsgivaren skall ange ett referensuppdrag som avser liknande uppdrag inom vart och ett av de områden A, B och/eller C som anbudsgivaren lämnar anbud inom. Uppdragen skall vara genomförda under de tre senaste åren. Följande skall framgå:

- ramavtalsområde

- uppdragets omfattning och karaktär
- tidsperiod
- beställare samt kontaktperson med kontaktuppgifter
- eventuella underleverantörer och deras roll”

Länsrättens bedömning

Fråga är om bolaget uppfyllt förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav avseende referensuppdrag när det åberopat uppdrag som utförts av Vägverket Konsult och Banverket Projektering före bolagets tillkomst, den 1 januari 2009.

Kvalificeringskravet ska enligt förfrågningsunderlagets ordalydelse ”säkerställa att anbudsgivaren är verksam inom efterfrågat område”.

I denna del har Transportstyrelsen framhållit bl.a. att referensuppdragen utförts av annan än bolaget, att det inte finns några garantier för att kompetensen hos tidigare organisationer finns kvar i den nya organisationen och att det är viktigt att en organisation i sig kan visa att den har förmåga att hantera aktuella uppdrag. Vidare anser sig Transportstyrelsen sakna möjlighet att överblicka de förändringar som kan ha skett inom ramen för den nya verksamheten. Transportstyrelsen har därtill ifrågasatt om uppdragen är av den typ som kan åberopas inom ramen för upphandlingen då uppdragen enligt Transportstyrelsen inte utförts åt annan organisation.

Vad gäller åberopade uppdrag som sådana konstaterar länsrätten att de ifrågasatts av Transportstyrelsen endast på den grunden att de inte utförts åt annan organisation. I denna del har bolaget oemotsagt anfört bl.a. att Vägverket Konsult och Banverket Projektering som affärsenheter helt verkat på den öppna marknaden och haft separata styrelser, ledningar och externreviderade årsredovisningar. Mot den bakgrunden anser länsrätten att Transportstyrelsens invändning i denna del bör lämnas utan avseende.

Angående frågan om bolaget uppfyllt kvalificeringskravet genom återopade uppdrag har bolaget framhållit att ifrågavarande ”verksamhetsöverlåtelse” i praktiken inneburit att Vägverket Konsults och Banverket Projekterings verksamheter ”fullständigt kommit att överföras” till bolaget. Vidare har bolaget framhållit att samtliga uppdragsledare i återopade referensuppdrag alltjämt arbetar hos bolaget och att alla upparbetade referenser, pågående uppdrag och ansvar för tidigare genomförda och pågående projekt vid verksamhetsövergången följde med och ”gick in i” bolaget. Den offererade kompetensen finns därmed enligt bolaget att tillgå även efter verksamhetsöverlåtelsen.

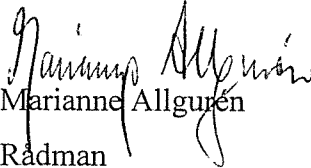
Det är ostridigt att bolaget bildades efter en sammanslagning av Vägverket Konsult och Banverket Projektering och att bolaget bedriver sådan verksamhet som dessa organisationer bedrev. Med hänsyn härtill och till att återopade referensuppdrag enligt ovan gjord bedömning i sig ska anses godtagbara, finner länsrätten att det – i enlighet med kvalificeringskravets ordalydelse – säkerställts att bolaget är verksamt inom efterfrågat område. Bolaget har därmed uppfyllt förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav.

I enlighet med det ovan sagda har bolaget felaktigt uteslutits från upphandlingen.

Transportstyrelsen har inte invänt mot bolagets påstående att det hade kommit i fråga för ramavtal beträffande område A och B, om dess anbud utvärderats. Därmed får även skaderekvisitet anses vara uppfyllt.

Av det anförda följer att det finns grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU. Enligt länsrätten bör åtgärden bestå i rättelse på så sätt att utvärderingen görs om med beaktande av bolagets anbud.

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


Marianne Allguren
Rådman

Föredragande har varit Magnus Wickström.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.