



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2013-09-20
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 12380-13

KONKURRENSVERKET	
2013-09-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Swarco Sverige AB, 556024-7594

Ombud:

Advokaterna Charlotte Dolk och Joakim Hellgren
 Advokatbyrån Hellgren Linander KB
 Box 24053
 104 50 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad, Trafikkontoret

Ombud:

Biträdande stadsadvokaterna Åsa Samuelsson och Klas Stålnacke
 Stadshuset
 105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Swarco Sverige AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 374439

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Trafikkontoret i Stockholms stad (Stockholms stad) genomför enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling av entreprenad avseende trafiksignaler och andra elektriska trafikanordningar. Förfrågningsunderlaget upprättades den 12 april 2013.

Swarco Sverige AB (Swarco) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anför Swarco bl.a. följande.

Tilldelningsgrund och tredelningen av Stockholm

Enligt 12 kap. 1 § LOU finns två alternativa grunder för tilldelning av kontrakt; det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Upphandlande myndighet kan själv välja vilken av dessa grunder som ska tillämpas i en upphandling. Stockholms stad har angett att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska tilldelas kontraktet. Till detta har under punkten AFB.5. fogats en reservation av vilken framgår att den anbudsgivare som antas för ett visst område (upphandlingen omfattar tre områden; Innerstaden, Söderort och Västerort) inte kan erhålla något av de andra områdena, förutsatt att det finns tillräckligt antal giltiga anbud till att täcka samtliga områden. Om Stockholms stad kommer fram till att en anbudsgivare har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer denne att tilldelas området Innerstaden men utesluts från Söderort och Västerort. Detta innebär att Söderort och Västerort sannolikt inte kommer att tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det kommer sannolikt ej heller bli fråga om lägst pris. Istället har Stockholms stad i strid med LOU skapat en egen grund för tilldelning av kontrakt som innebär att det är högst sannolikt att det endast är för ett område som det verkliga utfallet blir det ekonomiskt mest fördelaktiga. Swarco riskerar att lida skada av detta.

Stockholms stad har gjort gällande att leverantören ska ha kapacitet för att kunna gå in och ta över driften i något av de andra delområdena. Stockholms stad kan inte räkna med en sådan kapacitet eller ens ett sådant intresse. Det anges inte i förfrågningsunderlaget vilken av de kvarvarande aktörerna som ska tilldelas området eller på vilka grunder. Det har överhuvudtaget inte angetts att ett sådant företagande skulle kunna bli aktuellt, varför det brister i transparens och förutsebarhet. Det är dessutom inte troligt att någon antagen leverantör drabbas av konkurs, i ljuset av de krav på ekonomisk stabilitet som ställs.

Vidare anger Stockholms stad som ett skäl för uppdelningen att man inte vill att Swarco ska få alla tre delområdena, då Swarco påstås ha en dominerande ställning. Det är således fråga om en diskriminering av Swarco. Reglerna i LOU syftar till att anbudsgivarna ska behandlas lika, inte att upphandlande myndighet ska göra en så bra affär som möjligt eller bedriva fördelningspolitik. Swarco har inte en dominerande ställning utan det råder en öppen konkurrens om drift, underhåll och material. Stockholms stads resonemang i denna del är överdrivet och saknar förankring i verkliga förhållanden.

Kvalificeringskriterier och referenstagning

Stockholms stad har i förfrågningsunderlaget i punkten AFB.51, Prövning av anbudsgivare, under rubriken "Krav på tidigare erfarenhet" angett att anbudsgivaren under de senaste fem åren ska ha varit engagerad i uppdrag som kan anses liknande dem som efterfrågas i förevarande upphandling. Det anges att Stockholms stad avser att ta in utlåtanden från referenter avseende de två lämnade referensuppdragen. Referenterna ska besvara frågor som utöver tillförlitlighet, effektivitet och fackmässighet även avser kreativitet och god samverkan. Stockholms stad har definierat kreativitet och god samverkan. Begreppen kan emellertid inte inrymmas i den vedertagna begreppsbestämningen yrkeskunnande eller erfarenhet i 11 kap. LOU utan

lämnar i hög grad utrymme för godtycklighet. Swarco anser att kraven på kreativitet och god samverkan är oproportionerliga och ifrågasätter även deras relevans.

Vidare framgår att den eller de av anbudgivaren lämnade referenserna är underkänd/a om referenten svarar nej på en eller flera av frågorna, är tveksam på två eller flera frågor, eller inte besvarar desamma. Frågorna ska besvaras enligt en skala, med alternativen "nej", "tveksamt", "acceptabelt" eller "ja". Detta innebär att en värdering ska göras i kvalificeringsfasen, vilket inte torde vara förenligt med LOU, eftersom kvalificering ska syfta till att ge svar på om anbudsgivaren uppfyller kravet eller ej, inte vara en bedömning av hur väl detta uppfylls. En sådan bedömning hör hemma under utvärderingen. Utformningen står således i strid med de krav som får ställas enligt 11 kap. 11 och 13 §§ LOU och strider mot proportionalitetsprincipen.

Även det faktum, att en underkänd referens medför att Stockholms stad förkastar anbudet, är oproportionerligt. Kvalificeringskraven i denna upphandling är avancerade och fackmässiga. Det kan på goda grunder antas att enbart mycket erfarna aktörer lämnar anbud. Att anbudsgivare riskerar att förkastas till följd av skönsmässiga bedömningar av utomstående referenter kan inte vara riktigt.

Det är också motsägelsefullt att Stockholms stad, trots att man anför att entreprenören måste kunna söka och lösa problem i en komplex och utsatt miljö, menar att det inte är proportionerligt att ställa skall-krav på tidigare erfarenhet av trafikledningssystem. Om det är fråga om ett högteknologiskt system i en utsatt och komplex miljö borde det vara proportionerligt att ställa krav på erfarenhet av ett sådant system i en sådan miljö. Stockholms stad underlåter därmed att ställa ett sådant adekvat krav, till förmån för odefinierbara krav avseende kreativitet och samverkan.

Mervärdeskriterierna samt deras poängskala och betydelse

Under AFB.52 anges att kvalitativa utvärderingskriterier, benämnda "mervärden", kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Mervärde 1 avser organisationens erfarenhet och förmåga. Två av kriterierna under mervärde 1, dels att organisationen tidigare ska ha utfört drift och underhåll av system och utrustning för trafikledning i gatumiljö t.ex. trafiksignalanläggningar och dels att projektledaren ska ha tidigare erfarenhet av att leda drift och underhåll av desamma, har redan angetts som kvalificeringsgrunder. Där ställs samma krav på organisationen och projektledaren m.fl., och de anbudsgivare som inte uppfyller dessa kvalificeringskrav ska inte gå vidare till utvärderingen. Det synes således som att förfrågningsunderlaget ger utrymme för att utvärdera icke kvalificerade anbud. Det skapar osäkerhet kring vad som avses och medför bristande transparens.

När det gäller mervärde 2, nyckelpersonernas förmåga, anges att projektledaren och arbetsledaren ska bedömas utifrån förmåga och hur man skött sina tidigare uppdrag. Utvärderingen ska göras utifrån redovisning av kompetens, effektivitet och social förmåga. Det sistnämnda kriteriet är ett så subjektivt begrepp att det inte lämpar sig som ett urvalskriterium. I förfrågningsunderlaget har begreppet social förmåga inte definierats. Bedömningen av huruvida en nyckelperson innehar en social förmåga måste med tillämpning av alla måttstockar bli godtycklig.

Vidare anges att bedömningen av nyckelpersonernas kompetens, effektivitet och sociala förmåga ska göras utifrån en betygsskala från 1 till 5, där betyg 3 och 4 inte utgår från vad som faktiskt utförts utan utifrån referentens förväntan på utförande. Det får till följd att om referenten har haft höga förväntningar på leverantören blir dennes prestation ändå inte över referentens förväntan trots att prestationen i sig är fullgod. Som frågorna är utformade kommer bedömningen att göras utifrån referentens förväntan snarare än från de faktiska förhållandena, även om detta inte varit Stockholms stads avsikt.

Utöver att detta kan leda till ett direkt missvisande resultat, är en modell som bygger på en referents förväntningar så subjektiv och godtycklig att det strider mot kravet på transparens och icke-diskriminering.

Avdraget från anbudssumman som görs utifrån mervärde som kan erhållas på dessa subjektiva grunder utgör en relativt stor andel. För delområdet Innerstaden anges maximalt mervärde till 4 miljoner kr. Således får det subjektivt utformade mervärdet en stor betydelse vid beräkningen av den jämförelsesumma som blir resultatet av anbudssumman med avdrag för mervärdet.

Avtalsvite

Det är Stockholms stad som till sist avgör om ett mervärde anses som uppfyllt eller icke uppfyllt. Trots detta anges i kontraktsvillkoren, AFC.518 att om Stockholms stad inte anser att den antagne leverantören uppfyller de förväntningar som tidigare referenter haft på leverantören i tidigare projekt, ska Stockholms stad erhålla ersättning motsvara det dubbla beloppet av det mervärde som tillgodosågs av leverantören. Det medför att en leverantör riskerar att få betala ersättning för ett villkor som grundas på en subjektiv bedömning där Stockholms stad har sista ordet och där leverantören inte har någon möjlighet till påverkan. Detta kontraktsvillkor är oskäligt och strider mot kravet på transparens.

Språkkrav

I bestämmelsen AFC.34 anges att alla inom entreprenaden ska behärska svenska språket i tal och skrift. Detta krav är oproportionerligt. Huruvida den som t.ex. ska rengöra trafiksignalerna kan kommunicera i tal och skrift på svenska torde sakna relevans för hur väl rengöringen utförs. Rengöraren kommer inte heller att ha någon kommunikation med Stockholms stad. Kravet innebär att Swarco inte kan använda sig av egen eller underleverantörs kompetenta personal, då Swarco nyttjar personal med annat

modersmål än svenska. Det är berättigat att nyckelpersonerna och de som Stockholms stad ska kommunicera med måste behärska svenska tal och skrift, men inte att alla i projektet engagerade personer ska göra det.

Skada

Utformningen av förfrågningsunderlaget medför att Swarco riskerar att lida skada.

Stockholms stad bestrider att det föreligger grund för ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Tilldelningsgrund och tredelningen av Stockholm

Områdesindelningen skapar praktiska enheter som är ändamålsenliga och naturligt avgränsade. Uppdelningen medför en förbättrad kontroll och hantering av det totala systemet. Anbudsgivare har givits möjlighet att lämna anbud på alla eller enskilda områden. För det fall inte tillräckligt många giltiga anbud inkommer kan en anbudsgivare tilldelas flera av områdena.

Anledningen till uppdelningen är att det är ekonomiskt fördelaktigt för Stockholms stad. Det är viktigt att ett trafiksäkerhetsystem alltid fungerar och att det alltid finns en entreprenör som kan utföra reparationsarbeten och underhåll. Vid driftsavbrott riskeras trafiksäkerheten och dessutom lider samhället och staden skada av trafikstörningar. Om enbart en entreprenör har hand om driften i Stockholm är Stockholms stad helt beroende av att denna kan utföra uppdraget utan avbrott under hela avtalstiden. Om entreprenören inte kan fullfölja uppdraget, t.ex. med anledning av konkurs, drabbas staden och samhället i stor omfattning och Stockholms stad kommer i ett sådant läge inte att kunna fullgöra sitt ansvar för vägnätet. Med tre separata aktörer blir systemet mindre sårbart. Då har de andra två aktörerna sådan erfarenhet att de kan gå in och ta över driften i problemområdet tills dess Stockholms stad hunnit upphandla en ny aktör.

Trenden på marknaden går mot ett privat monopol där Swarco i princip är ensam leverantör av utrustningar till trafiksignalanläggningar på den svenska marknaden. Detta gör att övriga aktörer är beroende av Swarco och därmed har svårt att lämna konkurrenskraftiga anbud. Stockholms stad ser med oro på denna utveckling och vill att det ska finnas flera stabila aktörer i branschen. Om en aktör får alla delområden i denna upphandling kommer denna att ta över mycket stora marknadsandelar. Då minskar konkurrensen ytterligare vilket vore negativt för Stockholms stad, som i första hand inte vill att något bolag ska antas som leverantör för alla delområden.

Kvalificeringskriterier och referenstagning

Det som upphandlas är ett högteknologiskt system och apparatur som i mycket utsatta miljöer måste vara i drift hela dygnet året om. Apparaturen utsätts för fukt, frysning, snö, blixtnedslag, vibrationer, olyckor, skadegörelse och nedsmutsning. Om systemet inte fungerar riskeras trafiksäkerheten vilket kan medföra personskador, i värsta fall dödsfall, och samhälls-ekonomiska påfrestningar. Entreprenören måste inte bara ha kompetens och tekniskt kunnande utan också en förmåga att problemsöka och finna nya och alternativa lösningar för att minimera trafikstörningar och bibehålla säkerheten. Detta gäller t.ex. när vägarbeten planeras och en väg måste stängas av. Då måste entreprenören ha en kreativ förmåga att planera arbetet så att trafiken kan fungera optimalt. Med anledning av systemets stora betydelse och uppdragets speciella förutsättningar är det också av stor betydelse att entreprenören kan samverka med Stockholms stad på ett bra och prestigelöst sätt, känner ansvar för systemutveckling och delar med sig av tankar om uppmärksammade brister.

I förfrågningsunderlaget finns, under punkt AFB.51, en klar och tydlig definition av begreppet kreativitet. Det anges att detta avser förmåga att se nya lösningar istället för att göra som man alltid gjort och att inte köra fast i ett spår i början av uppdraget. Kraven på kreativitet och god samverkan är

också proportionerliga eftersom detta är mycket viktiga faktorer i sådana typer av entreprenader som upphandlingen avser.

Avsikten med referenstagningen är att säkerställa en objektiv och rättvisande bild av anbudsgivarnas yrkeskunnande. Det framgår tydligt i förfrågningsunderlaget hur referenstagningen kommer att gå till. Om en av två referenser, vilka båda angetts av anbudsgivaren själv, anser att anbudsgivaren inte haft efterfrågad förmåga är det så allvarligt att Stockholms stad måste kunna förkasta anbudet.

Tidigare erfarenhet av just trafikledningssystem har Stockholms stad inte haft som skall-krav. Ett sådant krav hade inneburit att mycket få aktörer skulle kunna lämna anbud. Det finns många typer av processtekniska system som inte har med trafikledning att göra. Till exempel kan en anbudsgivare ha erfarenhet av automatiserade system inom industrin, robot-system, övervakningssystem, signalsystem för järnväg. Skall-kravet är därför tidigare erfarenhet av trafikledningssystem eller liknande system, t.ex. processtekniska system.

Mervärdeskriterierna samt deras poängskala och betydelse

Istället för att utgöra skall-krav, är tidigare erfarenhet av trafikledningssystem ett mervärde som kommer att ha betydelse i utvärderingen. Det finns ingen risk för sammanblandning av urvalskriterier och tilldelningskriterier, eller för att okvalificerade anbud kommer att utvärderas. Att organisationen och projektledaren har erfarenhet av trafikledningssystem innebär att underhåll och felavhjälpande kan ske mer effektivt. Det är därmed befogat att beakta en sådan erfarenhet i tilldelningsfasen.

Gällande mervärde 2 har den sociala förmågan hos entreprenörens nyckelpersoner stor relevans för hur uppdraget kan förväntas utföras. Detta har även ekonomisk betydelse för staden. Denna unika typ av entreprenad

gynnas avsevärt om entreprenören kan kommunicera enkelt och tydligt med staden, är öppen med frågeställningar, kan ta kritik konstruktivt och kan samarbeta med andra aktörer.

Poängskalan för mervärde 2 avser inte att referenterna ska uttala sig om nyckelpersonernas förmågor utifrån vilka förväntningar man hade på dessa. Det intressanta är hur nyckelpersonerna har presterat i förhållande till det aktuella uppdraget. Skiljelinjen mellan "enligt förväntan" (betyg 3) och "över förväntan" (betyg 4) ligger i om nyckelpersonen presterat i enlighet med instruktionerna eller om denna överpresterat i viss omfattning.

Stockholms stad anser inte att mervärdenas effekt på anbudssumman är oproportionerlig. De tjänster som upphandlas är komplexa. Stockholms stad har bedömt att anbudssummorna kommer att vara så stora att mervärdesavdragen kommer att medföra en mindre och väl avvägd effekt.

Avtalsvite

Enligt avtalsvillkoren i AFC.518 ska vite betalas om entreprenören inte uppfyller de utfästelser som angetts i anbudet och som gett mervärde vid anbudsutvärderingen. Vitet är inte kopplat till vad referenterna angett i utvärderingen. Stockholms stad kan inte ange ett högre mervärde i visst avseende än vad anbudsgivaren angett i sitt anbud. Anbudsgivaren kan således aldrig lida skada av Stockholms stads bestämmanderätt i mervärdesprövning såsom Swarco anför.

Språkrav

Upphandlingen har stor betydelse för människors säkerhet och störningar i systemet kan orsaka stora samhällsekonomiska förluster. Det är därför mycket viktigt att kommunikationen mellan Stockholms stad och entreprenören kan ske tydligt, enkelt och utan missförstånd. Vid arbete med trafikledningssystemet används många facktermer. All dokumentation kring sy-

stemet, t.ex. om trafiksignalernas tidsintervaller, är på svenska och det är ogörligt att översätta dem till annat språk. Detsamma gäller instruktioner om hur trafikavstängningar ska gå till. Det kommer också i vissa lägen att vara nödvändigt att kommunicera med både fordonsburna och gående trafikanter samt med andra entreprenörer i gatubilden. Alla som ska utföra arbeten på systemen måste av dessa skäl behärska svenska i tal och skrift. Det har inte ställts något krav på att personalen ska ha svenska som modersmål eller ha viss kunskapsnivå.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Tilldelningsgrund och tredelningen av Stockholm

I förfrågningsunderlaget, punkten AFB.5, anger Stockholms stad bl.a. följande. "Först utvärderas det området Innerstan, därefter Söderort och sist Västerort. För varje sådant område kommer Trafikkontoret att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med följande reservation; Den anbudsgivare som antas för ett visst område kan inte erhålla något av de andra områdena förutsatt att det finns tillräckligt antal giltiga anbud till att täcka samtliga områden."

Frågan är om Stockholms stad haft rätt att förfara på detta sätt. Swarco menar att upphandlingens upplägg på denna punkt innebär att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet inte kommer att antas på samtliga tre delområden. Vidare menar Swarco att det medför diskriminering av Swarco, att resonemanget bakom Stockholms stads tilldelningsgrund härvidlag är överdrivet och saknar förankring i verkliga förhållanden samt att det inte av förfrågningsunderlaget framgår att en leverantör ska kunna ta över ett del-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

område där en antagen leverantör fallerar eller på vilka grunder denne i så fall kommer att utses (icke-transparent). Förvaltningsrätten förstår det som att Swarco menar att Stockholms stad härigenom bryter mot lika-behandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och transparensprincipen.

Omständigheterna är likartade dem som förelåg i Kamrarrättens i Stockholms dom meddelad den 30 december 2008, mål nr 4283-08, där en upphandling hade delats upp i åtta anbudsområden, och deltagande i anbudsområde 8 uteslöt deltagande i de övriga sju anbudsområdena och vice versa. Kamrarrätten, som kom fram till att villkoret var en mycket ingripande åtgärd och att den stred mot proportionalitetsprincipen, uttalade bl.a. följande.

Villkoret innebär i praktiken, vilket också är syftet, att leverantörer som inte har möjlighet att lämna anbud i samtliga anbudsområden gynnas på bekostnad av leverantörer som har den möjligheten. Även om detta skulle leda till fler anbudsgivare totalt sett, är det ändå uppenbart att villkoret därmed innebär en snedvridning av konkurrensen. Att potentiella leverantörer utesluts från möjligheten att lämna anbud i samtliga anbudsområden, kan vidare leda till att de leverantörer som är bäst lämpade att utföra uppdraget inte får den möjligheten, vilket innebär en begränsning av konkurrensen. Mot bakgrund av det sagda finner kamrarrätten att villkoret utgör ett ingrepp i det skyddsvärda intresset och att en proportionalitetsbedömning således måste göras. [...] Enligt kamrarrättens mening finns det många andra tänkbara åtgärder för att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingen, såsom att dela upp upphandlingen i mindre delar eller att tillåta samarbete mellan många små leverantörer [...] Dyliga åtgärder ger små och medelstora företag förutsättningar att delta i upphandlingen utan att de medför den negativa effekten att leverantörer utesluts från att lämna anbud.

Omständigheterna i förevarande mål skiljer sig åt på två, för Stockholm stad, besvärande, sätt. För det första var det i målet ovan fråga om att bara ett av åtta delområden avskar anbudsrätten från de andra medan Stockholms stad eftersträvar att ingen anbudsgivare ska få mer än ett delområde. Att Stockholms stad framhåller att det är tillåtet för Swarco att lämna anbud på flera delområden, fast deras anbud bara kan antas på ett delområde ifall tillräckligt många kvalificerade anbud finns för att göra en sådan uppdelning, saknar nämnvärd betydelse. För det andra har Stockholms stad, i inlägga till förvaltningsrätten, anfört att det är Swarcos dominerande och

marknadsledande ställning man vill åt, dvs det handlar inte om att allmänt öppna upp för mindre företag såsom var fallet ovan.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Stockholms stads förfaringsätt på denna punkt strider dels mot proportionalitetsprincipen, då åtgärden är mycket ingripande och konkurrensnedvridande, dels mot likabehandlingsprincipen, eftersom man vidgått att syftet specifikt är att inte Swarco ska få alla delområdena. Förvaltningsrätten anser vidare att Stockholms stads upplägg strider mot transparensprincipen eftersom det inte av förfrågningsunderlaget framgår hur eller på vilka grunder man kommer att utse den som ska ta över ett delområde där en antagen leverantör fallerar, trots att Stockholms stad i sina inlagor framhållit att detta är en avsikt med tredelningen.

Sammanfattningsvis strider Stockholms stads förfaringsätt i detta avseende således mot flera grundläggande principer i LOU. Anledning att ta ställning till huruvida Stockholms stad dessutom brutit mot principen att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet ska antas finns inte vid denna bedömning. I sammanhanget kan framhållas att det ankommer på Konkurrensverket att utöva tillsyn över och se till att en aktör inte missbrukar en dominerande marknadsställning.

Kvalificeringskriterier och referenstagning

Swarcos invändningar mot upphandlingens kvalificeringsfas kan sammanfattas enligt följande:

- 1) vissa s.k. mjuka parametrar (kreativitet och god samverkan) inryms inte i begreppsbestämningen yrkeskunnande eller erfarenhet i 11 kap. 13 § LOU och de är oproportionerliga, irrelevanta och öppnar för godtycke,
- 2) en värdering enligt en fyrgradig poängskala får inte förekomma i kvalificeringsfasen,

- 3) det är oproportionerligt att en underkänd referens medför uteslutning, särskilt när kriterierna är mycket subjektiva,
- 4) det är motsägelsefullt och otillräckligt att kravet på erfarenhet av trafikledningssystem inte är ett skall-krav.

Det står en upphandlande myndighet fritt att själv formulera förfrågningsunderlaget på det sätt som är lämpligast utifrån det behov som upphandlingen ska tillgodose så länge de upphandlingsrättsliga principerna är uppfyllda (jfr RÅ 2010 ref. 78). Förvaltningsrätten har förståelse för att Stockholms stad, vid sidan av de mer objektivt mätbara kraven, uppställt krav på kreativitet och god samverkan då fordonstrafiken i en huvudstad, särskilt en där mycket ombyggnad och vägprojekt pågår, torde ställa den som ska leverera och underhålla trafiksignalsystemet inför en mängd nya och oförutsägbara situationer där förmågan att se nya lösningar och samverka med beställaren och andra aktörer sätts på prov. De mjuka parametrarna har vidare definierats i förfrågningsunderlaget, punkten AFB.51, genom beskrivning av respektive kriterium. Förvaltningsrätten anser att inte bara enskilda individer, utan även företag och organisationer, kan bedömas utifrån dessa förmågor och beskrivningar, att kraven är relevanta samt att den som tidigare varit uppdragsgivare åt den som ska kvalificeras är väl lämpad att uttala sig om detta. De mjuka parametrarna i förfrågningsunderlaget inryms därför i begreppen i 11 kap. LOU och är inte oproportionerliga, irrelevanta eller godtyckliga på sätt som innebär brott mot LOU.

Förvaltningsrätten anser inte heller att den fyrgradiga skala som Stockholms stad använder i kvalificeringsfasen strider mot LOU. Medan olika aspekter av den tekniska kapaciteten enligt 11 kap. 11 § LOU är en parameter som ofta kan antas antingen vara uppfylld eller inte, utan särskilt mycket utrymme för mellanlägen, är leverantörers yrkeskunnande enligt 11 kap. 13 § LOU till sin natur mera sällan helt uppfyllt eller inte alls uppfyllt, utan troligare är att det finns olika grader av besittande av dessa kvalifikat-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

ioner. Att låta svaret "tveksamt" på två frågor ges samma diskvalificerande effekt som svaret "nej" på en fråga framstår som en ändamålsenlig och godtagbar lösning på detta enligt förvaltningsrättens mening. Distinktionen mellan graderna "acceptabelt" och "ja" framstår visserligen som överflödigt i kvalificeringsfasen, då ingendera medför diskvalificering, men detta utgör inte grund för ingripande enligt LOU. Med hänsyn härtill och då det i förfrågningsunderlaget görs en klar åtskillnad mellan kvalificeringsfasen (som beskrivs under AFB.51) och utvärderingsfasen (som beskrivs under AFB.52) saknas skäl för ingripande mot upphandlingen i dessa avseenden.

Att en underkänd referens medför uteslutning är enligt förvaltningsrättens mening inte oproportionerligt. Just genom att graden "tveksamt" också finns, där det till skillnad mot graden "nej" krävs två sådana svar för uteslutning, mildras effekterna av en enstaka mindre brist som referensgivaren eventuellt kan ha upplevt hos anbudsgivaren. Anledning att vidta åtgärd på denna punkt finns därför inte.

Förvaltningsrätten finner inte heller någon motsägelse eller oklarhet i att det som skall-krav räcker med erfarenhet av uppdrag som kan anses vara liknande det som efterfrågas i upphandlingen, medan erfarenhet från just trafiksignalanläggningar utgör ett mervärde (dvs. vad som ibland kallas "bör-krav"). Det framstår tvärtom som ändamålsenligt för konkurrensen att formulera skall-kraven så att flera aktörer kan släppas in, men ändå i utvärderingsfasen premiera sådan specifik erfarenhet som bl.a. Swarco har. Förvaltningsrätten kan vidare inte ingripa mot upphandlingen på den grunden att ett skall-krav är för mildt ställt, dvs. i detta fall att skall-kravet på erfarenhet enligt Swarcos förmenande borde ha varit strängare.

Förvaltningsrätten finner därför sammanfattningsvis att Stockholms stad, genom sitt sätt att utforma kvalificeringsfasen (dvs. det som i förfrågnings-

underlaget benämns "Prövning av anbudsgivare", punkt AFB.51), inte förfarit i strid mot LOU eller någon upphandlingsrättslig princip.

Mervärdeskriterierna samt deras poängställning och betydelse

Förvaltningsrätten har ovan funnit att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget (det som i förfrågningsunderlaget benämns "Värderingsgrunder vid prövning av anbud", punkten AFB.51) är tillräckligt klart åtskilda från kvalificeringskriterierna. Någon otillåten sammanblandning liknande den som EU-domstolen fann i fallet C-532/06 (Lianakis) föreligger alltså inte. Att vissa aspekter, såsom tidigare erfarenhet däri inkluderat de s.k. mjuka parametrarna, förekommer i såväl kvalificerings- som utvärderingsfaserna leder inte förvaltningsrätten till någon annan bedömning.

Avseende utvärderingsfasen har Swarco anmärkt på att den mjuka parametern, "social förmåga", är allt för subjektiv och godtycklig. Förvaltningsrätten instämmer i att avsaknaden av definition av begreppet "social förmåga" innebär att det finns stor risk för att anbudsgivarna bedöms godtyckligt och finner därför att utformningen av förfrågningsunderlaget i denna del strider mot LOU.

Vad Swarco anfört angående användandet av ordet "förväntan" i betygsstegen 3 och 4 i mervärde 2, dvs. "Nyckelpersonen har gjort ett arbete enligt de instruktioner som gällde för uppdraget enligt förväntan" respektive "Nyckelpersonen har gjort ett fullgott arbete enligt de instruktioner som gällde för uppdraget över förväntan", utgör enligt förvaltningsrättens mening inte grund för ingripande.

Swarco har också hävdatt att mervärdesavdraget på prissumman får en alltför stor inverkan på slutresultatet av utvärderingen, dvs. på det som Stockholms stad i förfrågningsunderlaget benämner "jämförelsesumma". Enligt förvaltningsrättens mening innebär det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet en

avvägning mellan anbudets pris och övriga kriterier som myndigheten valt som tilldelningskriterier. Om en sådan avvägning föreligger, och viktningen är tydligt angiven i förfrågningsunderlaget, får utvärderingsmodellen godtas under förutsättning att modellen inte på annat sätt strider mot LOU (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 31 augusti 2012, mål nr 3235-12). Av förfrågningsunderlaget framgår att det kommer att göras en avvägning mellan anbudets pris och mervärdena. Med hänsyn härtill och med beaktande av vad som i övrigt framkommit i detta avseende finner förvaltningsrätten att det inte finns anledning att ingripa i detta skede av upphandlingen, inte minst då förvaltningsrätten omöjligen kan veta vilka priser som kommer att offereras.

Sammanfattningsvis strider mervärdeskriterierna, enligt förvaltningsrättens mening, mot LOU på punkten "social förmåga".

Avtalsvite

Parterna är oense om hur en klausul om avtalsvite i punkt AFC.518 ska tolkas. Detta är en civilrättslig fråga som förvaltningsrätten inte har synpunkter på. Klausulen har ingen betydelse för frågan vilken leverantör som kommer att antas i den aktuella upphandlingen.

Språkrav

Språkravet i förfrågningsunderlaget, punkten AFC.34, är formulerat som att "samtliga inom entreprenaden ska behärska svenska språket i tal och skrift. Detta gäller även av entreprenören anlidade underentreprenörer." Förvaltningsrätten anser att detta krav är alltför långtgående och inte proportionerligt. Det torde räcka med att alla inblandade som har någon sorts kommunikativ funktion i projektet ska behärska svenska språket. Swarco har exemplifierat denna aspekt med att det inte kan vara nödvändigt att den som ska rengöra trafikljusen behärskar svenska. Förvaltningsrätten instämmer häri och finner det långsökt att det skulle kunna uppstå problem

för att rengöraren inte talar svenska, samt ännu mer långsökt att problem skulle kunna uppstå för att rengöraren inte kan skriva på svenska. Stockholms stad har således brutit mot proportionalitetsprincipen på denna punkt.

Slutsats

Förvaltningsrätten har funnit att Swarcos invändningar mot Stockholms stads förfrågningsunderlag har bäring på tre punkter. För det första anser förvaltningsrätten att uppdelningen av Stockholm i tre delområden, där ingen anbudsgivare får erhålla kontrakt på mer än ett delområde förutsatt att det finns tillräckligt med kvalificerade anbud för att uppnå en sådan uppdelning, är 1) oproportionerlig för att uppnå de syften som ligger inom ramen för upphandlingen, 2) diskriminerande då Stockholms stad vidgått att man tar sikte på Swarcos dominerande ställning samt 3) icke-transparent då det inte framgår i förfrågningsunderlaget hur eller på vilka grunder Stockholms stad avser att utse vem som ska få ta över ett delområde där antagen leverantör fallerat. För det andra anser förvaltningsrätten att kriteriet "social förmåga" är oklart och icke-transparent. För det tredje anser förvaltningsrätten att kravet på att alla inom entreprenaden ska behärska svenska i tal och skrift är oproportionerligt.

Swarco, som avser att lämna anbud på alla tre delområden och som enligt egen utsaga – vilken förvaltningsrätten saknar skäl att ifrågasätta – har anställda eller underentreprenörers anställda som inte är svenskspråkiga, riskerar därmed att lida skada. Eftersom dessa brister i upphandlingen är att hänföra till dess konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Swarcos ansökan om överprövning ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns
i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Jessica Olofsson

Förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.