



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**

DOM
2011-07-05
Meddelad i
Falun

Mål nr
1741-11
Enhet 2

SÖKANDE

Kapsch TrafficCom, 556042-6289
Box 1063
551 10 Jönköping

Ombud: Advokaterna Jonas Ågren och Martin Ågren
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Leif Dylin
Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att Trafikverkets upphandling avseende
”Trängselskatt i Göteborg, Vägsidesutrustning” (TRV 2010/94139) ska
göras om.

KONKURRENSVERKET	
2011-07-06	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 35037

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

Trafikverket genomför en upphandling avseende "Trängselskatt i Göteborg, Vägsidesutrustning" med ärendenummer TRV 2010/94139. Tilldelningsbeslut meddelades den 6 april 2011, varvid Q-Free ASA (nedan kallat Q-Free) antogs som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Kapsch TrafficCom AB (nedan kallat Bolaget) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grunder för sin ansökan anger Bolaget följande.

- a. Trafikverket har i strid med LOU ställt krav på en bestämd juridisk form vilket har begränsat Bolagets möjligheter att välja samarbetspartner och samarbetsform. Bolagets möjligheter att lämna anbud har därmed begränsats.
- b. Trafikverket har tillåtit Q-Free att medverka i upphandlingen trots att Q-Free, på grund av sin medverkan i Stockholmsförsöket och det sätt som förfrågningsunderlaget utformats, har fått en otillbörlig konkurrensfördel.
- c. Trafikverket har ställt krav på mätning av fordon som har gynnat en laserbaserad lösning och som strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen. Kraven har gynnat leverantören av systemet i Stockholm.
- d. Trafikverket har ställt oproportionerliga krav på att leverantörer inte ska använda synligt ljus vilket har gjort att Bolaget förlorat möjligheten att konkurrera med sitt fulla sortiment och inte kunnat lämna sitt bästa anbud.

- e. Trafikverket har ställt oproportionerliga krav på hur mätning av systemets prestanda ska ske vilket har gjort att Bolaget tvingats lämna offert på treportals lösningar. Bolaget har därmed förlorat möjligheten att konkurrera med sitt fulla sortiment och inte kunnat lämna sitt bästa anbud.
- f. Trafikverket har i strid med LOU ställt krav på att leverantörer ska använda en speciell typ av hårddisk vilket gjort att Bolaget har förlorat möjligheten att konkurrera med sitt fulla sortiment och inte kunnat lämna sitt bästa anbud.
- g. Trafikverket har ställt minimikrav på storleken på portalerna vilket har tvingat Bolaget att lämna offert på onödigt stora portaler och gjort att Bolaget inte kunnat lämna sitt bästa anbud.
- h. Trafikverket har låtit Q-Free delta i upphandlingen trots att Bolaget inte uppfyller kraven på referensuppdrag. Det var endast Bolaget och Q-Free som kvalificerade sig för anbudsutvärdering och hade Q-Free uteslutits på grund av bristen på referenser hade Bolaget vunnit kontraktet.

Trafikverket motsätter sig Bolagets yrkande och anför följande. Att ställa ett krav på att anbudssökande ska vara registrerad strider inte mot LOU. Kravet på registrering enligt UFB.5122 gäller ”förutsatt att sådan registreringsskyldighet föreligger”. Anbudsgivare som består av andra juridiska personer/konstellationer än sådana som ska registreras i aktiebolags- eller handelsregister behöver inte vara registrerade för att få lämna anbud. Förfrågningsunderlaget innehåller inte några särskilda krav avseende anbud från grupper av leverantörer.

Det är inte domstolarnas uppgift att värdera om den upphandlande myndigheten lyckats med att upphandla den bästa och mest funktionella lös-

ningen. Trängselskattesystemet i Stockholm saknar den funktionalitet som Data Service Center har i nu aktuell upphandling. Data Service Center är anpassat efter verkets behov och för att fungera för avsett ändamål och inte för att gynna eller missgynna någon särskild leverantör.

Trafikverket har inte ställt några tekniska krav som är direkt anpassade till Q-Frees system och de tekniska kraven har inte heller anpassats i syfte att gynna Q-Free.

Kravet på osynligt ljus har ställts för att undvika visuell störning från betal-systemet så att förare och närboende inte påverkas. Stor vikt har lagts vid estetiska frågor för att få acceptans för projektet hos medborgarna.

Kravet på mätning är ställt för att kunna inhämta information om passerande trafik. Kravet på 50 centimeters noggrannhet räcker för att klara detta behov, exempelvis kunna skilja på lastbilar och personbilar. Detta strider inte mot 6 kap. LOU eftersom kravet på mätning inte är något annat än ett sedvanligt funktionskrav.

Kravet på "solid state disks" har ställts för att sådana är driftsäkrare än alternativet. Beträffande portaldesign har anbudsgivaren på flertalet betalstationer rätt att välja mellan olika typer. Anbudsgivaren kan välja mellan att använda stolpar, portaler, eller L-formade stolpar. Vilken typ det blir och därmed hur långt ut på den utstickande delen som monteringen sker på är beroende av den tekniska lösning som anbudsgivaren väljer att använda. Kravet beträffande portaldesign medför således inget hinder för anbudsgivaren att använda annan teknik än laser.

AKTUELL LAGTEXT

Av 16 kap. 5 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan be-

stämmelse 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Kravet på registreringskyldighet

I upphandlingsföreskrifterna (UFB.5122 andra stycket) står följande. Beställaren kommer att anta anbud från anbudsgivare som är registrerad i aktiebolags-, eller handelsregister och som är registrerad för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt och arbetsgivaravgifter, förutsatt att sådan registreringskyldighet föreligger.

Bolaget anser att utformningen av UFB.5122 innebär att Trafikverket endast kan anta anbud från en ensam anbudsgivare och att denna utesluter anbud från grupper av anbudsgivare så länge de inte bildar och registrerar ett aktie- eller handelsbolag innan anbud lämnas.

I 11 kap. 6 § första stycket LOU anges att den upphandlande myndigheten får begära att en anbudssökande och anbudsgivare visar att han eller hon är registrerad i aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register, som förs i det land där leverantörens verksamhet är etablerad.

Det krav på registrering som Trafikverket har ställt upp i UFB.5122 kan inte anses gå utöver den möjlighet som finns enligt 11 kap. 6 § LOU. Vidare anser förvaltningsrätten att formuleringen i UFB.5122 inte innebär att anbudsgivare måste ha en bestämd juridisk form för att dess anbud ska kunna antas. Kravet kan varken anses komma i konflikt med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller med bestämmelsen i 1 kap. 11 § LOU. Vad Bolaget anfört i denna del utgör därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Q-Frees medverkan i Stockholmsförsöket

Kapsch har gjort gällande att Trafikverket utgått från tekniska lösningar som tagits fram av Q-free i samband med trängselskatteförsöket i Stockholm – där upphandlingen vanns av IBM och Q-free fungerade som underleverantör – och i och med detta genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen.

I fall då en leverantör medverkat som konsult när förfrågningsunderlag tas fram får presumptionen anses stark för att leverantörens funktion inneburit en konkurrensfördel när denne sedan lämnar anbud i upphandlingen (jfr Kammarrättens i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål 6986-09). En sådan leverantör får inte uteslutas endast på denna grund (jfr EU-dom-

stolens dom C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*). Dock bör presumtionen för att det föreligger en konkurrensfördel för leverantören medföra att det åvilar myndigheten att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts (mål 6986-09, ovan). Denna prövning måste enligt förvaltningsrättens mening ske med hänsyn taget till att det i nu aktuellt mål gäller anbud på en marknad med specialiserade produkter och ett fåtal leverantörer (jfr Leffler, Om bevisbörda och ”jäv” i upphandlingsmål, Förvaltningsrättslig tidskrift 2010 s. 124).

Av Trafikverkets inlagor i målet framgår att till systemet för trängselskatter i Stockholm upphandlades ett komplett system som bestod av en vägkantsdel och en centralsystemdel. Leverantören, IBM, anlätade Q-free som underleverantör i vägkantsdelen. I vägkantsdelen ingår den s.k. datakoncentratorm (även kallad Data Service Center).

Kapsch har gjort gällande att Trafikverket använt det uppdragsresultat som IBM och Q-free levererat till stockholmsförsöket som upphandlingsunderlag i nu aktuell upphandling. Kapsch har i sammanhanget hänvisat till avtalet mellan IBM och Vägverket, som då var beställare, enligt vilket framgår följande.

I det fall av IBM levererat uppdragsresultat används som en del i ett av Vägverket framtagna upphandlingsunderlag ska IBM eller annan part med anknytning till IBM avstå från att lämna anbud eller anbudsansökan i denna upphandling.

Kapsch har också pekat på att Trafikverket haft för avsikt att använda det system som arbetats fram för Stockholm i mesta möjliga mån. Kapsch har i samband härmed gett in och åberopat bl.a. utdrag ur powerpoint-presentation från Transportstyrelsen och artikel ur *Computer Sweden*.

De uppgifter som Kapsch åberopar ger stöd för slutsatsen att i vart fall delar av systemet i Stockholm är avsedda att återanvändas vid upphandlingen av trängselskattesystemet i Göteborg och att dåvarande Vägverket själv sett en fara i att leverantörer till Stockholm lämnar anbud vid en framtida

upphandling. Dessa omständigheter tyder på att Q-free – som deltagit i utvecklingen av den s.k. vägkantsdelen i Stockholm – har haft en konkurrensfördel när bolaget lämnat anbud på motsvarande del för systemet i Göteborg.

Samtidigt bör betonas att fråga är om en specialiserad upphandling där ett fåtal leverantörer kan komma i fråga. Enbart det förhållandet att en leverantör arbetat fram en teknisk lösning vid en tidigare upphandling av en tjänst, bör därför inte diskvalificera leverantören från att lämna anbud i en senare upphandling av samma typ av tjänst – även om det kan innebära att en viss konkurrensfördel att leverantören har tagit fram en tjänst liknande den som upphandlas.

Förvaltningsrätten noterar att uppgifterna om återanvändning av systemet för Stockholm är generella och att det inte går att dra några mer långgående slutsatser om vilka delar som är avsedda att återanvändas. Trafikverket har poängterat att vägkantsdelen i den nu aktuella upphandlingen har skett separat från centralsystemdelen – till skillnad mot vad som var fallet i Stockholm – och att kraven för vägkantsdelen ställts så att leveransen inte behöver anpassas till centralsystemdelen. Syftet är, enligt Trafikverket, att det ska vara möjligt för anbudsgivarna att grunda sina anbud på egna produkter och lösningar. Enligt verket saknar trängselskattesystemet i Stockholm den funktionalitet som Data Service Center har i nu aktuell upphandling. Det medför också, enligt verket, att den citerade skrivningen ur avtalet inte är tillämplig. Verket har vidare framhållit att man vid kravställandet inte har använt sig av krav på eller hänvisning till varumärke, patent, typ eller tillverkning.

Förvaltningsrätten anser vid en sammantagen bedömning att Trafikverket förmått göra sannolikt att skillnaderna mellan de båda systemen är så pass stora att någon konkurrensfördel som medfört en jävssituation för Q-free

inte föreligger. Skäl att besluta om åtgärd med stöd av LOU på denna grund har därför inte kommit fram.

Tekniska specifikationer (grunderna c-)

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av EU-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.

Trafikverket har i förfrågningsunderlaget bl.a. ställt krav på en viss typ av mätning samt att leverantören inte ska använda synligt ljus. Kapsch har gjort gällande att detta medför att bolaget förlorat möjligheten att konkurrera med sitt fulla sortiment och att bolaget inte kunna lämna sitt bästa bud. Enligt vad Kapsch har uppgett utesluter Trafikverkets krav på mätning (fordonets höjd +/- 10 cm, bredd +/- 10 cm och längd +/-50 cm) i kombination med kravet på ljus (endast för ögat osynligt ljus får användas) alla andra tekniker än laser – vilket är den teknik som Q-free arbetar med och som används i Stockholm.

Trafikverket har inte ifrågasatt Kapsch slutsats att övriga tekniker kommit att uteslutas i och med dessa krav. Verket har endast uppgett att det inte går

att utläsa av anbuden vilken teknik leverantörerna valt. Förvaltningsrätten ser inga skäl att ifrågasätta den slutsats som Kapsch framfört – att kraven på mätning respektive ljus i förfrågningsunderlaget omöjliggör andra lösningar än laser. Förvaltningsrätten bedömer vidare att förfrågningsunderlaget i detta avseende medför en konkurrensbegränsning i strid mot LOU:s princip om likabehandling. Endast om kraven framstår som proportionerliga kan Trafikverkets upphandling undgå ett ingripande enligt LOU.

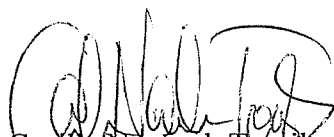
Enligt förvaltningsrättens mening framstår kraven var för sig som rimliga för att uppnå syftena som de är avsedda för. Skäl att ifrågasätta behovet av mätning av fordonen liksom att undvika störande ljuskällor saknas. Vad gäller kravens nödvändighet för att uppnå syftet saknas enligt förvaltningsrättens mening skäl att ifrågasätta behov av mätning – även om det i dagsläget inte tycks finnas något behov av uppgifter om bredd och höjd framstår det som sannolikt att ett sådant behov kan uppstå. Det är därmed rimligt att systemet utvecklas på ett sätt som förutser detta behov. I fråga om ljuskällorna har Kapsch fört fram att syftet kan tillgodoses genom att modifiera kravet så att användande av ljus inte får ske på sådant sätt att förare eller närboende störs. Kapsch har exemplifierat genom att visa på de olika behoven vid en betalstation vid E6/E20 jämfört med Fridkullagatan. Trafikverket har inte närmare kommenterat Kapschs resonemang i detta avseende. Förvaltningsrätten bedömer sammantaget att kraven på att betalstationerna skulle ha för ögat osynligt ljus sannolikt inte varit nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet. I vart fall har de inte varit proportionerliga. I och med att förfrågningsunderlaget utformats på detta sett har Trafikverket genomfört upphandlingen i strid mot LOU:s bestämmelser om likabehandling.

Sammanfattande bedömning och val av åtgärd

Upphandlingen ”Trängselskatt i Göteborg, Vägsidesutrustning” har enligt förvaltningsrätten bedömnings genomförts i strid mot LOU. Bristerna hänför sig till förfrågningsunderlagets krav på ljus vid betalstationerna, vilket

medfört en konkurrensbegränsning i strid mot likabehandlingsprincipen. Kraven har medfört att Kapsch lidit eller riskerat att lida skada. Redan på dessa grunder finns det således skäl att besluta om ingripande enligt LOU. Eftersom bristerna hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

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


Cecilia Nermark Torgils
rådman

