



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Angelica Lavicka

DOM
 2011-04-08
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 7168-10

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-04-11 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

SÖKANDE

Svenska Entreprenad i Mälardalen AB, 556431-8458
 Box 7048
 192 07 Sollentuna

Ombud: Jur.kand. Lars Engell
 JCA Skarp Advokatbyrå AB
 Box 7467
 103 92 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

Ombud: Peter Rosenberg
 Trafikverket
 781 89 Borlänge

ÖVERKLAGAT BESLUT

Tilldelningsbeslut fattat den 8 december 2010, diariern TRV2010/31079

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 17 december 2010.

Dok.Id 28920

| 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 OCH YRKANDEN M.M.

Trafikverket genomför en upphandling avseende "Projekt Nynäsbanan dubbelspårsutbyggnad, markarbeten entreprenad 2735" diarienummer TRV2010/31079. Tilldelningsbeslut fattades den 8 december 2010 till förmån för NCC AB (NCC).

Svenska Entreprenad i Mälardalen AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny anbudsutvärdering genomförs och att NCC:s alternativa anbud förkastas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för förstahandsyrkandet görs gällande att förfrågningsunderlaget tydligt anger att ett sidoanbud innefattande sådana avvikelser som NCC:s alternativa anbud innefattar inte är tillåtet. Som grund för andrahandsyrkandet görs gällande att förfrågningsunderlaget varit ytterst otydligt. Trafikverket har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) samt att bolaget till följd härav har lidit eller kan komma att lida skada.

Trafikverket anför att ansökan ska avslås. Som grund anges att det saknas nödvändiga förutsättningar för att anse att Trafikverket vid upphandlingen brutit mot vare sig de grundläggande principerna som anförs i ansökan eller gällande bestämmelser i övrigt.

Förvaltningsrätten beslutade den 17 december 2010 att Trafikverkets upphandling avseende "Projekt Nynäsbanan dubbelspårsutbyggnad, markarbeten entreprenad 2735" diarienummer TRV2010/31079, inte får avslutas innan förvaltningsrätten slutligt avgjort målet eller något annat har beslutats.

UTREDNING

Bolaget har i huvudsak anfört följande. Beträffande tillåtligheten av alternativa anbud anges i förfrågningsunderlaget att "Beställaren kommer att

acceptera anbud som innefattar viss produktionsanpassning av bullerplankets konstruktion". Trafikverket har i upphandlingen genom skrivningen i UFB.312 klargjort att det med "viss produktionsanpassning" avser anpassningar avseende lyftanordningar och transporter d.v.s. sådant som har att göra med hur man kan gå tillväga för att få planket på plats. Däremot avses inte ett annat utförande av själva bullerplanket. Även det faktum att det talas om "produktionsanpassning" och inte "produktanpassning" talar för att det inte är ett annat utförande av själva planken som avses. Dessutom medför begränsningen till viss produktionsanpassning att ändringar beträffande bullerplanken som halverar kostnaderna härför inte kan komma ifråga.

Vidare har Trafikverket inte angivit vilka minimikrav som ska gälla för anbud med alternativa utföranden, se 6 kap. 10 § LUF. Eftersom enligt sista stycket angivet lagrum endast sådana anbud som uppfyller minimikraven får beaktas vid upphandlingen, och några minimikrav inte har angivits av Trafikverket, kan inga alternativa anbud antas i upphandlingen. Detta talar med styrka för att Trafikverket inte avsett att tillåta alternativa anbud utöver vad som förtydligats i KFU2.

Genom att tillåta NCC:s alternativa anbud tas upp till prövning har Trafikverket handlat i strid med upphandlingsföreskrifterna och därigenom brutit mot principerna om transparens och likabehandling. NCC:s alternativa anbud skulle därmed rätteligen inte ha tagits upp till utvärdering utan förkastats. Utvärderingen skulle således ha skett utan deltagande av NCC:s alternativa anbud, varvid bolagets anbud skulle ha antagits. Beslut om rättelse i enlighet härmed ska därför meddelas. Om det i stället förhåller sig på det sättet att Trafikverket avsett att tillåta anbud med alternativa utföranden av själva bullerplanken har såväl UFB.312 och KFU2 utformats på så sätt att det har avhållit leverantörer att lämna sådana alternativa anbud. Ett tydligare utformat förfrågningsunderlag med uttryckligt angivande av att anbud med alternativa utföranden beträffande själva planket hade

med all säkerhet medfört att fler leverantörer hade kommit in med sådana anbud. Kravet på transparens är således inte uppfyllt. I sådana fall ska upphandlingen göras om.

Trafikverkets brister har inneburit att bolaget har lidit eller kommer att lida skada i den mening som avses i LUF genom att inte tilldelas den aktuella entreprenaden.

Trafikverket har i huvudsak anfört följande. Med produktionsanpassning i detta sammanhang avses anpassningar av såväl konstruktion som installation och samverkan dem emellan under förutsättning att de tekniska egenskapskraven uppfylls. Produktionsanpassning är således en metod för att kunna dra nytta av sådana förbättrings- och effektiviseringsåtgärder som anbudsgivaren ser som möjliga med utgångspunkt i den förefintliga och förfrågade egenskapsstrukturen. Annat har inte framkommit än att – utom andra – NCC lämnat ett anbud som innehåller en viss anpassning i ovan avsedd mening. Att Trafikverket, efter förfrågan, på förhand givit några exempel på områden för möjliga anpassningsåtgärder har därvid ingen självständig betydelse.

Med viss anpassning får semantiskt förstås att anpassningen visserligen ska vara begränsad men i sig inte att den måste vara till delmängdens storlek bestämd. Utgångspunkten för bedömningen i aktuellt hänseende måste ju rätteligen vara att anbudet, vid sidan av den del där anbudsgivaren själv kan föreslå alternativa metoder och material, uppfyller de absoluta krav som uppställts. Annat har därvid inte visats än att NCC vinnande anbud uppfyller sådana aktuella krav. Det vinnande anbudet har således, tack var anbudsgivarens initiativförmåga, erfarenhet och kompetens, inom ramen för förfrågningsunderlaget, åstadkommit tekniska lösningar som visat sig vara mycket ekonomiskt fördelaktiga.

BESTÄMMELSER

Av 1 kap. 24 § LUF framgår att upphandlande enheter ska 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.

Enligt 6 kap. 10 § tredje stycket LUF ska en upphandlande enhet som tillåter anbud med alternativa utföranden i förfrågningsunderlaget ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras.

Av 16 kap. 2 § första stycket LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är huruvida Trafikverket har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och om bolaget i sådant fall har lidit eller riskerat att lida skada till följd av detta.

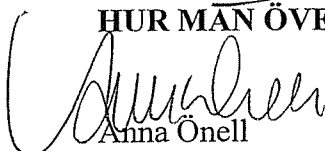
För anbud med alternativa utföranden ska i förfrågningsunderlaget anges vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska utformas eller presenteras. Endast sådana anbud som uppfyller minimikraven får beaktas i en upphandling. Av förfrågningsunderlaget (UFB.312) och de kompletterande föreskrifterna (KFU2) framkommer att viss produktionsanpassning tillåts för alternativa anbud och att det med produktionsanpassning menas t.ex. lyftanordningar, transportanpassningar gällande både skärmar samt fundament. Frågan är därmed om Trafikverket i förfrågningsunderlaget får anses ha angivit minimikrav för det alternativa anbudet och om dessa i så fall har varit i överensstämmelse med transparensprincipen i LUF.

Förvaltningsrätten finner att Trafikverket varken i upphandlingsföreskrifterna (UFB.312) ensamt eller i kombination med de kompletterande föreskrifterna (KFU2) har angivit vilka minimikrav som gäller för alternativa anbud. Trafikverket har inte heller på något annat sätt visat att förfrågningsunderlaget ensamt eller i kombination med de kompletterande föreskrifterna uppfyller LUF:s regler om minimikrav som gäller för alternativa anbud. Vid en samlad bedömning av de nämnda omständigheterna finner förvaltningsrätten att Trafikverkets förfarande får anses stå i strid med transparensprincipen och således strida mot LUF.

Förvaltningsrätten finner vidare att med hänsyn till förhållandena i målet att det inte kan uteslutas att bolaget kan komma att lida skada på grund av Trafikverkets överträdelse. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LUF.

Med anledning av att bristerna i upphandlingsförfarandet är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet – såsom även bolaget anfört – finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Därmed saknas skäl för att pröva övriga omständigheter som anförts i målet.

HUR MÅN ÖVERKLAGAR, (DV 3109/1C LOU)



Anna Önell

rådman