



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Ann-Louise Jonsson

DOM
 2012-10-24
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 2429-12

SÖKANDE

Durtrack GmbH
 Industriegelände 1
 172 19 Möllenhagen
 Tyskland

KONKURRENSVERKET	
2012-10-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Ombud: Advokat Ulf Djurberg och jur.kand. Danijela Blagojevic
 c/o Setterwalls Advokatbyrå AB
 Box 1050
 101 39 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

Ombud: Peter Rosenberg
 Juridik och planprovning
 Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Durtrack GmbH:s ansökan om överprovning.

Dok.Id 69938

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 ”Leveranser av betongsliprar för spår och spårväxlar” med diarienummer TRV 2011/60376. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och omfattar flera produktgrupper. Tilldelningsbeslut meddelades den 21 maj 2012, varvid AB Strängbetong AB (Strängbetong) och Abetong AB (Abetong) tilldelades kontrakt avseende produktgrupp 2 (Betongsliprar för spår med Fastclip befästning).

YRKANDEN M.M.

Durtrack GmbH (i det följande Bolaget), vars anbud förkastats i kvalificeringsfasen, begär överprövning av upphandlingen såvitt avser produktgrupp 2 och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att dess anbud kvalificeras och tas med till utvärdering. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att dess anbud ska kvalificeras och utvärderas samt att anbuden från Strängbetong och Abetong ska förkastas. Bolaget yrkar i tredje hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför som grunder för sin talan i korthet följande. Bolagets anbud svarar mot kraven som anges i BF02 punkten 4.4.2 d) samt i principritning 3-801549 (principritningen). Trafikverket har, genom att inte kvalificera Bolagets anbud till utvärdering, handlat i strid med principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet i LUF. Förfrågningsunderlaget brister vidare i transparens då det inte klart framgår vilka villkor som gäller avseende mått på betongslipern. De uppställda skall-kraven avseende mått är heller inte proportionerliga och hindrar dessutom den fria rörligheten på den inre marknaden. Strängbetong och Abetong uppfyller inte ska-kravet på behörig företrädare (UFB.3) och Strängbetong uppfyller vidare inte ska-kravet på åtagande från underleverantör (UFB.51). Trafikverkets förfarande har medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och anför till grund för sin inställning i korthet följande. De ritningar (12.40.4-engl. och 12.40.4c-engl.) och däri fogade uppgifter som Bolaget har lämnat i sitt anbud uppfyller inte måtten enligt principritningen. Bolaget uppfyller således inte kvalificeringskravet enligt BF02 punkten 4.4.2 d) och Trafikverket har därför ägt rätt att diskvalificera Bolagets anbud. Det måste ha stått klart för anbudsgivarna vilka krav som uppställts i detta avseende och vad som i övrigt gällt för upphandlingen. Kraven är proportionerliga och hindrar inte den fria marknaden. Trafikverket har vidare inte funnit anledning att betvivla de inkomna behörighetshandlingarna, vilka getts in i enlighet med vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Det föreligger vidare ett sådant åtagande mellan Strängbetong och åberopad underleverantör som förutsätts i rättsligt avseende och som motsvarar de krav som angivits i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Bolaget anført är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF).

Bristande transparens i förfrågningsunderlaget?

Bolaget, som menar sig uppfylla kravet BF02 punkten 4.4.2 d), har gjort gällande att förfrågningsunderlaget och särskilt upphandlingsföreskrifterna, de tekniska specifikationerna och principritningen, brister i transparens då det inte klart framgår vilka villkor som gäller avseende mått på betongslipern. Bolaget har anført att det av de tekniska specifikationerna inte framgår att Trafikverket ställer krav på något annat mått utöver måttet L1+/-1 mm, vilket i principritningen fått värdet 1686,5 +/-1mm. Bolaget har vidare anført, mot bakgrund av vad som anges i principritningen om att "Av-

vikelser från vissa mått kan eventuellt göras i samråd med beställaren”, att utgångspunkten varit att det funnits en möjlighet till diskussion med Trafikverket. Bolaget har med hänsyn till hur man tolkat skrivningen om avvikelser i sitt anbud även svarat ”Ja”, vilket innebär att Bolaget accepterar och uppfyller de ställda kraven (Bilaga 6 till UF i krav [BF02]). Det har enligt Bolaget inte heller funnits några indikationer på att man från dess sida inte skulle tillmötesgå Trafikverket i en sådan eventuell diskussion. Vidare har poängterats att villkoret om avvikelser tillämpades av Trafikverket vid tidigare upphandling av betongslipers år 2007, men att det i nu aktuellt förfrågningsunderlag inte tydligt och uttryckligen klargjorts att detta villkor inte längre ska tillämpas.

Trafikverket har anfört att det i nu aktuell upphandling inte varit aktuellt att tillämpa vad som anges i principritningen gällande avvikelser från vissa angivna mått, då Bolaget vare sig i anbudet eller i samband med upphandlingens genomförande i övrigt, antytt något om samråd om avsteg från vissa mått.

I upphandlingsföreskrifterna (UF) anges bl.a. följande. Av anbudet ska framgå kravuppfyllnad för de produktgrupper som offereras, vilka ska anges i bilagorna 5 – 8 till dessa UF samt dokumentation som möjliggör att kravuppfyllnaden kan verifieras och konstruktionsritning för respektive offererad produktgrupp (UFB.31). I den tekniska specifikationen finns upptagen en tabell vari specificeras hur den europeiska standarden SS-EN 13230-1 ska tillämpas. Om stycket inte finns upptaget i tabellen anges att SS-EN 13230-1 gäller utan undantag (avsnitt 5.1). Beträffande kravet BF02, punkten 4.4.2 d) anges under ”Kommentar” följande: *LI+/-Imm* (*LI* enligt tabell 1, kapitel 6.1 i SS-EN 13230-1). Ritning på sliper enligt bifogad principritning 3-801549. I principritningen anges olika mått på slipern. Vidare anges däri att ”Avvikelse från vissa mått kan eventuellt göras i samråd med beställaren.”

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 24 § LUF följer att den upphandlande enhetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten anser att det av förfrågningsunderlaget och då särskilt den tekniska specifikationen (avsnitt 5.1) tillräckligt tydligt framgår vilka krav som efterfrågas avseende mått på betongslipers med Fastclip befästning. Förvaltningsrätten anser inte att den tekniska specifikationen är utformad på ett sådant sätt att det för anbudsgivarna kan ha framstått som att det endast är mått som finns angivna i standarden SS-EN 13230-1 (kapitel 6.1, tabell 1) som Trafikverket ställt särskilda krav på i upphandlingen eller haft utrymme att modifiera. Tvärtom framgår det enligt förvaltningsrättens mening redan av skrivningen i kommentaren till krav BF02 att principritningen – och underförstått även samtliga de mått som anges i densamma – ska vara uppfyllda för att anbudet ska kvalificeras. Denna tolkning vinner även stöd av vad som framgår av den tekniska specifikationen under rubriken "Allmänt" (avsnitt 3), vari bl.a. anges att ritningsunderlag utgör krav avseende geometrisk utformning av betongslipern. Förvaltningsrätten anser inte heller att de tekniska specifikationerna som sådana står i strid med bestämmelserna i 6 kap. LUF eller att Bolaget på annat sätt förmått visa att det finns skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

Tekniska specifikationer och proportionalitetsprincipen m.m.

Bolaget har vidare gjort gällande att kravet BF02 punkten 4.4.2 d) i den tekniska specifikationen strider mot proportionalitetsprincipen och hindrar den fria rörligheten. Bolaget har i denna del anfört bl.a. följande. Trafikverkets behov av betongslipers kan tillgodoses utan krav på måtten 500

mm respektive 550 mm i principritningen. Trafikverket har ställt större krav på leverantörerna än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt och kraven på mått kan inte anses förankrade på objektiva grunder. Trafikverkets behov av betongslipers har alltsedan år 2007 kunnat, och kan alltjämt, tillgodoses genom Bolagets välfungerade betongslipers. Den negativa effekt som kraven på mått får på leverantörernas möjligheter att lämna godkända anbud är oproportionerlig och överdriven jämfört med det eftersträfvade syftet. De specifika kraven begränsar också kretsen av deltagare i upphandlingen eftersom ett deltagande är förknippat med kostnader för att anpassa produkterna efter de specifika kraven. Bolaget har lämnat ett anbud som är ett likvärdigt alternativ till de anbud som uppfyller Trafikverkets ställda krav och det skulle vara förenat med stora kostnader om Bolaget skulle tvingas anpassa sitt anbud så att det uppfyllde de specifika kraven. Dessa kostnader skulle försvåra Bolagets avsättning av sina produkter på den svenska marknaden och utgör därmed ett hinder för den fria rörligheten. Även Trafikverkets beslut att förkasta Bolagets anbud är oproportionerligt med hänsyn till att Trafikverket istället – i linje med vad som anges i principritningen om samråd med beställaren vid avvikelser av vissa mått - kunnat inleda en diskussion med Bolaget i detta hänseende.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Kraven måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen, dvs. de ska avse och påverka just den produkten som upphandlas. De krav som ställs upp får inte heller strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78).

Av EU-domstolens praxis gällande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. Först 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 det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska prövas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Trafikverket har fört fram att syftet med att verket i nu aktuell upphandling, till skillnad mot vid upphandlingen av betongslipers år 2007, ställt krav på ytterligare mått är att säkerställa en ökning av kontaktytan mellan sliper och ballast, att öka spårstabiliteten, att öka motståndsförmågan mot spårkrafter samt att tillskapa en standardisering av gränssnitten mot kringutrustning såsom bl.a. skyddsräls. Förvaltningsrätten gör mot den bakgrunden bedömningen att kraven på slipermått såsom de uppställts i den tekniska specifikationen och tillhörande principritning får anses lämpliga och effektiva. Fråga uppkommer då om det, såsom Bolaget hävdar, finns mindre ingripande alternativ till de nu aktuella kraven. Det har i utredningen inte framkommit något som tyder på att kraven på slipermått syftar till att rikta sig till en eller ett fåtal specifika leverantörer. Kraven framstår inte heller som godtyckliga eller uppenbart oskäligen. Förvaltningsrätten konstaterar även att uppställda krav, i vart fall vad avser vissa angivna mått, är utformade som minimimått vilket ger anbudsgivarna utrymme att offerera en betongsliper med mått överstigande de i principritningen angivna måtten. Även den omständigheten att Trafikverket enligt vad som anges i principritningen öppnat upp för att kraven kan uppnås även med tillåtande av vissa avvikelser från angivna mått, talar enligt förvaltningsrättens mening för att kraven får anses vara utformade på ett sådant sätt att de inte framstår som alltför ingripande utan att de är förenliga med proportionalitetsprinci-

pen. Det saknas sammanfattningsvis skäl för ingripande enligt LUF även på denna grund.

Bolagets uppfyllelse av konstruktionskravet BF02 punkten 4.4.2 d)

En av huvudprinciperna enligt LUF är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste såldes vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande enheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle strida mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Förvaltningsrätten anser inte att vad som kommit fram i målet visar att de av Bolaget ingivna ritningarna avseende offererad betongsliper med Fastclip befästning (12.40.4-engl. och 12.40.4c-engl) stämmer överens med samtliga de mått som anges i principritningen (3-801549) och som utgör obligatoriska krav i den tekniska specifikationen. I målet har inte heller framkommit uppgifter som talar för att aktuella avvikelser från de angivna måtten (500 mm respektive min. 550 mm) har gjorts i samråd med Trafikverket (jfr principritningen). Trafikverket har därmed haft fog för att förkasta Bolagets anbud. Ett Bolag vars anbud rätteligen har förkastats riskerar normalt sett inte att lida någon skada, såvida inte samtliga andra anbud också borde ha förkastats. Bolaget har i målet gjort gällande att så är fallet, varför förvaltningsrätten slutligen tar ställning i den frågan.

Kravet på behörig företrädare

Bolaget har gjort gällande att vare sig Abetong eller Strängbetong uppfyller kvalificeringskravet i UFB.31 vari anges att ett intyg ska undertecknas av en person som är behörig att företräda anbudsgivaren.

Förvaltningsrätten konstaterar att verkställande direktör för såväl Abetong som Strängbetong har undertecknat ett intyg respektive en fullmakt för vissa namngivna personer att företräda företaget och det är dessa personer som har skrivit under anbudet. Av de utdrag från Bolagsregistret som Bolaget har gett in i målet framgår att verkställande direktör i båda bolagen har rätt att teckna firman beträffande löpande förvaltningsåtgärder. Med hänvisning härtill och till att Trafikverket inte ställt krav på att anbudet ska vara undertecknat av behörig firmatecknare får enligt förvaltningsrättens mening undertecknandet av nu aktuellt intyg/fullmakt anses vara en åtgärd som ligger inom ramen för sådana löpande förvaltningsåtgärder som en verkställande direktör ägt behörighet att företa. Det har därmed inte funnits skäl för Trafikverket att förkasta Abetongs och Strängbetongs anbud på denna grund.

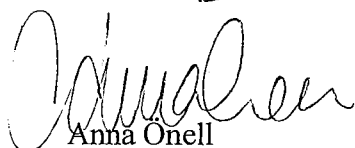
Kravet på åtagande från underleverantör

I förfrågningsunderlaget anges följande under rubriken "Prövning av anbudsgivare" (UFB.51). Krav får uppfyllas genom att anbudsgivaren anlitar underleverantör. Om krav uppfylls genom underleverantör anges detta i anbudet. Kvalificeringskrav får uppfyllas genom att anbudsgivaren åberopar andra företags kapacitet. Anbudsgivaren ska i sådant fall tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser. Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget i denna del korresponderar med vad som föreskrivs i 11 kap. 5 § LUF.

Bolaget hävdar att Trafikverket borde ha förkastat anbudet från Strängbetong på den grunden att Strängbetong inte tillhandahållit något sådant åtagande. Bolaget menar att den fullmakt som Strängbetong gett in tillsammans med anbudet med dess innehåll inte utgör något rättsligt bindande åtagande mellan bolagen som visar att Strängbetong förfogar över Spenncon AS:s resurser.

Förvaltningsrätten anser, i likhet med Bolaget, att den handling benämnd "Fullmakt" som Strängbetong gett in med anbudet, inte kan anses utgöra ett sådant åtagande som avses i förfrågningsunderlaget och LUF. Som framgått ovan har anbudsgivaren emellertid möjlighet att även på annat sätt visa att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser. I den aktuella handlingen anges att Strängbetong berättigas företräda Spenncon AS i upphandlingen, vid förhandling med Trafikverket och i efterföljande kontraktperiod avseende leveranser av betongsliprar från Spenncons fabrik i Norge. Det har i målet inte ifrågasatts att den person hos Spenncon AS som undertecknat fullmakten haft rätt att teckna bolagets firma och således ägt rätt att befullmäktiga Strängbetong att företräda Spenncon i ovan nämnda avseenden. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund och med hänvisning till att bolagen ingår i samma koncern att Strängbetong i enlighet med kravet i UFB.51 får anses ha visat att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser. Det finns således inte skäl för ingripande enligt LUF heller på denna grund. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Anna Önell

rådman