



KLAGANDE

EQC Mälardalen AB, 556824-8859
Sörbo 7
781 91 Borlänge

Ombud: Advokat Helena Rosén-Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2011-10-31	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren, jur.kand. Sven Vaxenbäck och
jur.kand. Daniel Björklund
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 4 augusti 2011 i mål nr 2734-11, se
bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och förordnar att
upphandlingen ska göras om.

Kammarrätten avvisar överklagandet i den del som avser frågan om
vinnande anbudet uppfyller skall-krav i förfrågningsunderlaget.

Kammarrättens interimistiska beslut den 15 augusti 2011 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

EQC Mälardalen AB (EQC) överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten i första hand förordnar att upphandlingen ska rättas genom att en ny anbudsutvärdering genomförs och i andra hand att kammarrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför EQC bl.a. följande. Trafikverket har genomfört utvärderingen av anbudet felaktigt och har värderat kvalitetskriterierna Genomförandebeskrivning respektive Referenser skönsmässigt och i strid mot principerna i 1 kap. 24 § LUF om transparens och likabehandling av leverantörer. Därutöver tillkommer att vinnande anbud inte uppfyller skall-kravet i förfrågningsunderlaget avseende genomförandebeskrivning och ska därför förkastas.

Avgörande för om utvärderingen av anbudet har skett i enlighet med kravet på likabehandling av leverantörer och transparens är att den upphandlande myndigheten kan visa att utvärderingen har skett på ett sätt som innebär att leverantörerna har behandlats lika och utan ovidkommande hänsyn. Det framgår att utvärderingen har genomförts med ett stort utrymme att efter fritt skön välja det anbud som Trafikverket finner lämpligast. Trafikverket kan inte vid bedömningen av genomförandebeskrivningen beakta verkets erfarenhet av anbudsgivarens tidigare arbeten för Trafikverket, utan att detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Det föreligger ett uppenbart fel i tillämpningen av utvärderingsmodellen vad gäller referenser. En förutsättning för att referenser ska få användas som utvärderingskriterie är att kriteriet är utformat så att utvärdering kan ske av kvaliteten av sådana tjänster som den offererade tjänsten avser. Det är

således inte möjligt för Trafikverket att göra en utvärdering av tidigare utförda tjänster genom att endast notera vilka referenser som anbudsgivarna har redovisat i anbudet. Endast en uppgift om referenser och kontaktuppgifter till referenser kan inte medföra en värdering av den offererade tjänstens kvalitet och är ett otillåtet anbudsutvärderingskriterium. Det är istället nödvändigt att samtliga referenser kontaktas, vilket också är innebörden av förfrågningsunderlaget. Genom att Trafikverket utvärderat referenser utan att kontakta dessa har utvärderingen genomförts skönsmässigt och i strid mot principerna om transparens och likabehandling samt i strid mot förfrågningsunderlaget. För det fall kammarrätten finner att utvärderingen av referenser kan genomföras på det sätt Trafikverket gjort strider utvärderingsmodellen som sådan mot kravet på transparens och likabehandling. I den situationen ska upphandlingen göras om.

Trafikverket bestrider bifall till överklagandet och anför följande.

Anbudsutvärderingen är korrekt genomförd, utvärderingsmodellen är förenlig med LUF och vinnande anbud uppfyller aktuellt skall-krav.

Vinnande anbud har i sin genomförandebeskrivning angivit att uppdraget kommer att genomföras på likartat sätt som offererad konsult utfört tidigare uppdrag åt Trafikverket. Trafikverket har därför valt att beakta sin egen tidigare erfarenhet av aktuell konsult vid anbudsutvärderingen. Detta är ett, i förevarande situation, naturligt och affärsmässigt handhavande som dessutom står i överensstämmelse med LUF och därtill hörande kammarrättspraxis. Enligt Trafikverkets mening bör det i detta fall på motsvarande sätt vara tillåtet att beakta tidigare erfarenhet av en leverantör när denne uttryckligen hänvisat till uppdrag utförda åt beställaren. Anbudsutvärderingen har därmed skett på ett objektivt sätt med beaktande av likabehandlings-principen.

I bedömningen av anbudsgivarnas referenser framförs att förfrågningsunderlaget inte ska tolkas som att utvärdering av referenser

måste ske genom att de angivna referenserna kontaktas, utan att utvärderingen kan ske enbart utifrån det skriftliga material som anbudet utgör, då detta anses vara tillräckligt. Redan på grundval av den skriftliga informationen i anbudet kunde Trafikverket konstatera vilken erfarenhet erbjudna resurser hade. Trafikverket bedömde att det i denna situation inte fanns anledning att kontakta angivna referenser för att endast få bekräftat omständigheter som redan blivit klarlagda genom referenslistorna.

Kammarrätten har i beslut den 15 augusti 2011 interimistiskt förordnat att Trafikverket inte får ingå avtal innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Ändring av saken

EQC har som grund för sin talan, i ansökan om överprövning hos förvaltningsrätten, anfört att deras anbud inte har utvärderats enligt vad som har angetts i förfrågningsunderlaget. I kammarrätten anför EQC också att vinnande anbud inte uppfyller skall-krav i förfrågningsunderlaget och att anbudet ska förkastas.

Den av EQC nu åberopade omständigheten att vinnande anbud inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget kan inte anses som en ändring av talan. Frågan är dock om denna omständighet, som åberopats först i kammarrätten, utgör en ändring av saken i målet.

Det finns ingen specialreglering av frågeställningen i LUF, vilket betyder att det är de allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, som ska tillämpas. Inom förvaltningsprocessen bestäms saken genom en koppling till händelseförloppet. Nya omständigheter som innebär att saken ändras ska avvisas enligt instansordningsprincipen (se Wennergren, Förvaltningsprocesslagen m.m. En kommentar, 5:e uppl. s. 294). Enligt

kammarrättens mening får de omständigheter som en leverantör åberopar till stöd för sin ansökan om åtgärder enligt 16 kap. 1 § LUF utgöra saken i ett mål enligt LUF (jfr 4 § FPL). Att ett vinnande anbud inte uppfyller skalkrav är ett annat händelseförlopp och skeende än att det förekommer felaktigheter vid anbudsutvärderingen. Ett bifall till detta yrkande innebär att en vinnande leverantör tillerkänns partsställning och rättsföljden blir att vinnande leverantör ska uteslutas från att delta i upphandlingen. Det kan därmed också vara fråga om en annan rättsföljd. De nya omständigheterna som anförts i kammarrätten får därmed anses vara en ändring av saken.

Upphandlingsmål har en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka FPL har konstruerats. Vad gäller rättsföljden är det emellertid enligt hittillsvarande praxis inte parterna utan domstolen som råder över vilken åtgärd som blir aktuell.

I FPL finns det ingen reglering av processen i kammarrätt. Vid överklagande till Högsta förvaltningsdomstolen får i mål vari prövningstillstånd krävs omständigheter eller bevis som klaganden först åberopar i HFD beaktas endast om det finns särskilda skäl (37 § FPL). När det gäller möjligheten att åberopa nya omständigheter i hovrätt gäller enligt 50 kap. 25 § 3 st rättegångsbalken att en part i hovrätten får åberopa en omständighet som inte lagts fram tidigare endast om han gör sannolikt att han inte kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

Av handlingarna i målet framgår att EQC i förvaltningsrätten företrätts av sin verkställande direktör medan EQC i kammarrätten anlitat ombud. Dessa förhållanden medför dock inte bolaget haft giltig ursäkt för att inte åberopa omständigheterna redan i förvaltningsrätten. Även om de omständigheter som anförts i kammarrätten också hänför sig till genomförande- beskrivningen men i detta fall inte till utvärderingen utan att beskrivningen

är för allmän för att kunna godtas bedömer kammarrätten att EQC inte har haft giltig ursäkt för att inte åberopa omständigheterna ifråga redan i förvaltningsrätten.

Utvärdering av genomförandebeskrivning

Vinnande anbud har formulerat genomförandebeskrivningen som följer. Uppdraget kommer att utföras på ett yrkesmässigt sätt i nära samarbete med projektledningen för att driva projektet framåt samt tillse att uppställda krav (myndighetskrav och beställarkrav) uppfylls på likartat sätt som offererad konsult utfört uppdrag tidigare åt Trafikverket.

Trafikverket anför att tidigare erfarenhet får beaktas när anbudsgivaren uttryckligen hänvisar till tidigare uppdrag. EQC anför att Trafikverket inte kan beakta tidigare erfarenhet då det skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Av likabehandlingsprincipen följer, enligt EQC, att alla anbudsgivare ska redovisa en genomförandebeskrivning som uppfyller förfrågningsunderlagets krav och det oavsett om Trafikverket kan antas känna till anbudsgivarens utförande av tidigare uppdrag eller inte.

Kammarrätten konstaterar att en upphandlande myndighet bryter mot likabehandlingsprincipen om den beaktar tidigare utförda uppdrag utan att dessa åberopats. I förevarande fall har vinnande anbud i genomförandebeskrivningen hänvisat till tidigare uppdrag. Kammarrätten anser att Trafikverket inte varit förhindrat att beakta detta till följd av likabehandlingsprincipen eller principen om transparens. Inte heller i övrigt finns skäl för ingripande avseende utvärderingen av genomförandebeskrivningen.

Utvärdering av referenser


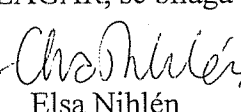
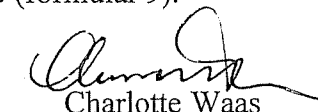
Av EU-domstolens avgörande C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av

projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Däremot kan något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen varken utläsas av LUF eller EU-rättslig praxis, så länge som referens- tagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av Trafikverkets yttrande framgår att referenserna har utvärderats utifrån vilken erfarenhet erbjuden resurs har av liknande arbete. Det är visserligen möjligt att i anbudsutvärderingen beakta erfarenhet av liknande arbete, men då måste det av förfrågningsunderlaget framgå att detta utgör ett utvärderingskriterium. Att tidigare erfarenhet ska utvärderas kan exempelvis formuleras som att erbjuden spetskompetens är ett utvärderingskriterium.

Enligt kammarrättens mening måste en referensupptagning som den nu aktuella huvudsakligen anses vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer, dvs. leverantörens förmåga och kapacitet att utföra uppdraget och inte till hur väl föremålet för upphandlingen har kunnat utföras. Mot denna bakgrund anser kammarrätten att Trafikverkets anbudsutvärdering påverkats av ovidkommande hänsyn, varför Trafikverkets förfarande i denna del strider mot 1 kap. 24 § LUF. Bolaget får anses ha lidit skada genom det sätt på vilket anbudsutvärderingen genomförts. Mot bakgrund av att bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

		
Bertil Ekholm kammarrättspresident ordförande	Elsa Nihlén kammarrättsråd	Charlotte Waas kammarrättsråd referent

Anna Fors Nilsson
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Enhet 2
Frida Axelsson
Föredraganden

DOM
2011-08-04
Meddelad i
Falun

Mål nr
2734-11

Bilaga A

SÖKANDE

EQC Mälardalen AB, 556824-8859
Sörbo 7
781 91 Borlänge

MOTPART

Trafikverket

Ombud: Tomas Kjellgren, Daniel Björklund och Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Trafikverket genomför upphandling av Konsultuppdrag avseende bygglärdare Bro/väg vid ombyggnad av bro över Täljeån So Mosjö kyrka på väg 690, diarienummer TRV 2011/31743. Trafikverket har i tilldelningsbeslut den 14 juni 2011 beslutat att tilldela kontrakt till Hifab AB.

YRKANDEN

EQC Mälardalen AB (EQC), som har lämnat anbud i upphandlingen men som inte har antagits som leverantör, begär överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om.

Trafikverket yrkar att begäran om överprövning ska avslås då utvärderingen har gjorts enligt förfrågningsunderlaget och i enlighet med LUF och EU-rättsliga principer.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rätten ska besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 5 § LUF).

EQC gör gällande att deras anbud inte har utvärderats enligt vad som har angetts i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlagets upphandlingsföreskrifter, UUB. 53, anges att utvärderingskriterierna är (1) Timpris, (2) Genomförandebeskrivning enligt UUB.31 pkt 3a. Beskrivning av hur konsulten tänker bedriva de olika delarna som ingår i uppdraget, (3) Referenser enligt UUB. 31 pkt 5. Maximalt mervärde är 200 vardera för punkt 2 och 3. Samtliga utvärderingskriterier förutom timpris poängsätts med heltal

mellan 0 och 3 poäng, där 3 är högsta poängen. Vidare anges exempel på mervärde för 0-3 poäng.

EQC gör gällande att Trafikverket har använt för anbudsgivarna okända bedömningsgrunder vid värderingen av Genomförandebeskrivningen, detta med hänvisning till att Trafikverket varken har lämnat någon skriftlig eller muntlig redogörelse av motiven till värderingen som gjorts i utvärderingen av anbudet. EQC anser vidare att det är mycket troligt att utvärderingen skulle blivit annorlunda om den gjorts enligt förfrågningsunderlaget. Trafikverket anför att de har gjort bedömningen att EQC har offererat en för uppdraget god lösning samt påvisat en god förståelse rörande uppdragets omfattning som motiverar att bolaget erhåller 1 poäng av 3 möjliga avseende detta kriterium.

Förvaltningsrätten anser att EQC inte har visat att deras anbud har erhållit för låg poäng vid utvärderingen av genomförandebeskrivningen. Inte heller har de angett på vilket sett vinnande anbud har erhållit för hög poäng. Förvaltningsrätten anser inte heller att förfrågningsunderlaget är så otydligt utformat, när det gäller vad som kommer att tillmätas betydelse vid poängsättningen eftersom det i förfrågningsunderlaget har angetts genom exemplifiering vad som anses som mervärde, att det kan anses strida mot LUF eller den EU-rättsliga principen om transparens och förutsebarhet. Grund för ingripande enligt LUF föreligger därmed inte på denna grund.

EQC gör även gällande att utvärderingen av referenser inte har gjorts enligt förfrågningsunderlaget då ingen av de angivna referenserna har blivit kontaktade. Trafikverket anför att utvärderingen av referenser har skett på handlingarna i anbudet och att det inte har varit nödvändigt att ta kontakt med de namngivna referenserna när tillräckligt underlag har funnits i anbudet. Enligt förfrågningsunderlaget är det referenser enligt UUB.31 punkt 5 som utvärderas och där anges att uppgifter om relevanta referenser med

namn, telefonnummer och referensobjekt ska anges. Förvaltningsrätten anser inte att förfrågningsunderlaget ska tolkas som att utvärderingen av referenser enbart kan ske genom kontakt med de uppgivna referenserna utan att utvärdering även kan ske utifrån det skriftligt lämnade materialet om detta är tillräckligt. Förvaltningsrätten anser att EQC inte har visat att utvärderingen av deras anbud är felaktig vad gäller poängsättningen av referenser. Grund för ingripande i enlighet med LUF föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Eva Karlsson Helghe

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.