



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Enhet 2
Ann-Louice Jonsson

DOM
2012-05-30
Meddelad i
Falun

Mål nr
1466-12

SÖKANDE

Infranord AB, 556793-3089
Box 1803
171 21 Solna

Ombud: Advokat Joakim Lavér och jur.kand. Anna Sundquist
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
111 47 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Jennie Magnusson
Juridik och planprovning
Trafikverket
781 89 Borlänge

KONKURRENSVERKET	
2012-05-31	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Förvaltningsrätten avslår Infranord AB:s yrkanden om att Trafikverket ska förpliktas att förete hela eller delar av BB Rails anbud.
2. Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 59318

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 ”Drift och underhåll av järnvägsanläggning avseende banorna inom Västra Götaland – Göteborg (VGG)” med ärendenummer TRV 2011-60784. Upphandlingen genomförs som förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Tilldelningsbeslut meddelades den 16 mars 2012, varvid anbudet från Balfour Beatty Rail AB (i det följande BB Rail) antogs.

YRKANDEN M.M.

Infranord AB (i det följande Bolaget) begär överprövning vad avser området Göteborg och yrkar, såsom Bolaget slutligen framställt sin talan, i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid Bolagets anbud erhåller högre poäng avseende kriterierna ”Genomförandebeskrivning” samt ”Vinter-/felavhjälpning-/olycksfallshanteringsfunktionen”. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om på den grunden att utvärderingsmodellen och dess tillämpning strider mot principerna om transparens och likabehandling och ger Trafikverket en fri prövningsrätt. Bolaget har till följd av Trafikverkets agerande lidit eller riskerat att lida skada. Bolaget yrkar vidare att förvaltningsrätten i första hand utfärdar editionsföreläggande mot Trafikverket avseende BB Rails anbud i sin helhet, eller i vart fall för de delar som rör aktuella kriterier eller att förvaltningsrätten i andra hand förelägger Trafikverket att tillhandahålla BB Rails anbud och därefter ex officio prövar om Trafikverket har gjort en korrekt anbudsutvärdering.

Bolaget åberopar till stöd för sin talan bl.a. EU-domstolens dom i mål C-450/06, RÅ 2002 ref. 50 samt Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 2295-09, 6996-08 och 6411-08.

Trafikverket bestrider Bolagets yrkanden och anför i korthet följande. Anbudsutvärderingen har skett i enlighet med de grundläggande principerna i LUF och i enlighet med vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits. Mervärdesmodellen uppfyller kraven på transparens, förutsebarhet och likabehandling. Trafikverket bestrider Bolagets yrkande om edition och anför att Bolagets begäran omfattar uppgifter i BB Rails anbud som omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, och att BB Rail skulle lida skada om uppgifterna röjs.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

I UFB.52 "Värderingsgrunder vid prövning av anbud" anges under rubriken "Utvärderingskriterier" bl.a. följande.

1. Enligt UFB.31, punkt 12

En utförlig *genomförandebeskrivning* av vilken ska framgå hur entreprenören tänker bedriva förebyggande underhåll. Av beskrivningen ska framgå hur angiven status och funktion ska upprätthållas. Beskrivningen ska även innefatta entreprenörens arbete avseende:

- analys
- planering
- genomförande
- redovisning
- utveckling

Max mervärde: 100 500 000 SEK.

2. Enligt UFB.31, punkt 13

En utförlig *beskrivning* av vintertjänst-, felavhjälpnings- och olyckshanteringsfunktionen med flödesprocess, beskriven organisation, både antal och geografisk placering för personal och maskiner. Redovisa även krav på utbildning/arbetslivserfarenhet inom respektive personalkategori samt tillgänglighet till personella och maskinella backup-resurser.

Max mervärde: 80 000 000 SEK.

3. Enligt UFB.31, punkt 14

Förslag till etableringsplan som ska innehålla en redovisning av leverantörens förberedelser inför entreprenadstart. Följande aktiviteter ska särskilt beaktas:

- etableringstidsplan
- rekrytering av personal
- utbildning
- anskaffning av maskiner
- anskaffning av lokaler
- uppdatering, utveckling och implementering av projektplan
- identifiering och åtgärdande av risker under etableringstiden
- resurser för genomförande av övertagandebesiktning

Max mervärde: 20 000 000 SEK.

Utvärdering sker enligt nedan:

Samtliga utvärderingskriterier förutom anbudssumma/timpris poängsätts med heltal mellan 0 till 5 poäng där 5 är högsta betyget. Poäng 0 innebär att anbudet är kvalificerat, dvs. att det uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda kvalificeringskrav men att det inte innehåller något mervärde.

Exempel vid mervärde 0-5

Ej godkänd = Anbudet uppfyller inte ställda kvalificeringskrav och kvalificerar sig inte för att bli utvärderat

0 p = Anbudet är kvalificerat och uppfyller samtliga ställda kvalificeringskrav. Anbudsgivaren har inom det enskilda kriteriet offererat en för uppdraget godkänd lösning samt genom denna även påvisat en godkänd förståelse rörande uppdragets omfattning och dess innebörd.

1 poäng = Anbudsgivaren har inom det enskilda kriteriet offererat en för uppdraget mer än godkänd lösning samt genom denna även påvisat en mer än godkänd förståelse rörande uppdragets omfattning och dess innebörd vilket bedöms medföra ett visst mervärde för detta uppdrags genomförande.

2 p = Anbudsgivaren har inom det enskilda kriteriet offererat en för uppdraget god lösning samt genom denna även påvisat en god förståelse rörande uppdragets omfattning och dess innebörd vilket bedöms medföra ett litet mervärde för detta uppdragets genomförande.

3 p = Anbudsgivaren har inom det enskilda kriteriet offererat en för uppdraget mer än god lösning samt genom denna även påvisat en mycket god förståelse rörande uppdragets omfattning och dess innebörd vilket bedöms medföra ett betydande mervärde för detta uppdrags genomförande.

4 p = Anbudsgivaren har inom det enskilda kriteriet offererat en för uppdraget mycket god lösning samt genom denna även påvisat en mycket god förståelse rörande uppdragets omfattning och dess innebörd vilket bedöms medföra ett stort mervärde för detta uppdrags genomförande.

5 p = Anbudsgivaren har inom det enskilda kriteriet offererat en för uppdraget optimal lösning samt genom denna även påvisat en synnerligen god förståelse rörande uppdragets omfattning och dess innebörd vilket bedöms medföra ett mycket stort mervärde för detta uppdrags genomförande.

Om anbudet endast uppfyller kvalificeringskrav i förfrågan (kvalificerat) tilldelas det poängen noll (0). Om utvärderingskriterier uppfylls på ett sådant sätt att det ger ett mervärde för beställaren ges poäng enligt skala 1-5. Se definition ovan. Poängen divideras med 5, dvs. bestäms som en andel av högsta poäng. Andelen multipliceras med maximalt mervärde vilket ger mervärdet för kriteriet. Mervärdet för utvärderingskriterierna subtraheras från anbudssumman. Resultatet betecknas anbudets jämförelsesumma. Anbudet med lägsta jämförelsesumman vinner upphandlingen. Negativa jämförelsetal kan förekomma.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således 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 LUF och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF). Vidare har förvaltningsrätten att ta ställning till Bolagets yrkanden om att Trafikverket ska förpliktas att förete hela eller delar av BB Rails anbud.

Begäran om att få ta del av allmänna handlingar

Bolaget åberopar BB Rails hela anbud, eller i vart fall de delar som rör kriterierna "Genomförandebeskrivning" och "Vinter-/felavhjälpning-/olycksfallshantering", som bevis för att Trafikverkets anbudsutvärdering brister i transparens och likabehandling. Bolaget uppger att det varit omöjligt att utläsa vilka faktiska omständigheter som legat till grund för Trafikverkets utvärdering av respektive kriterium, då Trafikverkets kommentarer är mycket knapphändiga. Bolaget gör vidare gällande att BB Rails anbud inte kan anses innehålla några yrkeshemligheter då en "genomförandebeskrivning" enligt Bolagets mening endast innehåller uppgifter om vedertagna, standardiserade och välkända arbetsmetoder inom branschen. Bolaget anser att det i vart fall finns synnerliga skäl för edition, då BB Rails anbud med största sannolikhet har direkt betydelse för utgången av målet.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Trafikverket den 26 mars 2012 beslutade att avslå Bolagets begäran om att få del av BB Rails anbudshandlingar i form av bl.a. genomförandebeskrivningar och beskrivningar av vinter-/felavhjälpning-/olycksfallshanteringsfunktionen. Ett beslut av en upphandlande myndighet avseende att inte lämna ut en handling i ett upphandlingsärende överklagas enligt 6 kap. 8 § OSL till kammarrätten. Förvaltningsrätten har således inte behörighet att överpröva Trafikverkets beslut att sekretessbelägga de aktuella handlingarna. Kammarrätten ännu inte tagit ställning i denna fråga, varför Trafikverkets beslut alltjämt står fast (Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 825-12).

Av 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) framgår följande. Skriftlig handling, som åberopas till bevis, ska tillställas rätten utan dröjsmål. I fråga om sådant bevis gäller i övrigt 38 kap. 1-5 och 7-9 §§ rättegångsbalansen i tillämpliga delar.

I 38 kap. 8 § första stycket rättegångsbalken (1942:740) anges att om allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten förordna att handlingen ska tillhandahållas. Av andra stycket tredje punkten samma paragraf följer emellertid att första stycket inte gäller handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, med mindre synnerlig anledning förekommer.

Syftet med edition är att en part ska få del av handlingar som kan antas ha betydelse som bevis i ett mål. Förevarande mål gäller främst frågan om Bolagets anbud tilldelats för låga poäng avseende kriterierna ”Genomförandebeskrivning” och ”Vinter-/felavhjälpning-/olycksfallshantering” i förhållande till BB Rails anbud och i vilken mån Trafikverkets tillämpade utvärderingsmodell uppfyller kraven på transparens och likabehandling. Med beaktande av vad Trafikverket anfört synes det framgå att den av Bolaget begärda informationen är att betrakta som yrkeshemlighet vid en prövning mot bestämmelsen i 38 kap. 8 § andra stycket tredje punkten rättegångsbalken. Officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål. Mot denna bakgrund och med beaktande av vad som framkommit i målet, och då särskilt i Trafikverkets utvärderingsprotokoll ”Mjuka parametrar – poängsättning”, finner förvaltningsrätten inte att det finns synnerlig anledning att begära in hela eller delar av BB Rails anbud. Bolagets yrkande om att förvaltningsrätten ska förplikta Trafikverket att tillhandahålla allmänna handlingar ska därför avslås. Vidare anser förvaltningsrätten att handlingarna i målet innehåller den information som krävs för att förvaltningsrätten ska kunna avgöra målet och att det därför inte är nödvändigt att rätten får tillgång till BB Rails anbud. Bolagets yrkande om att Trafikverket ska föreläggas att tillhandahålla BB Rails anbud och förvaltningsrätten ex officio ska pröva om Trafikverket gjort en korrekt anbudsprövning ska mot bakgrund härav avslås.

Utvärderingen av mervärden

Bolaget har gjort gällande att Trafikverket har utvärderat Bolagets anbud på ett felaktigt sätt och har pekat på att man tilldelats 0 poäng avseende kriterierna ”Genomförandebeskrivning” och ”Vinter-/felavhjälpning-/olycksfallshanteringsfunktionen” till skillnad mot BB Rail som erhållit 3 respektive 1 poäng för dessa kriterier. Bolaget har särskilt pekat på att man inte erhållit något mervärde vid utvärderingen av kriteriet ”Genomförandebeskrivning”, trots att man i sitt anbud utlovat en ”central stödresurs” och således måste anses ha likvärdiga resurser som BB Rail i detta hänseende. Trafikverket synes enligt Bolaget ha förbisett det anbudsförtydligande som Bolaget gjorde den 5 mars 2012. Bolaget anser vidare att de låga poäng Trafikverket tilldelat Bolaget för ifrågavarande kriterier är anmärkningsvärda med tanke på att Bolaget är ett mycket välrenommerat företag med omfattande erfarenhet och kompetens på det område som upphandlingen avser.

Trafikverket har i denna del anfört att anbudsutvärderingen har skett enligt mervärdesmetoden på det sätt som beskrivs i förfrågningsunderlaget UFB.52, vilket medfört att BB Rail tilldelats kontrakt då de fått den lägsta jämförelsesumman. Trafikverket uppger att BB Rail, vad gäller utvärderingskriterierna ”Genomförandebeskrivning” och ”Vinter-/felavhjälpning-/olycksfallshantering”, har offererat lösningar som medför sådant mervärde för Trafikverket som föreskrivs i förfrågningsunderlaget, medan de lösningar som Bolaget offererat inom dessa utvärderingskriterier konstaterats inte medföra några mervärden. Bolaget har svarat på vad Trafikverket begärt för en godkänd lösning men inte mer, medan BB Rail har erbjudit lösningar om hur arbetet kommer att bedrivas som, enligt Trafikverkets bedömning, visar på en större förståelse för uppdragets omfattning och innebörd på ett sätt som innebär mervärde för Trafikverket. BB Rail har därmed också tilldelats högre poäng än Bolaget. Trafikverket uppger särskilt såvitt avser kriteriet ”Genomförandebeskrivning” att BB Rail har presente-

rat ett väl utarbetat processtänk och analysarbete och ett inarbetat underhållssystem som ger ett bättre underlag för analys och ger beställaren tydlig återkoppling av genomförda underhållsarbeten och påvisar ett innovativt och kreativt arbetssätt. Vad avser kriteriet ” Vinter-/felavhjälpning-/olycksfallshantering” anför Trafikverket att BB Rail bl.a. presenterat en organisation och resursallokering som visar en mer än godkänd förståelse för uppdraget. Enligt Trafikverkets mening framgår det inte av Bolagets anbudsförtydligande att man kan erbjuda en ”etablerad central stödresurs”. Poängsättningen skulle i denna del sannolikt inte heller ha påverkats av om Bolaget hade presenterat en sådan stödresurs.

Det är Bolaget som ska visa att Trafikverket har utfört anbudsutvärderingen på ett felaktigt sätt. Enligt förvaltningsrätten ger vad Bolaget har uppgett i denna del inte tillräckligt stöd för uppfattningen att Trafikverket vid utvärderingen av kriterierna i UUB.52 har tilldelat Bolaget för låga poäng i förhållande till vad som redovisas i anbudet eller att Trafikverket har tagit någon ovidkommande hänsyn vid anbudsutvärderingen. Enligt förvaltningsrätten saknas därför skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

Frågan om utvärderingsmodellen varit otydlig

Bolaget har i andra hand gjort gällande att Trafikverkets utvärderingsmodell är icke-transparent och oförutsebar och att Trafikverket genom dess tillämpning har skapat sig en fri prövningsrätt. Bolaget har i denna del anfört att det varit helt omöjligt för anbudsgivarna att på förhand förstå och förutse hur anbuden skulle komma att bedömas och poängsättas. Bolaget har till stöd för sin talan pekat på att man vid ett stort antal tidigare upphandlingar tilldelats vitt skilda poäng från gång till gång, trots att Trafikverket tillämpat samma utvärderingsmodell och i många fall även samma poängskala som i förevarande upphandling. Upphandlingsföremålen har även i det närmaste varit identiska och Bolaget har erbjudit samma eller likartade genomförandebeskrivningar och lösningar. Bolaget har som ex-

empel nämnt en upphandling (F09-6335/IN60) där man tilldelades 4 poäng av 5 för såväl kriteriet "Genomförandebeskrivning" som "Vintertjänst-felavhjälpnings- och olyckshanteringsfunktion". Bolaget anför vidare att skillnaden i pengar mellan 0 respektive 5 poäng i mervärde avseende kriteriet "Genomförandebeskrivning" uppgår till 100 500 000 kr och att en poäng värd 20 100 000 kr blir helt utslagsgivande.

Trafikverket har vad gäller den påstådda bristen på transparens och likabehandling i den tillämpade utvärderingsmodellen anført att det inte kan ha förelegat någon tveksamhet för anbudsgivarna kring det upphandlade kontraktets innehåll eller det sätt på vilket de kvalitativa kriterierna skulle komma att utvärderas. Anbudsgivarna har, enligt Trafikverkets mening, fått samma möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud utifrån de förutsättningar som framgår av bl.a. UFB.52 i förfrågningsunderlaget. Trafikverket betonar även att varje upphandling har sina specifika förutsättningar och omständigheter och att anbuden prövas utifrån vad som föreskrivits i den enskilda upphandlingen om dessa förutsättningar och omständigheter. Den omständigheten att Bolagets anbud fått andra poäng i andra upphandlingar saknar enligt Trafikverkets mening relevans för bedömningen av om utvärderingsmodellen och prövningen av anbuden i nu aktuell upphandling skett i enlighet med de grundläggande kraven på transparens och likabehandling.

Regelverken om offentlig upphandling innehåller inga närmare formregler för hur en anbudsutvärdering ska gå till eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. En upphandlande enhet kan i princip välja vilken metod som helst för att jämföra anbud så länge den kan anses uppfylla de grundläggande principerna inom unionsrätten. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Ett förfrågningsunderlag

ska emellertid vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas (RÅ 2002 ref. 50).

Trafikverket har i nu aktuell upphandling tillämpat en s.k. mervärdesmodell. I förfrågningsunderlaget UFB.52 anges vilka kriterier som kommer att utvärderas i upphandlingen och närmare vad som kommer att beaktas inom respektive utvärderingskriterium. Vidare anges att samtliga utvärderingskriterier förutom pris kommer att poängsättas med heltal mellan 0 till 5 poäng där 5 är högsta betyget. Poäng 0 innebär att anbudet är kvalificerat dvs. att det uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda kvalificeringskrav men att det inte innehåller något mervärde. Under punkten 3 i UFB.52 anges närmare hur poängsättningen för mervärde kommer att ske och vad som krävs för att erhålla 0, 1, 2, 3, 4 respektive 5 poäng inom de enskilda kriterierna. Under punkterna 4 – 6 i UFB.52 anges hur anbudens mervärde och jämförelsesumma räknas fram.

Förvaltningsrätten anser att utvärderingskriterierna och utvärderingsmodellen som sådan är så pass väl utformade och beskrivna i förfrågningsunderlaget att det tillräckligt tydligt framgår vad som kommer att tillmätas betydelse vid poängsättningen för mervärde. Enligt förvaltningsrättens mening måste anbudsgivarna härigenom anses ha fått en tillräckligt god bild av vad Trafikverket kommer att lägga vikt vid, vid bedömningen av utvärderingskriterierna. Förvaltningsrätten anser inte att utvärderingsmodellens utformning innebär att Trafikverket förbehållit sig en fri prövningsrätt vid utvärderingen av anbudet. Av Trafikverkets utvärderingsprotokoll ”Mjuka parametrar - poängsättning” framgår enligt förvaltningsrättens mening även med tillräcklig tydlighet att tillämpningen av utvärderingsmodellen har skett på det sätt som beskrivs i förfrågningsunderlaget. Förvalt-

ningsrätten anser således inte att det finns skäl för ingripande enligt LUF heller på denna grund. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Sofia von Schantz
förvaltningsrättsfiskal