FÖRVALTNINGSRÄTTEN I FALUN
Föredragande
Matilda Ståhl

DOM
2019-05-13
Meddelad i Falun

Mål nr
854-19

SÖKANDE
S.A. de Obras y Servicios, COPASA

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jurist Karolina Kjellberg
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART
Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN
Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00

Telefax
023-383 00 80

E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Trafikverket gör en upphandling av projektering och utförande av Väg 261 Ekerövägen E1, Tappström-Lindötunneln inom Ekerö kommun, Stockholms län (CTM id 148081). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Trafikverket meddelade tilldelningsbeslut den 11 februari varvid ett anbud från Comsa – Yapi Merkezi Joint Venture (Comsa) antogs. Av upphandlingsprotokollet framgår att ett anbud från S.A. de Obras y Servicios, COPASA (COPASA) förkastats eftersom Trafikverket ansett att anbudet inte uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

COPASA ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så vis att COPASA:s anbud tas upp till utvärdering och Comsas anbud förkastas. COPASA yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för förstahandsyrkande gör COPASA gällande att Trafikverket brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling när bolagets anbud förkastats trots att det uppfyller samtliga obligatoriska krav medan Comsas anbud antagits trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Som grund för andrahandsyrkandet gör COPASA gällande att Trafikverket brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling genom att förutsättningarna för upphandlingen varit så otydliga att det inte på förhand varit möjligt för anbudsgivarna att bilda sig en rättvisande bild av hur anbuden skulle utformas för att uppfylla kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet. COPASA har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av Trafikverkets agerande.

Trafikverket bestrider COPASA:s yrkanden. Trafikverket gör gällande att COPASA:s anbud inte uppfyller samtliga uppställda obligatoriska krav och

att bolagets anbud därför rätteligen har förkastats samt att upphandlingsdokumenten är så klart och tydligt utformade att alla rimligt informerad och normalt omsorgsfulla leverantörer har kunnat tolka dem på samma sätt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad COPASA anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att COPASA har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

När en anbudsgivare åberopar flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten tar därför först ställning till frågan om det finns skäl för ingripande till följd av de brister som COPASA menar finns i upphandlingsdokumenten.

Upphandlingsdokumenten

I punkt 3 i anbudsformuläret anges bl.a. följande.

3 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivare ska ha erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet för genomförande av den aktuella entreprenaden. Anbudsgivare ska därmed ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard, dvs. som ansvarig kontraktspart ha genomfört entreprenad och uppdag av liknande svårighetsgrad som den upphandlingen avser.

Med liknande svårighetsgrad avses:

Byggentreprenad

- Totalentreprenad (ansvar för projektering och utförande) inom anläggning med en kontraktssumma överstigande 250 000 000 kronor. Vägbyggnadsarbete dvs. nybyggnation och/eller ombyggnation av befintlig väg, om minst en(1) km med minst 15 000 ÅDT (årsmedeldygnstrafik) samt utförande av trafikomläggningar.

Är kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet otydligt?

COPASA anför i huvudsak följande. Förutsättningarna för upphandlingen har varit så otydliga att det inte på förhand varit möjligt för anbudsgivarna att bilda sig en rättvisande bild av hur anbuden skulle utformas för att uppfylla kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kravet i punkt 3 i anbudsformuläret måste förstås så att Trafikverket efterfrågar en referensentreprenad av vägbyggnadsarbete av liknande svårighet som entreprenaden i upphandlingen. Liknande svårighetsgrad måste förstås som uppdrag som antingen varit en nybyggnation, en ombyggnation av befintlig väg eller en kombination av nybyggnation och ombyggnation av befintlig väg med en kontraktssumma överstigande 250 000 000 kr som är minst en km långt och med en årsmedeldygnstrafik (ÅDT) om minst 15 000 samt har inneburit trafikomläggningar. Om kravet inte har denna innebörd är det allt för otydligt för att uppfylla de krav som följer av LOU och de grundläggande principerna. Trafikverket menar att kravet ska tolkas så att det som krävs är vägbyggnadsarbete av befintlig väg oavsett om det är en nybyggnation och/eller en ombyggnation som gjorts samt att kravet på ÅDT om minst 15 000 är kopplat till en befintlig väg. Denna tolkning är ologisk och felaktig i förhållande till kravets ordalydelse. Att vägbyggnadsarbetet ska avse en befintlig väg med befintlig ÅDT, även om det varit fråga om en nybyggnation, stöds inte av förfrågningsunderlaget och är dessutom objektivt sett omöjligt. Det framgår direkt av betydelsen av ordet nybyggnation att det inte kan avse en befintlig väg och en nybyggnation kan inte heller, rent logiskt, ha någon befintlig ÅDT eftersom en ny väg inte har någon trafik överhuvudtaget innan den tas i bruk. Dimensionerad ÅDT är det enda som har någon betydelse i sammanhanget som ett mått på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet, eftersom det är dimensioneringen som avgör hur vägen utformas, inte vilken trafik som vägen faktiskt belastas med när den väl är byggd. Kravet är därför otydligt och detta stöds av att Trafikverket ansett sig tvunget att begära förtydliganden avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet från två av fyra anbudsgivare.

Trafikverket anför i huvudsak följande. Kravet innehåller inte begreppet "dimensionerat för" och det framgår inte av kravet att det räcker att nybyggnation och/eller ombyggnationen endast är dimensionerad för ÅDT om minst 15 000. Kravet på ÅDT gäller således även för nybyggnationer. Av kravet framgår att referensuppdraget ska vara ett vägbyggnadsarbete av befintlig väg oavsett om det är en nybyggnation eller en ombyggnation. Vidare framgår att vägbyggnadsarbetet, oavsett om det utgör nybyggnation eller ombyggnation ska vara minst en km samt innehålla utförande av trafikomläggningar. Det strider mot kravets ordalydelse att en nybyggnation med enbart en dimensionering av viss ÅDT eller trafikomläggningar skulle godtas. Att kravet innehåller begreppet vägbyggnadsarbete visar att kravet avser själva utförandet och att detta arbete ska ha utförts med ÅDT om minst 15 000 samt trafikomläggningar. Det torde därför stå klart för anbudsgivare att kravet är utformat för att säkerställa att den entreprenör som kommer att utföra det uppdrag som upphandlas har tillräckliga kunskaper och erfarenheter för att utföra detta i trafikerad miljö. Kravet ställs inte, vilket COPASA antyder, för att ange vad aktuella väg ska vara dimensionerad. Oavsett den trafikbelastning som en väg ska belastas med är dimensionerings- och produktionsprinciperna väsentligen desamma och ett ÅDT-krav i denna mening hade varit oväsentligt.

LOU ger inte närmare besked om hur upphandlingsdokumenten ska vara utformade eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna om krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 bland annat uttalat att upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlade myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Vidare ska en utvärderingsmodell vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. De skiftande förhållanden som förekom-

mer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte överträds.

Av upphandlingsdokumenten framgår att anbudsgivaren ska ha sådan erfarenhet som krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt ändamålsenlig kvalitetsstandard samt att anbudsgivare, för att anses ha denna erfarenhet, ska ha genomfört entreprenad och uppdrag av liknande svårighetsgrad som upphandlingen avser. Av upphandlingsdokumenten framgår vidare att Trafikverket med liknande svårighetsgrad avser vägbyggnadsarbete om minst en km med ÅDT om minst 15 000 samt utförande av trafikomläggningar. Med väggbyggnadsarbete avses nybyggnation och/eller ombyggnation av befintlig väg.

COPASA anser att kravet ska tolkas på så sätt att det vägbyggnadsarbete som krävs kan vara en nybyggnation med beräknad ÅDT eftersom en nybyggnation rent logiskt inte kan ha faktisk ÅDT. Trafikverket anser att kravet ska tolkas på så sätt att det enda som kan anses uppfylla kravet är vägbyggnadsarbeten på vägar med faktisk ÅDT. Trafikverket har även gjort gällande att syftet med kravet på ÅDT om minst 15 000 och trafikomläggningar är att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av att genomföra vägbyggnadsarbete i trafikerad miljö.

Det som efterfrågas är erfarenhet av uppdrag av liknande svårighetsgrad som upphandlingen avser. Enligt förvaltningsrättens mening måste kravet således tolkas mot bakgrund av vad upphandlingen avser, det vill säga vägbyggnadsarbete i trafikerad miljö. Det finns inte stöd i upphandlingsdokumenten för att tolka kravet på så sätt att beräknad ÅDT om minst 15 000 är tillräckligt för att uppfylla kravet. Förvaltningsrätten anser vidare att kravet, när det läses i sin helhet samt mot bakgrund av vad som i övrigt framgår av upphandlingsdokumenten, är tillräckligt tydligt formulerat för att uppfylla

de krav som följer av de grundläggande principerna för upphandling och övriga bestämmelser i LOU.

Uppfyller COPASA kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet?
COPASA anför i huvudsak följande. Av COPASA:s anbud framgår att bolagets referensentreprenad avser en nybyggnation med ett kontraktsvärde på 1 212 093 880 kr, dvs. nästan fem gånger större än Trafikverkets önskade minimikontraktsvärde. Vägbyggnadsarbetet var totalt 27,7 km långt vilket med marginal uppfyller Trafikverkets krav på minst en km. Vidare framgår att den genomsnittliga trafiken per dag bedömts vara 16 000 fordon, vilket också uppfyller Trafikverkets krav på ÅDT om minst 15 000. Slutligen framgår även att det, för att kunna utföra åtagandet enligt kontraktet, har varit nödvändigt med trafikomläggningar samt att sådana har genomförts. Trafikverket har begärt att COPASA förtydligar hur referensentreprenaden uppfyller kravet i fråga och som COPASA har förstått begäran är det särskilt gällande kravet på ÅDT om minst 15 000 som Trafikverket önskade få en förklaring. Av COPASA:s anbud samt av den förklaring som lämnades framgår att referensuppdraget, en nybyggnation av en motorväg, varit dimensionerad för ÅDT på 16 000 och därmed uppfyller kravet på ÅDT om minst 15 000.

Trafikverket anför i huvudsak följande. Trafikverkets krav innehåller inte begreppet ”dimensionerat för” utan det som krävs är faktisk ÅDT. COPASA:s referensuppdrag avser en nybyggnation dimensionerad för ÅDT på 16 000 och den uppfyller således inte kravet på faktisk ÅDT om minst 15 000.

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att det inte finns stöd i upphandlingsdokumenten för att endast beräknad ÅDT ska vara tillräckligt för att uppfylla kravet. Eftersom det referensuppdrag som COPASA har angett i sitt anbud endast har beräknad ÅDT uppfyller det inte kravet på faktisk

ÅDT om minst 15 000. Trafikverket har således haft skäl för att förkasta COPASA:s anbud.

Uppfyller Comsa kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet?
COPASA anför i huvudsak följande. Det kan diskuteras om Comsas komplettering varit tillåten och i enlighet med likabehandlingsprincipen eller om det inneburit att helt ny information tillförts anbudet. Comsas referensuppdrag är, liksom COPASA:s referensuppdrag, en nybyggnation. Comsas angivna ÅDT avsåg den nybyggda vägen och inte någon befintlig väg. Comsas svar på Trafikverkets begäran om förtydligande innehåller endast en bekräftelse på genomfört uppdrag samt helt ny information om trafikomläggningarnas längd och ÅDT. Varken Comsas anbud eller svar innehåller några uppgifter om ÅDT för någon befintlig väg utan endast en uppgift om ÅDT för den nybyggda vägen och dess trafikomläggningar. Att Comsas anbud godtagits medan COPASA:s anbud förkastats innebär en överträdelse av likabehandlingsprincipen.

Trafikverket anför att man har prövat samtliga anbudsgivares inlämnade och åberopade referensuppdrag och därtill hörande handlingar på ett likabehandlande sätt.

Av Comsas anbud framgår att det referensuppdrag som åberopas har utförts mellan 2013 och 2016 och har ett kontraktsvärde om 7 417 800 442 kr samt att vägbyggnadsarbetet varit totalt 25,5 km. Vidare framgår en tunnelsektion av referensuppdraget var 5 km och hade ÅDT på 42 000 under 2017 samt att trafikomläggningar gjorts vid anslutningsvägar till denna tunnel. Av Comsas svar på begäran om förtydligande framgår att trafikomläggningarna var 5,4 km samt att dessa hade ÅDT på 50 000.

COPASA har anfört att det kan diskuteras om Comsas svar varit tillåtet eller inte. Av 4 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet bl.a. får

begära att en leverantör förtydligar en handling som getts in av leverantören. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och transparens. Förvaltningsrätten konstaterar att Trafikverket skickat ut samma begäran om förtydligande till Comsa och COPASA. Anbudsgivarna har således behandlats i enlighet med likabehandlingsprincipen. COPASA har vidare anfört att de uppgifter som framgår av Comsas svar är helt nya uppgifter. Enligt förvaltningsrättens mening är uppgifterna i Comsas svar att betrakta som ytterligare uppgifter om det referensuppdrag som beskrivits i Comsas anbud, det vill säga förtydliganden av det ursprungliga anbudet och således sådana uppgifter som kan begäras in och beaktas av den upphandlande myndigheten i enlighet med LOU. Förvaltningsrätten anser slutligen att det, av Comsas anbud och förtydligande, framgår att referensuppdraget uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet eftersom det framgår att referensuppdraget omfattat trafikomläggningar om 5,4 km med ÅDT på 50 000. COPASA har således inte visat att det varit fråga om en otillåten komplettering eller att Comsas anbud inte uppfyller de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att COPASA inte har framfört omständigheter som visar att upphandlingsdokumenten strider mot transparensprincipen eller att Trafikverket förfarit i strid med upphandlingsdokumenten, någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU när de har förkastat COPASA:s anbud samt när de ansett att Comsas anbud uppfyller samtliga krav. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Hur man överklagar, se bilaga (FR-05).

Eva Karlsson Helghe
rådman

SVERIGES DOMSTOLAR

Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?
Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

   Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

   Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Anvisningar för överklagande FR-05 - Överklagandetid 3 v - PT (upphandling) • Producerat av Domstolsverket, Avd. för domstolsutveckling • 2018-11

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

Anvisningar för överklagande FR-05 - Överklagandetid 3 v - PT (upphandling) • Producerat av Domstolsverket, Avd. för domstolsutveckling • 2018-09