



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredraganden
Johanna Maukku

DOM
2016-03-18
Meddelad i
Falun

Mål nr
592--595-16

SÖKANDE

1. Implenia Construction GmbH, Tyskland filial Sverige, 516404-9768
2. Implenia Spezialtiefbau GmbH, Nord filial, 516405-8819
3. Hochtief Infrastructure GmbH, HRB 25021
4. Veidekke Entreprenad AB, 556508-6583

Ombud för 1-4: Lillann Bugge, Anders Ivansson och Per Lindén
Implenia Construction GmbH, Otterhällegatan 1, 411 18 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016 -03- 2 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 160861

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
023-383 00 80

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

BAKGRUND

Projekt Västlänken syftar till att skapa en ny tågförbindelse i Göteborgsområdet och består av fem huvudentreprenader. Inom ramen för projektet genomför Trafikverket f.n. en upphandling av Entreprenad Centralen, Fas 1 och Fas 2 (TRV 2015/24900). Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Beslut om tilldelning meddelades den 8 februari 2016, varvid NCC Construction Sverige AB (NCC) tilldelades kontraktet utifrån tilldelningsgrunden mest ekonomiskt fördelaktigt anbud.

YRKANDE M.M.

Implenia Construction GmbH, Implenia Spezialtiefbau GmbH, Hochtief Infrastructure GmbH och Veidekke Entreprenad AB (konsortiet) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att NCC:s anbud förkastas. Konsortiet anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande. Trafikverket har felaktigt kvalificerat, utvärderat och antagit NCC:s anbud. NCC:s anbud borde ha förkastats på grund av s.k. konsultjäv. Konsortiet lämnade det anbud som rangordnades som näst bäst. Om NCC:s anbud rätteligen hade förkastats skulle konsortiet ha tilldelats kontraktet. Konsortiet har därför lidit skada i den mening som avses i 16 kap. LUF.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

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. Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av

de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (1 kap. 24 § LUF och 16 kap. 6 § LUF).

Vad konsortiet har anfört

Upphandlingen avser Entreprenad Centralen som är en del av Projektet Västlänken. Upphandlingen är indelad i två faser, fas 1 och fas 2. Upphandlingsprocessen var indelad i en prekvalificeringsfas och en anbudsfas. Anbudsansökan skulle ges in senast den 17 augusti 2015. Kontrakt skulle tilldelas den anbudsgivare som lämnade det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbudet skulle ges in senast den 17 december 2015. Tilldelningskriterierna bedömdes med utgångspunkt i de skriftliga anbuderna och anbudsgivarnas muntliga presentationer. Nyckelpersoner kallades till presentation i januari 2016. Trafikverket har poängsatt fyra anbud och tilldelat NCC kontraktet. Av anbudsprövningen framgår att både NCC och konsortiet erhållit maximala prispoäng samt att NCC erhållit fler kvalitetspoäng än konsortiet. Övriga anbudsgivare erhöll väsentligt lägre poäng. Betygsskalan för respektive tilldelningskriterium 0 – 3 poäng. Tilldelningskriterierna sönnerfaller i sju underkriterier. Största betygsskillnad mellan konsortiet och NCC i ett enskilt underkriterium är 0,7 poäng. NCC ansågs således endast marginellt bättre på sex av sju moment.

Bolagen COWI AB (COWI) och Tyréns AB (Tyréns) har haft i uppdrag av Trafikverket att som huvudkonsulter ta fram underlag till bl.a. järnvägsplan och systemhandling för Station Centralen, dvs. den station som upphandlingen Entreprenad Centralen avser. Konsultuppdraget som COWI och Tyréns utfört är ett mycket viktigt och omfattande projekteringsuppdrag med avseende på samma projekt och bolagen har därvid medverkat

till framtagandet av centrala delar av det underlag som legat till grund för upphandlingen. Konsultuppdraget omfattade 70 000 – 110 000 konsulttimmar vilket motsvarar 25 heltidskonsulter under två års tid. Delar av detta underlag har gjorts tillgängligt för anbudsgivarna. All dokumentation som tagits fram av COWI och Tyréns med avseende på Station Centralen har inte ingått i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt gjorts tillgänglig för anbudsgivarna. Underlagskalkylen som COWI och Tyréns tog fram har inte publicerats eller annars gjorts tillgänglig för övriga anbudsgivare. Kunskaper från workshops för att bl.a. testa alternativa lägen, diskutera kostnadskrävande moment m.m., är närmast ovärderlig för en anbudsgivare i entreprenadupphandlingen. Sådan kunskap protokollförs eller dokumenteras normalt sett inte utan innehas endast av de som faktiskt deltog i workshoppen. Denna kunskap sprids därför inte till andra anbudsgivare.

COWI har rekryterat Leif Jendeby. Han var tidigare anställd vid Trafikverket - sedan 2003 - och var bl.a. ansvarig för den geotekniska avdelningen samt senare teknisk chef för Projekt Västlänken. Leif Jendeby har inte medverkat i framtagningen av förfrågningsunderlaget men däremot måste man utgå från att han, i egenskap av teknisk chef för Projekt Västlänken, måste haft insyn i projekteringsarbetet och Trafikverkets preferenser och riskbedömningar i olika avseenden. Projekteringsarbetet och Trafikverkets preferenser utgör rimligen utgångspunkterna för förfrågningsunderlaget. Han har haft mest kunskap och djupast insikter i de olika delprojekten inom Projekt Västlänken. Därför bör han ha deltagit i ett antal möten och workshops med företrädare för COWI och Tyréns under utförandet av bolagens konsultuppdrag.

COWI och Tyréns har förbundit sig att ställa sina kompetenser, erfarenheter och resurser till NCC:s förfogande avseende upphandlingen och utförandet av Entreprenad Centralen. Av NCC:s anbudsansökan och anbud framgår ingen närmare information om vilka bidrag COWI och Tyréns lämnat till

NCC men det får antas att bolagen framförallt kommer bidra med projekteringskompetens. Enligt förfrågningsunderlaget fäster Trafikverket stor betydelse vid anbudssökandenas och anbudsgivarnas projekteringskompetens. Uppenbart har COWI och Tyréns värdefull kunskap gällande de tekniska och ekonomiska förutsättningarna för upphandlingen. Det har utgjort en väsentlig konkurrensfördel för NCC att ha tillgång till denna kunskap vid utformningen av anbudet och vid den muntliga presentationen. Tillgången till denna kunskap, innefattande bl.a. kunskap om vilka områden som Trafikverket betraktar som mest kritiska för projekterings- och utförandefaserna, möjliggör för en anbudsgivare att vässa sina anbudsbeskrivningar och presentationer. Bättre kunskap om projektets förutsättningar och risker möjliggör också för en anbudsgivare att sänka sin riskpremie och kunna offerera ett lägre entreprenörsarvode.

Det är ostridigt att s.k. dubbel medverkan föreligger, dvs. att COWI och Tyréns har samarbetat både med Trafikverket och NCC avseende det projekt som avser projektering och utförande av Station Centralen. Därmed gäller en stark presumtion för att NCC haft en otillbörlig konkurrensfördel. COWI och Tyréns har inte utfört sitt konsultuppdrag för att avsiktligt främja NCC:s medverkan i upphandlingen. Däremot baseras förfrågningsunderlaget i stor utsträckning på de projekteringsarbete som COWI och Tyréns varit huvudansvariga för. Det är Trafikverket som har bevisbördan för att likabehandlingsprincipen inte har åtsidosatts trots konsultens dubbla medverkan. Trafikverket har inte motbevisat denna presumtion och NCC ska uteslutas från att delta i upphandlingen.

Anbudstiden för upphandlingen var endast var tre månader, vilket är en förhållandevis kort tid för ett projekt av denna storlek. Även i detta avseende innebär det en betydande fördel att samarbeta med konsulter som redan har goda kunskaper om projektet. Inte ens genom att förlänga anbudstiden hade Trafikverket kunnat eliminera NCC:s konkurrensfördel. Övriga anbudsgivare

skulle inte ha kunna tillskansa sig kunskapen ens om längre tid stod till förfogande. Trafikverkets bedömning om att verkets riktlinjer innebär att det inte föreligger konsultjäv stämmer inte. Presumtionen bryts inte enbart av att de tre kriterier Trafikverket ställt upp är uppfyllda.

Vad Trafikverket har anfört

Vad konsortiet anfört om kontraktsföremålet och innehållet i förfrågningsunderlaget stämmer. Det är korrekt att NCC samarbetat med COWI och Tyréns vid anbudsansökan.

Uppdraget järnvägsplan och systemhandling Station Centralen är inte identiskt med upphandlingen utan skiljer sig åt vad gäller arbetsområde och innehåll. Drygt 80 konsultföretag och 990 konsulter har haft uppdrag för Trafikverket för att ta fram en gemensam järnvägsplan och systemhandling för Västlänkens samtliga deletapper. Samtliga konsulter har haft tillgång till varandras underlag och leveranser i Trafikverkets verksamhetssystem eftersom man arbetat med samma slutprodukt. Samtliga har därför haft tillgång till det material som arbetats med specifikt för Station Centralen. Alla anbudsgivare i upphandlingen har anlitat konsulter som deltagit i skedet att ta fram järnvägsplan och systemhandling. Om NCC ska jävas ut gäller detta rimligen också för övriga anbud. Slutprodukten "Västlänkens Järnvägsplan med miljökonsekvensbeskrivning" har varit publicerad sedan 10 december 2014 på Trafikverkets hemsida och utställd på ett antal platser i Göteborg. Anbudsgivare och presumtiva anbudsgivare har därför haft möjlighet att ta del av informationen.

För att läka eventuella konkurrensfördelar har med förfrågningsunderlaget skickats ut underlagsmaterial till järnvägsplan, systemhandling och miljökonsekvensbeskrivning med anläggningsmodeller och samordningsmodeller i 3D. Anbudsgivare och presumtiva anbudsgivare har därigenom haft möjlighet att ta del av all relevant information angående upphandlingen. I

järnvägsplanen redovisas Trafikverkets förslag till hur Västlänken skulle kunna utformas och byggas. Under projekteringsprocessen samordnas de olika teknikområdenas ritningar så att de stämmer överens och man säkerställer att det finns minst en genomförbar lösning att bygga efter. Under detta skede benämns ritningarna systemhandlingar. Den slutliga bygghandlingen anger projektets slutliga tekniska utformning och måste överensstämma med bl.a. järnvägsplanen. I systemhandlingen beskrivs t.ex. viktiga mått som inte är detaljmått, principuppbyggnad av viktiga system som konstruktion Geo, ventilation, brand och utrymning. Det går dock inte att bygga efter systemhandlingen. COWI och Tyréns arbete med järnvägsplanen inbegrep även framtagande av underlag till gestaltningsprogram samt barn- och social konsekvensanalys samt kalkyl för projekterad anläggning. COWI och Tyréns har inte haft hela konsultuppdraget för systemhandling och järnvägsplan för Entreprenad Centralen. All relevant information om kritiska områden som COWI och Tyréns haft kännedom om ingår i järnvägsplan och miljökonsekvensbeskrivning samt systemhandling. I COWI och Tyréns uppdrag ingick inte att ta fram krav, kriterier, villkor eller förutsättningar, dvs. förfrågningsunderlag för kommande entreprenader.

Leif Jendeby har inte deltagit i arbetet med att ta fram förfrågningsunderlaget. Arbetsgruppen bestod av en sluten grupp där samtliga var och är anställda på Trafikverket. Allt arbete med förfrågningsunderlaget skedde i ett slutet arbetsrum som endast arbetsgruppen hade tillgång till. Den geotekniker som rådfrågades som specialist i prekvalificeringen är också anställd på Trafikverket. Leif Jendeby hade ingen insyn i upphandlingen och lämnade in sin uppsägning redan i april 2015. Förfrågan skickades ut i september 2015, alltså efter han avslutat sin anställning. Det är felaktigt att COWI och Tyréns medverkat i framtagandet av krav och förutsättningar. Framtagandet av krav och förutsättningar skedde i AFK uppdragen och där medverkade inte bolagen. Samma sak gäller för de geotekniska förutsättningarna, installationer och arkitektur. COWI och Tyréns uppdrag var att ta fram underlag till Västlänkens sammanslagna handlingar.

Anbudsräkningstiden har varit lång, längre än 90 dagar, vilket gett goda möjligheter för inläsning av leverantörer som inte varit insatta i projektet. Ett ECI-kontrakt kan inte jämföras med ett vanligt entreprenadkontrakt vad gäller anbudsräkningstid eftersom entreprenören enbart kontrakteras för en projekteringsfas, fas 1, och att pris inte ska avges förrän efter fas 1, efter ca två år. Ingen anbudsgivare har begärt förlängning av anbudsräkningstiden. Anbudsgivarna ska inte heller avge pris för entreprenaden utan enbart ett entreprenörsarvode. I entreprenaden ersätts entreprenören med löpande räkning enligt självkostnadsprincipen. Entreprenörsarvodet är det påslag som entreprenören är berättigad till på sina självkostnader, ersättning för administration samt vinst. Tre av fyra anbudsgivare har angett samma entreprenörsarvode, däribland NCC och konsortiet.

Trafikverket har interna riktlinjer för hanteringen av konsultjäv. Enligt dessa föreligger inte jäv under följande villkor.

1. Trafikverket inte kan se att konsulten har styrt förfrågningsunderlaget mot en viss leverantör.
2. Alla handlingar, även de som inte är kontraktshandlingar, har gjorts tillgängliga för samtliga potentiella anbudsgivare.
3. Anbudstiden har gjorts tillräckligt lång för att eventuella försprång mildras.

Trafikverket har satt upp dessa riktlinjer utifrån gällande rätt för att undvika intressekonflikter och har följt dessa i denna upphandling. Detta talar starkt för att någon presumtion för att NCC genom COWI och Tyréns skulle ha erhållit någon konkurrensfördel inte föreligger. COWI och Tyréns tidigare uppdrag har inte någon sådan koppling till krav och kriterier i upphandlingen och utvärderingen talar inte för att NCC genom samarbete med bolagen haft någon fördel.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är i målet ostridigt att bolagen COWI och Tyréns haft konsultuppdrag för Trafikverket i projekteringsfasen inför nu aktuell upphandling och att bolagen sedan anlitats av NCC för bl.a. anbudsgivningen i upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner att det i detta fall föreligger en presumtion för att COWI och Tyréns dubbla funktioner inneburit en konkurrensfördel för NCC som kan ha medfört en snedvridning av konkurrensen. Förvaltningsrätten anser dock inte att Leif Jendebys tidigare arbete vid Trafikverket och därpå följande anställning vid COWI får till följd att det föreligger en presumtion i motsvarande mån utifrån de skäl som Trafikverket anfört gällande hans anställning vid verket, uppsägning och arbetsuppgifter. I förevarande fall, till skillnad från den situation som förelåg vid Kammarrätten i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09, föreligger inte en stark presumtion för att den dubbla medverkan medfört snedvridning av konkurrensen eftersom situationerna inte är likartade. I detta fall finner förvaltningsrätten, på de av Trafikverket anförda skälen, att COWI och Tyréns konsultuppdrag för verket inte haft en sådan nära anknytning eller annan koppling till hur krav ställts och utformats i förfrågningsunderlaget. Dock föreligger det en presumtion för en konkurrensfördel vilket medför att det åvilar Trafikverket och NCC att visa att principen om likabehandling i 1 kap. 24 § LUF inte åtsidosatts (jfr även EG-domstolens dom den 3 mars 2005 i målen C21/03 och C34/04 Fabricom SA mot État belge).

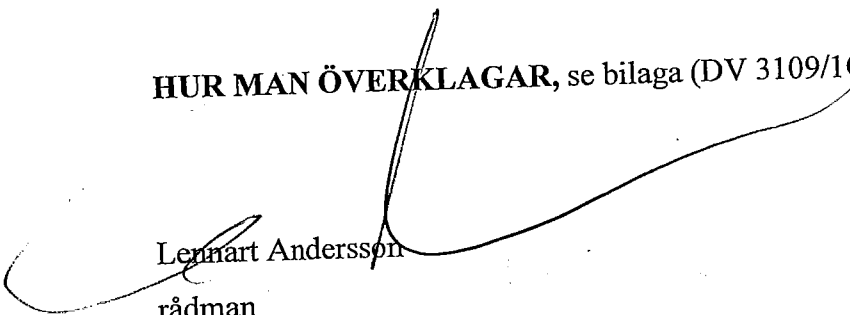
Förvaltningsrätten anser att Trafikverket genom sina riktlinjer har uppställt ett förfarande för att motverka uppkomsten av och minimera följderna av dubbel medverkan. Vidare framgår av utredningen i målet att Trafikverket tillämpat dessa i förhållande till NCC:s konsulter COWI och Tyréns i denna upphandling. Det har inte framkommit sådana omständigheter att det finns skäl att ifrågasätta att Trafikverket lämnat ut allt relevant dokumenterat material för upphandlingen tillsammans med förfrågningsunderlaget eller att

detta material inte funnits att tillgå för anbudsgivare. Frågan är då om dessa åtgärder som Trafikverket vidtagit varit tillräckliga för att säkerställa att några konkurrensfördelar inte förekommit.

Förfrågningsunderlaget omfattar i vart fall delar av det material som COWI och Tyréns producerat inom ramen för sina konsultuppdrag. Ingenting talar för att COWI och Tyrén genom sina konsultuppdrag har styrt krav eller utformningen av dessa för att främja en anbudsgivare.

Med hänsyn till den omfattning som COWI och Tyréns haft konsultuppdrag för Trafikverket och vad uppdraget omfattat anser förvaltningsrätten inte att det är visat att NCC genom att anlita bolagen haft en konkurrensfördel. Inte heller tiden för anbudsgivning talar för detta. Trafikverket har därmed förmått säkerställa att principen om likabehandling enligt 1 kap. 24 § LUF upprätthållits i upphandlingen. Konsortiets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Lennart Andersson
rådman