



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2014-09-05
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 16285-14

SÖKANDE

Trendab Bildelar AB, 556655-7921

Ombud: Advokat Jimmy Cernelind och jur. kand. Isabelle Klingmyr
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
 Box 11918
 404 39 Göteborg

MOTPART

Svenska Kraftnät, 202100-4284

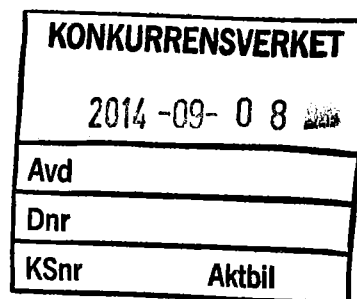
Ombud: Advokaterna Markus Mårline, Magnus Nedström och Gustav Nygren
 Advokatbyrån Sigeman & Co AB
 Anna Lindhs plats 4
 211 19 Malmö

SAKEN

Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och post-tjänster

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan genom att förordna att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 517112

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Svenska kraftnät genomför, som förhandlat förfarande enligt 2 kap. 9 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, en upphandling av ramavtal för utbyte och installation av motor i Bandvagn 206 (dnr 2014/504). I tilldelningsbeslut den 3 juli 2014 meddelade Svenska Kraftnät att man avser att sluta avtal med Scandinavian Terrain Vehicles AB (STV).

Trendab Bildelar AB (Trendab) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Till följd av att Svenska kraftnät genomfört upphandlingen utan att iaktta de grundläggande principerna som följer av 1 kap. 24 § LUF har Trendab lidit eller kan komma att lida skada. I förfrågningsunderlaget, punkten 6.1, anges som skall-krav att anbudsgivaren ska uppge och redovisa att denne har erfarenhet av och har genomfört två liknande uppdrag på bandvagn eller motsvarande och att dessa referensinstallationer ska ha slutförts senast tre år före sista anbudsdagen. Enligt punkten 10.3 var sista anbudsdag den 10 juni 2014, vilket medför att de redovisade uppdragen ska ha slutförts mellan den 10 juni 2011 och den 10 juni 2014. Av STV:s anbudsformulär framgår av punkten 5 att STV inte redovisat efterfrågad erfarenhet. Där anges som referensuppdrag för Installation 1 två uppdrag utförda den 15 februari 2011 respektive den 30 december 2010; för Installation 2 ett uppdrag utfört den 19 april 2011; för Installation 3 fyra uppdrag som alla är utförda den 13 maj 2011; för Installation 4 inget uppdrag; för Installation 5 två uppdrag som är utförda den 29 december 2010 respektive den 23 november 2010. Samtliga av STV:s referensuppdrag är alltså utförda tidigare än under den treårsperiod som uppställts i förfrågningsunderlaget. Således skulle STV aldrig ha kvalificerats till utvärdering utan borde ha uteslutits. ”Senast” betecknar enligt normalt svenskt språkbruk den tidpunkt längst ifrån den aktuella tidpunkten som accepteras. Det är orimligt och uteslutet att en

upphandlande enhet skulle begära in bevis på gamla och förlegade uppdrag. Vidare skulle då Trendabs referensinstallationer i denna upphandling ha varit ogiltiga på grund av att de inte är tillräckligt gamla, men Svenska Kraftnät har inte uteslutit Trendab på dessa utan på andra grunder. Att Svenska Kraftnät skulle ha frihet att tolka tidsramen för referensuppdragen på helt olika sätt för STV:s och Trendabs del kan inte vara möjligt. Förklaringen i denna del framstår därmed som inkonsekvent och förefaller vara en efterhandskonstruktion. Trendab har vunnit en tidigare upphandling av Svenska Kraftnät (dnr 2013/534) med ett exakt likadant referenskrav där Trendabs alla referensuppdrag var utförda inom en treårsperiod från sista anbudsdag. I förevarande upphandling har Trendab lidit skada av att STV felaktigt kvalificerats. Även om Trendabs eget anbud förkastats i kvalificeringsfasen ska Trendab enligt praxis anses ha lidit skada eftersom STV:s vinnande anbud var ensamt kvar vid utvärderingen. Till följd av att STV:s anbud felaktigt kvalificerats till utvärdering har Trendab berövats möjligheten att delta i den nya upphandling som skulle ha genomförts då det inte funnits något godkänt anbud att anta. Därigenom har Trendab frångått möjligheten att komma in med nytt anbud och alltså gått miste om chansen till tilldelning av kontrakt. Om upphandlaren får välja ett anbud bland två inkomna där inget av de två uppfyller samtliga skall-krav skulle det öppna för otillåtna direktupphandlingar utan möjlighet till överprövning.

Svenska Kraftnät motsätter sig ingrepp enligt LUF och anför bl.a. följande. Trendab har ostridigt inte uppfyllt kvalifikationskraven i upphandlingen och kan därför inte längre betraktas som en presumtiv leverantör. Trendab lider inte skada och riskerar inte heller att lida skada till följd av att ett anbud inte förkastats. Det aktuella skall-kravet är att två liknande uppdrag ska ha slutförts ”senast tre år före sista anbudsdag”. Trendab pekar härvid på att alla de datum som angetts i STV:s anbud för deras referensuppdrag ligger i tiden före den 10 juni 2011, som alltså är den dag som inföll tre år före sista anbudsdagen. Med andra ord infaller STV:s angivna datum just

senast den 10 juni 2011 och uppfyller alltså kravet såsom det formulerats i förfrågningsunderlaget. Trendabs alternativa tolkning av ordet ”senast” är spekulativ och felaktig. Att tillämpa krav i strid med deras ordalydelse vore inte förenligt med grundläggande upphandlingsrättsliga principer. Hur kravställningen formulerats i andra förfrågningsunderlag saknar relevans. Det saknas därför grund och möjlighet för Svenska Kraftnät att förkasta STV:s anbud. Ingen överträdelse av LUF har skett från Svenska Kraftnäts sida.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt varvid bl.a. principen om proportionalitet ska iakttas. Dessa principer är formulerade exakt likadant som i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Enligt 16 kap. 6 § LUF ska, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Såväl skaderekvisitet som rättsföljderna av sådan skada till följd av överträdelse av LUF är exakt likadant formulerade som i 16 kap. 6 § LOU.

Svenska Kraftnät menar att Trendab inte riskerar att lida någon skada då Trendab rätteligen har uteslutits från utvärderingen. Emellertid kvarstod vid utvärderingen endast ett anbud, nämligen STV. Om STV inte heller uppfyller kraven utan borde ha förkastats, skulle ett förkastande av STV:s anbud medföra att upphandlingen görs om, vilket skulle ge Trendab en ny möjlighet att lämna anbud och vinna kontrakt, jfr dom av Kammarrätten i

Jönköping den 11 april 2014, mål nr 2658—2667-13, som gällde LOU. Detsamma är rättsföljden om bristerna finns i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Att i den situationen avslå Trendabs ansökan om överprövning på den grunden att de inte riskerar att lida skada skulle innebära att en upphandlande enhet, som inte får in några kvalificerade anbud och som dessutom kan ha brutit mot LUF i det konkurrensuppsökande skedet, är fri att plocka vilket de vill av de okvalificerade anbuden utan att någon av konkurrenterna får talerätt. Detta skulle vara orimligt. Förvaltningsrätten behöver därför inte ta ställning till om Svenska Kraftnäts förkastande av Trendabs anbud var berättigat utan kan konstatera att oavsett om så är fallet kan Trendabs ansökan om överprövning inte avslås på den grunden att Trendab inte riskerar att lida skada.

Det aktuella skall-kravet lyder: ”Anbudgivaren skall ha erfarenhet av och genomfört två liknande uppdrag på bandvagn eller motsvarande terrängfordon som slutförts senast 3 år före sista anbudsdag”. Förvaltningsrätten instämmer i Svenska Kraftnäts bedömning att ordalydelsen av detta krav ger vid handen att referensuppdragen inte får vara för aktuella; de måste vara minst tre år gamla. Ett referensuppdrag som är nyare och därmed ger större chans för att den senaste tekniken använts och att färsk kunskap finns hos anbudsgivarens aktuella personalstab kan därmed göra att anbudet förkastas medan ett gammalt referensuppdrag – i princip hur gammalt som helst enligt ordalydelsen eftersom det inte finns någon bortre gräns – godtas.

Trendab anser att kravet med denna tolkning är orimligt, och förvaltningsrätten instämmer i detta. Tidsgränsen i kravet är med tolkningen enligt dess ordalydelse inte bara i normal mening ”oproportionerlig” (en lokution som antyder att kravet åtminstone går i rimlig riktning även om det går för långt, vilket kan vara svårbedömt i många fall) utan är också icke ändamålsenligt (jfr domar av Kammarrätten i Stockholm den 13 januari 2009


och den 11 juni 2010, mål nr 8457-08 respektive 1717-10), onödigt (jfr prop. 2009/10:180 s. 91 och dom av Kammarrätten i Göteborg den 1 mars 2012, mål nr 9636-11) godtyckligt och uppenbart osakligt (jfr dom av Kammarrätten i Sundsvall den 26 oktober 2011, mål nr 1985-11) samt irrelevant (jfr dom av Kammarrätten i Sundsvall den 14 april 2014, mål nr 221-14); samtliga refererade domar gällde LOU.

Det kan också ifrågasättas om kravet var menat att tolkas efter sin ordalydelse eftersom Trendabs anbud, vari samtliga referensuppdrag *är* mindre än tre år gamla, inte fått sitt anbud förkastat för att referensuppdragen är för nya – vilket de uppenbart är ifall kravet ska tolkas enligt sin ordalydelse som Svenska Kraftnät hävdar – utan bara på en helt annan grund. Mot bakgrund av detta, och av det besynnerliga i att premiera gamla referenser framför nya, framstår det som klart mer sannolikt att Svenska Kraftnät avsett att kräva att referenserna ska vara *högst* tre år gamla men på grund av slarv formulerat detta krav bakvänt och nu söker utnyttja detta slarv för att försvara sitt tilldelningsbeslut. Även det faktum att Trendab vann Svenska Kraftnäts tidigare upphandling 2013/534, som gällde ramavtal för samma slags föremål och där referenskravet (förutom att endast en referensinstallation krävdes) var formulerat likadant dvs. ”slutförts senast 3 år före sista anbudsdag” samt Trendabs referensuppdrag även där var mindre än tre år gammalt, talar för det. Svenska Kraftnät får härmed också anses ha brutit mot transparensprincipen genom att formulera ett krav som inte var avsett att tolkas enligt dess ordalydelse.

Eftersom det aktuella skall-kravet är oproportionerligt och icke-transparent i förfrågningsunderlaget, har upphandlingen i sitt konkurrensuppsökande skede skett i strid mot 1 kap. 24 § LUF. Upphandlingen ska därför, i enlighet med Trendabs yrkande, göras om. På så sätt ska Trendabs ansökan om överprövning bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Eva Bäckström

Rådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.