



BESLUT

2011-07-08
Meddelat i Stockholm

KLAGANDE

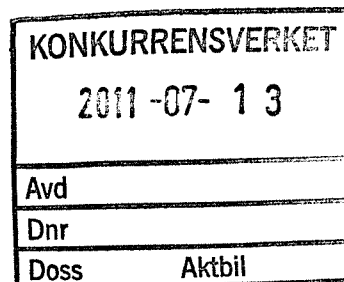
R & R Markentreprenad AB, 556529-1068

Ombud: Advokat Robert Nilsson
Kungsgatan 29
111 56 Stockholm

MOTPART

Affärsverket Svenska Kraftnät, 202100-4284

Ombud: Advokat Magnus Nedström
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 25 maj 2011 i mål nr 6464-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet från vidare handläggning.

YRKANDEN M.M.

R & R Markentreprenad AB yrkar i överklagande som kom in till kammarrätten den 16 juni 2011 samt i komplettering den 30 juni 2011 att upphandlingen ska göras om alternativt rättas.

Affärsverket Svenska Kraftnät har den 30 juni 2011 till kammarrätten uppgett att kontrakt ingåtts i enlighet med tilldelningsbeslutet samt gett in en kopia av upphandlingskontraktet.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

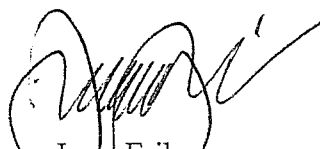
Av 16 kap. 10 § första och andra styckena LUF framgår att i de fall en förlängd avtalsspärr gäller enligt 9 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän tio dagar gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet. När en förvaltningsrätt eller kammarrätt har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet.

Enligt 16 kap. 13 § LUF får överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

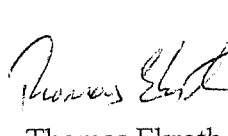
R & R Markentreprenad AB har inte yrkat att interimistiskt beslut ska fattas i målet och något sådant beslut har inte heller meddelats. Av handlingarna framgår att avtal numera har slutits i den aktuella upphandlingen. Kammarrätten får därför inte överpröva upphandlingen.

Målet ska således skrivas av.


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



Jerry Eriksson
lagman
ordförande



Thomas Ekroth
kammarrättsråd



Maria Ringvall
kammarrättsråd
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-05-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6464-11
Enhet 15

SÖKANDE

R & R Markentreprenad AB, 556529-1068
Box 90141
120 21 Stockholm

Ombud:

Advokat Robert Nilsson
Advokatfirman Robert Nilsson AB
Kungsgatan 29, 6 tr.
111 56 Stockholm

MOTPART

Affärsverket svenska kraftnät, 202100-4284
Box 1200
172 24 Sundbyberg

Ombud:

Advokat Magnus Nedström
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 130560

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Affärsverket svenska kraftnät (Svenska Kraftnät) genomför en upphandling av markentreprenör för 220 kV kabelförläggning Hägerstalund - Beckomberga (ref. 2010/1610). Upphandlingen sker som ett förenklat förfarande enligt LUF. Svenska Kraftnät har fattat ett tilldelningsbeslut den 14 mars 2011 där det framgår att R & R Markentreprenad AB:s (R & R) anbud inte antagits av Svenska Kraftnät.

YRKANDEN M.M.

R & R ansöker om överprövning enligt LUF och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny anbudsutvärdering görs, varvid det vinnande anbudet förkastas och R & R:s anbud antas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Som grunder för yrkandena anförs bl.a. följande. Svenska Kraftnät har på felaktiga grunder uteslutit bolagets anbud från utvärderingen och har därmed agerat i strid mot LUF och de grundläggande principer som ska gälla för all upphandling. Bolaget har därmed lidit eller riskerar att lida skada. I underrättelsen om beslutet anger Svenska Kraftnät bl.a. att bolagets anbud inte utvärderades då det inte uppfyllde de i förfrågningsunderlaget ställda kraven avseende referenser från två likvärdiga projekt som anbudslämnaren utfört och avslutat inom fem år före sista anbudsdag. Sedan bolaget gett in sitt anbud har Svenska Kraftnät inte framställt någon begäran om komplettering eller förtydligande.

Bolaget gör gällande att punkten 6.1 i förfrågningsunderlaget är otydligt formulerad vad gäller tolkningen av begreppet två likvärdiga projekt. Det går av förfrågningsunderlaget inte att utläsa och förutse vad Svenska Kraftnät fäster betydelse vid samt om och hur detta kan komma att utvärderas. Utformningen av punkten 6.1 medför även att det föreligger stort utrymme för subjektivt godtycke vid jämförelser av de olika anbuden. Det

går därmed inte att förutse vilket värde som tillmäts uppfyllelse av kravet. Det försvarar i sin tur en rättvis bedömning av anbudet. Förfrågningsunderlaget punkten 6.1 brister därmed vad gäller kravet på tydlighet och förutsebarhet gällande tolkningen av begreppet likvärdiga projekt. Bolaget har inte kunnat förutse vad som krävs för att anbudet ska anses uppfylla kriterierna. Förfrågningsunderlagets krav på två likvärdiga projekt riskerar att utesluta konkurrenter och därmed strider mot bestämmelserna i LUF. Oberoende av ovan har R & R tolkningsföreträdare ifråga om tolkningen av begreppet två likvärdiga projekt. Bolagets har uppfattat att kravet medför valmöjlighet att i anbudet utan inbördes rangordning beskriva hur man uppfyller kraven i punkten 6.1 i förfrågningsunderlaget utifrån följande kriterier.

Vad gäller arbete med kablar har bolaget har angett Företaget Ratel Entreprenad AB (Ratel) som underentreprenör och har därmed mer än väl uppfyllt kraven i punkten 6.1.

Efter platsbesök har framgått att markarbetet ska bedrivas i en besvärlig trafikmiljö och att erfarenhet från likvärdiga arbeten utgjorde en merit. Av bolagets anbud framgår att man har lång och gedigen erfarenhet från arbeten med kabelschakter i gräsytor och utmed gångvägar. Men bolaget har valt att som särskiljande merit ange dess mångåriga och gedigna erfarenhet från likvärdiga arbeten utförda i Stockholms innerstad, eftersom det innebär arbete i en mer besvärlig trafikmiljö jämfört med vad som råder inom anbudsområdet.

Sammanfattningsvis har bolaget styrkt att man uppfyller samtliga krav i punkten 6.1 angående två likvärdiga projekt.

Av förfrågningsunderlaget punkten 7.3 framgår att utvärderingskriterierna anger att priset viktats till 80 poäng och tidplan till resterande 20 poäng. Kriteriet i punkten 6.1 är inte värderat i ekonomiska termer och har inte

poängsatts. Reglerna i LUF om att en upphandling ska genomföras affärs-
mässigt och utan ovidkommande hänsyn är utformade i syfte att försvåra
möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer
på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Som framgått
ovan har förfrågningsunderlaget utformats så att det förhindrat eller försvå-
rat en objektiv/rättvis jämförelse av anbud.

R & R:s anbud innehåller ett klart lägre pris än det vinnande anbudet.
Svenska Kraftnät har brutit mot bestämmelserna i LUF genom att man inte
har antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Projektet har tidigare upphandlats varvid Skanska antogs sedan NCC för-
kastats. NCC ansökte därefter om överprövning.

Svenska Kraftnät har utan laglig grund forkastat R & R:s anbud och där-
med bl.a. brutit mot de grundläggande principerna LUF. Detta medför att
bolaget lider eller riskerar att lida skada. Grund för ingripande med stöd av
LUF ligger därmed.

Svenska Kraftnät bestrider bifall till sökandens ansökan om överprövning
och anför bl.a. följande. R & R:s förstahandsyrkande innefattar begäran om
rättelse på bland annat det sättet, att det vinnande anbudet "forkastas". Nå-
gon grund för rättelse på detta sätt har inte anförts av R & R. Redan av
detta skäl är det därför uteslutet att yrkandet bifalls sålunda.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger skäl för ingri-
pande jämlikt 16 kap. 5 § LUF anser Svenska Kraftnät att det inte finns
anledning att förordna om att upphandlingen ska göras om. Upphandling-
ens konkurrensuppsökande skede har inte påverkats av de omständigheter
som åberopas av R & R. Som grunder för Svenska Kraftnäts inställning
anförs bl.a. följande.

Svenska Kraftnät har inte överträtt någon bestämmelse i LUF eller någon av de grundläggande unionsrättsliga principerna. Svenska Kraftnäts beslut att förkasta R & R:s anbud därför att bolaget inte uppfyllde de i förfrågningsunderlaget uppställda kvalifikationskraven är lagligen grundat. Detta utvecklas i det följande.

I avsnittet 3 i förfrågningsunderlaget görs en sammanfattande beskrivning av vad den upphandlade utförandeentreprenaden omfattar för arbeten. Entreprenadens mer precisa innehåll beskrivs även utförligt och i tydlig detalj i förfrågningsunderlaget (avsnittet 4 hänvisar till de övriga dokument som ingår i förfrågningsunderlaget, bland annat Teknisk beskrivning med underbilagor, Ritningar och Tekniska specifikationer).

Avsnittet 6.1 i förfrågningsunderlaget redovisar vilka s.k. kvalifikationskrav som gäller i upphandlingen och som alltså måste uppfyllas av varje anbudsgivare för att deras anbud över huvud taget ska bli föremål för utvärdering. Kraven avser, som framgår av rubriken, anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet för utförande av projektet, och är utformade i enlighet med vad som enligt LUF och unionsrätten gäller för krav av detta slag.

Som uttryckligen framgår av avsnitten 6 och 7 i förfrågningsunderlaget är de krav som uppställs i avsnittet 6.1 just kvalifikationskrav (med avseende på anbudsgivaren) och inte utvärderingskriterier (med avseende på anbudet). Kvalifikationskrav bedöms enbart som uppfyllda eller inte uppfyllda; någon graderad bedömning av uppfyllelsen görs inte (och får inte göras). Det är heller inte fråga om att jämföra innehållet i olika anbud. Det nu sagda gäller också det aktuella kvalifikationskravet i avsnittet 6.1 (jfr även avsnittet 7.1 i förfrågningsunderlaget). De utvärderingskriterier som gäller i upphandlingen är tydligt redovisade under egen rubrik i avsnittet 7.3. Mot dessa har R & R inte riktat någon invändning.

R & R påstår att kvalifikationskravet i avsnittet 6.1 skulle vara otydligt formulerat såvitt avser innebörden av "två (2) likvärdiga projekt", och att det skulle vara svårt att förutse vad som skulle tillmätas betydelse. Svenska Kraftnät tillbakavisar påståendet och får framhålla följande.

Innehållet i det projekt som nu upphandlas och som i sin tur är bestämmande för vilka referensprojekt som kan anses likvärdiga är utförligt redovisat och beskrivet i förfrågningsunderlaget. Här föreligger ingen otydlighet. Av förfrågningsunderlaget framgår tvärtom mycket tydligt vilka olika typer av arbeten och åtgärder som ska utföras av den vinnande entreprenören.

Den språkliga betydelsen av ordet likvärdig kan inte i något avseende anses oklar eller osäker. Härtill kommer att begreppet är vedertaget och synnerligen ofta och regelbundet förekommande i upphandlingssammanhang, inte minst i anslutning till beskrivning av kvalifikationskrav. Svenska Kraftnät hade svårligen kunnat uttrycka innebörden i kravet på något annorlunda sätt, utan att kravet därigenom hade fått en helt annan innebörd. En sänkning av kravet hade medfört att det tappat sin relevans, en skärpning att det hade begränsat den krets av projekt som fick åberopas på ett sätt som inneburit att kravet hade kunnat bli oproportionerligt i förhållande föremålet för upphandlingen.

Tillämpningen av detta kvalifikationskrav har alltså, som ovan sagts, endast handlat om att bedöma huruvida respektive anbudsgivare uppfyllde det eller inte. Kravet på två likvärdiga projekt är inte otydligt i något avseende.

R & R har i sitt anbud åberopat följande två projekt för att visa att man enligt egen uppfattning uppfyllde det aktuella kvalifikationskravet på två likvärdiga projekt

“Tillgänglighetsåtgärder, anpassningar av övergångsställen, busshållplatser samt gångpassager för ökat framkomlighet i söderort år 2009-2010.”

“Tillgänglighetsåtgärder, anpassningar av övergångsställen, busshållplatser samt gångpassager för ökat framkomlighet i Sthlm innerstad år 2009.”

Svenska Kraftnät har vid kontakt med uppgivna referenspersoner hos uppdragsgivarna för ovannämnda projekt inhämtat, att de bägge projekten nästan uteslutande var rena ytskiktstreprenader, något som för övrigt kan utläsas av R & R:s egen beskrivning i anbudet av projekten ifråga. De åberopade projekten omfattade endast beläggningsarbeten (asfalt), mindre markjusteringsarbeten, men inga kabelarbeten alls av den omfattning och komplexitet som Svenska Kraftnäts upphandling innefattar.

Den av Svenska Kraftnät nu upphandlade entreprenaden omspanner, i kontrast till de referensprojekt som R & R åberopat, bl. a. följande, vilket också framgår av förfrågningsunderlaget. Markarbetena omfattar en schaktsektion med en bottenbredd om ca 1,5 meter, ett schaktdjup om ca 1,4 meter och en dagöppning uppemot 2,5 meter, beroende på markförhållandena. En betydande del av sträckan omfattar även bergschakt, d.v.s. sprängning och bortforsling av berg. Den totala schaktsträckan är ca 6,5 km lång, varav merparten ska utföras längs den hårt trafikerade Bergslagsvägen. Detta kräver särskilda hänsyn gällande avstängningar och trafikföringsplanering, då kravet från Väghållaren är att samtliga körfält skall hållas öppna, om än med viss reduktion i utbredning och hastighet. För att innehålla tidplanen i detta projekt krävs dessutom att mark- och kabelarbetena genomförs samtidigt på 3-4 delsträckor.

Markarbeten och installation av 220 kV kablar genomförs i ett antal delmoment bl.a. bestående av schakt, uppbyggnad av kabelbädd inklusive fiberduk, utläggning av kabelrullar och uppbyggnad med kabelrullar i kurvor etc., flyttning och uppställning av kabeltrummor om ca 15 ton, kabel-

förläggning, buntning av kablar, utläggning av jordlina och optofiberkablar inkl. rör, kringfyllning med kabelsand efter kabelförläggning, mantelprov, utläggning av kabelskydd, kompletterande kringfyllning, resterande fyllning steg 1, utläggning kabelmarkeringsnät, resterande fyllning steg 2, samt slutlig återställning av markyta (asfalt/gräs etc.). Den utdragna processen innebär att schaktgravarna står öppna under förhållandevis långa tider vilket ökar risken för ras från kanterna, särskilt vid regn. Detta innebär risker för både personal och kablar vilka måste förebyggas. Kabelbädd och kringfyllning kommer under dessa förhållanden att behöva rensas vid flera tillfällen för att undvika skador på kablarna. Logistiken och samordningen av resurser för den kompletta processen i samtliga moment är komplex och krävande när den genomförs på flera sträckor samtidigt. Dessutom kommer bergschakt samt eventuella okända hinder att kräva snabba omlokaliseringar eller på- och avställning av resurser för att inte framdriften ska påverkas menligt.

Svenska Kraftnäts bedömning är att R & R:s referensprojekt uppenbart inte är att betrakta som likvärdiga med det projekt som är föremål för upphandling, vare sig det gäller teknisk omfattning och innehåll, komplexitet eller krav på logistik och samordning. R & R har följaktligen enligt verkets uppfattning inte visat att man uppfyller det i förfrågningsunderlagets avsnittet 6.1 ställda kvalifikationskravet på teknisk förmåga och kapacitet. De begränsade ytskiktens arbeten som R & R åberopat är inte likvärdiga med de arbeten som är centrala i den upphandlade entreprenaden och som beskrivits ovan. Bedömningen vinner stöd av det förhållandet att R & R i sin preliminära tidplan, redovisad i anbudet angivit delmoment avseende kringfyllning och kabeldragning med ett inbördes förhållande som inte är relevant för hur arbetet bör genomföras i praktiken.

R & R har i avsnittet 6.1 också under separat rubrik nämnt två projekt som ska ha genomförts av ett utomstående företag (Ratel) i påstådd egenskap av underentreprenör. Det är i och för sig tillåtet att anlita underentreprenörer i

det upphandlade projektet, men för att R & R ska vara berättigat att åberopa nyssnämnda företags kapacitet för att uppfylla kvalifikationskraven i upphandlingsförfarandet krävs uttryckligen enligt 15 kap. 15 a § LUF att R & R visar att man faktiskt förfogar över dessa resurser, genom att tillhandahålla ett åtagande från detta utomstående företag eller på annat sätt. R & R:s anbud innehåller inte något över huvud taget som visar att man förfogar över Ratels resurser. R & R har därför inte rätt att tillgodoräkna sig dessa till stöd för att man uppfyller kvalifikationskraven.

Även för det fall Svenska Kraftnät i kvalificeringsfasen skulle ha kunnat beakta de mycket kortfattat beskrivna referensprojekten för Ratel ("kabel-förläggning, 170 kV kabel" respektive "kabel-förläggning, 145 kV kabel"), hade det inte kunnat resultera i någon annan bedömning än att R & R inte uppfyller kvalifikationskraven. Eftersom R & R sålunda inte uppfyller kvalifikationskraven i förfrågningsunderlaget, har Svenska Kraftnät varit inte endast berättigat, utan också skyldigt att förkasta anbudet. Detta följer såväl av LUF som av de unionsrättsliga principerna om likabehandling och transparens.

Svenska Kraftnät tillbakavisar R & R:s blanka påstående att kravet på att anbudsgivare ska ha genomfört två likvärdiga projekt skulle vara oproportionerligt och riskera att "utesluta konkurrenter". Ett krav på att ha genomfört ett likvärdigt uppdrag kan av lätt insedda skäl inte anses oproportionerligt; det innebär ju att anbudsgivare endast förutsätts ha kompetens och erfarenhet av just det som nu ska tillhandahållas, inte av något ytterligare eller något annat.

R & R:s påstående om "tolkningsföreträde" är svårförståeligt och saknar laga stöd.

R & R påstår att det av deras anbud skulle framgå att de har "lång och gedigen erfarenhet från arbeten med kabelschakter i gräsytor och utmed

gångvägar". Svenska Kraftnät bestrider att detta på något sätt framgår eller skulle kunna utläsas av anbudet.

R & R anför bl.a. följande i yttrande. Bolaget har uppfattat att det för uppfyllande av kvalifikationskravet i förfrågningsunderlaget krävs tre moment. De består dels av att uppdraget ska anpassas utifrån tillgänglighetsåtgärder i en besvärlig trafikmiljö, dels att de personer som de facto ska utföra uppdraget besitter betydande erfarenhet från likvärdiga projekt samt dels att anlidade underentreprenörer har en gedigen erfarenhet och kunskap för att utföra elarbeten med kabeldragning i enlighet med den omfattning och komplexitet som anges i förfrågningsunderlaget. Bolaget gör även gällande att samtliga tre delkrav måste bedömas i ett sammanhang. Svenska Kraftnät har prövat kraven var för sig vilket är felaktigt och riskerar att leda till orättvisa och felaktiga slutsatser.

Bolagets val av de två referensprojekten har enbart gjorts för att styrka att man besatt erforderlig erfarenhet från uppdrag under mycket besvärliga trafikförhållanden. Bolagets bedömning var att de aktuella projekten som bl.a. utfördes på Örbyleden, Huddingevägen och Västerbroplan ställer väsentligt högre eller i vart fall likvärdiga krav med de som följer av förfrågningsunderlaget. Bolagets referensuppdrag innefattar t.ex. såväl tung trafik, bil och busstrafik, cyklar och fotgängare. Belastning och hög trafikintensitet på Bergslagsvägen förekommer däremot enbart under morgon och eftermiddag.

Såväl referensobjekten som många övriga av bolagets projekt innefattar upprättande av trafikplaner som ska genomgå och godkännas av Trafikkontoret. Projekten innefattar även arbeten med provisoriska trafikordningar, avstängningar och trafikomläggningar. Referensprojekten är därmed likvärdiga med aktuellt projekt även i det avseendet. Bolaget har därmed visat att man uppfyller kravet ifråga om tillgänglighetsåtgärder i trafikmiljö genom hänvisningen till sagda referensprojekt. Svenska Kraftnäts

påstående om att referensprojekten avser enklare ytskiktsarbeten är således uppenbart felaktigt och beror antingen på en missuppfattning och/eller undermålig referenstagning enligt nedan. Vad Svenska Kraftnät åberopar för att förkasta bolagets anbud saknar därmed laglig grund. Om bolaget missförstått förfrågningsunderlaget i den delen har det ålegat Svenska Kraftnät att kontakta bolaget. Sammanfattningsvis innebär Svenska Kraftnäts synsätt i den delen att bolaget inte har behandlats rättvist.

Bolaget inger ett e-postmeddelande från den 11 april innehållande en lista med referensobjekt från arbetsplatser belägna i Stockholm utöver tidigare angivna.

Vidkommande frågan om den personal som ska utföra arbetet har bolaget till anbudet fogat handlingar som utvisar en referenslista som får anses uppfylla kraven i aktuellt hänseende. Av ett CV framgår att en person har långvarig och styrkt erfarenhet från liknande projekt som det nu aktuella samt har t.ex. varit ansvarig för projekt med ställverk, banverksbangårdar m.m.. Personen i fråga har tom varit anställd vid Kraftledning AB som arbetschef. Detta bolag utför enbart arbeten som är likvärdiga med det i förfrågningsunderlaget aktuella uppdraget. Ytterligare en person vars erfarenhet åberopats innefattar befattning som ansvarig arbetsledare för fjärrvärmeanläggningar och pumpstationer m.m.. Denna person har således lång och gedigen erfarenhet ifrån att utföra arbeten i enlighet med den beskrivning som Svenska Kraftnät anför i dess yttrande.

Mot bakgrund av att bolagets anbud förkastats måste ifrågasättas om Svenska Kraftnät vid utvärderingsarbetet tillgodogjort sig åberopade CV:n. Slutsatsen är att bolaget även i detta avseende genom åberopade referenser styrkt att man uppfyller kvalifikationskravet.

Bolaget har angivit Ratel som entreprenör för elarbeten och kabeldragning. Det som Svenska Kraftnät anför i dess yttrande uppfattas av bolaget som att man i och för sig godtar hänvisningen till Ratel. Det bör här påpekas att den antagna entreprenören åberopat ABEKA AB som är likvärdigt med Ratel. Den omständigheten att bolaget har åberopat referens från Ratel har föregåtts av förhandlingar parterna emellan innebärande att Ratel förklarat sig beredd att utföra aktuella arbeten. Därmed får bolaget anses ha visat att man "förfogar" över Ratels resurser. Förfrågningsunderlaget innehåller för övrigt inget krav på hur bolaget i övrigt ska visa att man förfogar över underentreprenörens resurser. Om bolaget inte anses ha visat att man förfogar över Ratels resurser föreligger otydligheter i förfrågningsunderlaget. Detta ska inte medföra att bolagets anbud ska förkastas. Föreligger något ytterligare krav som bolaget ej har uppfyllt har Svenska Kraftnät brustit mot de gällande krav som styr upphandlingen genom att inte kontakta bolaget för inhämtande av komplettering. Svenska Kraftnäts påståenden i frågan om underentreprenörer saknar därmed laglig grund. Bolaget bifogar skrift av den 7 april 2011 som utvisar att man vid tiden för anbudet förfogade över Ratels resurser.

Bolaget gör gällande att de omständigheter som Svenska Kraftnät anför rörande utdragen process, rasrisk, logistik och samordning m.m. utgör normala inslag i princip i all bolagets verksamhet och i synnerhet de åberopade referensprojekten. Svenska Kraftnät anför att nämnda moment är att betrakta som specifika för detta uppdrag, vilket därmed bestrids. Det framgår inte huruvida Svenska Kraftnät gör gällande att bolaget saknar resurser för att uppfylla aktuella krav. Bolagets inställning är att man besitter erforderliga och nödvändiga resurser. Här kan nämnas att bolaget äger samtliga aktier i bergsprängningsföretaget Leif Larsson bergsprängning AB. Den antagna leverantören äger inte något liknande företag.

Svenska Kraftnät övervärderar betydelsen av innehållet i bolagets preliminära tidplan vid bedömningen av frågan om likvärdiga projekt. Bolaget har dessvärre i tidplanens punkterna 6 och 12 gjort noteringar som kan tolkas som att arbetet med kringfyllning utförs innan kabelläggning sker. Detta är givetvis felaktigt. Det är därmed uppenbart för envar och i synnerhet för Svenska Kraftnät att det är fråga om en beklaglig felskrivning. Bolaget åberopar avtalslagens bestämmelser om s.k. förklaringsmisstag och gör gällande att man inte är bundet av uppgiften. Den kan därmed inte ligga till grund vid bedömningen av frågan om likvärdiga projekt. Sistnämnda resonemang bör ses i ljuset av att det därtill är frågan om en preliminär tidplan vilket Svenska Kraftnät i sig inte haft någon erinran emot. Preliminära tidplaner är brukligt inom branschen och blir regelmässigt föremål för revideringar under entreprenadtiden.

Svenska Kraftnät har bifogat en rapport från utfört arbete benämnt referenstagning. Av rapporten framgår att Svenska Kraftnät enbart etablerat kontakt med två personer vid Trafikkontoret avseende bolagets aktuella referensobjekt. Kontakten måste ha varit ytterst schematisk då Svenska Kraftnät av okänd anledning vid referenstagningen medvetet eller omedvetet förbisett det mest väsentliga, nämligen att referensprojekten avsåg arbeten bl.a. vid Örbyleden och Huddingevägen som innebär arbeten med trafikordningar, avstängningar, trafikomläggningar. Arbetet med referenstagning är därmed bristfälligt utfört samt förenat med fel och brister då Svenska Kraftnät utan stöd i lag eller i förfrågningsunderlag underlåtit att kontakta de referenser som lämnats i anbudet rörande två personer. Svenska Kraftnät har dessutom förbisett skyldigheten att kontakta såväl Ratel som dess referenser. För att Svenska Kraftnät ska anses uppfylla de grundläggande kraven som styr upphandlingsförfarandet krävs dels att man genom referenstagningen inhämtat kunskaper om projektens beskaffenhet och dels utfört en uttömmande kontakt med samtliga referenser som åberopats i anbudet. Oavsett ovan har R & R visat att man uppfyller kvalifika-

tionskravet rörande personal. Om Svenska Kraftnät hade genomfört arbetet med referenser på ett korrekt vis hade ytterligare omständigheter framkommit som tveklöst utvisar att bolaget uppfyller kvalifikationskraven.

Oavsett om bristerna föreligger i både förfrågningsunderlaget och förfarandet vid anbudsutvärderingen eller om de föreligger var för sig ska bolagets ansökan om överprövning bifallas.

Svenska Kraftnät anför bl.a. följande i yttrande. R & R säger sig ha uppfattat att kvalifikationskravet i avsnittet 6.1 i förfrågningsunderlaget skulle bestå av "tre moment". Svenska Kraftnät förstår inte vad denna uppfattning grundar sig på eller vad den innebär.

Svenska Kraftnät vidhåller att de två referensprojekt som R & R åberopat endast i mycket begränsat avseende är relevanta för den nu upphandlade entreprenaden avseende komplex markförläggning av kabelförband. Detta framgår för övrigt också av den beskrivning av referensprojekten som R & R själva gör i sitt senaste yttrande, där bolaget på nytt betonar de besvärliga trafikförhållandena etc., men där det tillika är tydligt att det inte varit fråga om kabelarbeten av det slag som Svenska Kraftnät efterfrågar. De två referensprojekt som R & R åberopat är inte likvärdiga med det som är föremål för upphandling. Delar av det som R & R anför framgår inte av bolagets anbud och har därför hursomhelst inte kunnat beaktas i kvalificeringen.

Påståendet att referenstagningen skulle ha varit "undermålig" är grundlös. Den är genomförd på kvalificerat fackmannamässiga grunder av sakkunnig, som särskilt anlitas för ändamålet. R & R hänvisar i sitt yttrande till ett e-postmeddelande från den 11 april 2011. Handlingen tillför inte något i sak, och är irrelevant redan av det skälet att den upprättats i efterhand. Prövningen av om bland annat kvalificeringskraven i en upphandling är

uppfyllda, får grundas enbart på uppgifter och handlingar som finns i leverantörens anbud. Upphandlande myndighet har naturligtvis ingen möjlighet att beakta vad som åberopas först efter anbudstidens utgång, och än mindre sådant som åberopas efter det att tilldelningsbeslutet är fattat. R & R har själva att svara för bristerna i det anbud man gav in. För prövningen av den fråga som är aktuell i målet är det alltså innehållet i R & R:s anbud som är avgörande.

R & R gör gällande att Svenska Kraftnät skulle ha haft en skyldighet att "kontakta bolaget" om "bolaget missförstått förfrågningsunderlaget". Påståendet bestrids; det föreligger ingen sådan skyldighet. Anbudsinhållet har inte tytt på att R & R skulle ha missförstått förfrågningsunderlaget. Att anbudet dock var bristfälligt i vissa avseenden är en annan sak. Bolaget åberopar två CV:n, som bifogats anbudet till stöd för att kvalifikationskravet avseende två likvärdiga projekt skulle vara uppfyllt. Svenska Kraftnät bestrider att handlingarna har sådant innehåll eller sådan betydelse. Meritförteckningar för arbetsledande personal har begärts in för andra syften och har inte sådant innehåll, att de kan läggas till grund för prövning av om det anbudsgivande företaget har den efterfrågade erfarenheten av specifika projekt som är likvärdiga med det som är föremål för upphandling.

För det första har aktuella CV:n inte åberopats till stöd för att det aktuella kvalifikationskravet var uppfyllt. De omnämns över huvud taget inte under rubriken "Referenser R & R Markentreprenad AB" i R & R:s anbud. För det andra går det inte av de helt rapsodiska och mycket kortfattade uppgifterna i båda CV:n att utläsa att personernas erfarenhet är sådan som efterfrågas i avsnittet 6.1 i förfrågningsunderlaget, d.v.s., att de varit delaktiga i likvärdiga projekt. För det tredje är den ene personen inte anställd av R & R. Anbudet visar inte heller på något sätt att R & R förfogar över denna externa resurs.

Svenska Kraftnät har inte godtagit "hänvisningen till Ratel Entreprenad AB". Att R & R nu i efterhand påstår att Ratel "förklarat sig beredd att utföra aktuella arbeten" saknar betydelse. R & R:s anbud innehåller inga uppgifter eller bevis i det aktuella hänseendet. Ett rakt påstående hade för den delen inte heller varit tillräckligt.

Kravet att anbudsgivare som vill åberopa annat företags kapacitet har att styrka detta i anbudet följer direkt av tvingande bestämmelse i LUF. Kravet behöver alltså inte särskilt nämnas i förfrågningsunderlag. Någon skyldighet för Svenska Kraftnät att inhämta "komplettering" i denna del föreligger inte. Begäran om sådan komplettering beträffande kvalifikationskrav hade gett R & R otillbörlig fördel och hade stått i strid med den unionsrättsliga likabehandlingsprincipen, inkorporerad i svensk rätt genom 1 kap. 24 § LUF.

R & R har gett in en skrivelse som är daterad den 7 april 2011 och som alltså upprättats först i anledning av förevarande tvist. Eftersom den inte getts in med anbudet saknar den relevans för den fråga som är aktuell i målet. Prövningen kan inte göras i efterhand.

Svenska Kraftnäts påpekande om brister i R & R:s preliminära tidplan gjordes i illustrerande syfte. Förhållandet i sig har ingen avgörande betydelse.

R & R framhåller att Svenska Kraftnät "enbart etablerat kontakt med två personer vid Trafikkontoret avseende bolagets aktuella referensobjekt". Detta är riktigt och har sin grund i att R & R inte har uppgett några andra referenspersoner för de projekt som bolaget åberopat. Svenska Kraftnät har inte haft vare sig rätt eller möjlighet att kontakta annan referensperson i dessa avseenden. Som framgår av den tidigare ingivna rapporten, har referenstagningen utförts fackmässigt. Svenska Kraftnät har beaktat samtliga

de uppgifter som personerna lämnat. Det är dessutom anbudsgivaren som svarar för att referenspersoner lämnar önskade uppgifter, inte den upphandlande myndigheten.

R & R invänder mot att Svenska Kraftnät i kvalificeringen inte har kontaktat två referenser. Skälet till att dessa personer inte kontaktades är helt enkelt att R & R inte åberopat dem som referenser beträffande likvärdiga projekt enligt avsnittet 6.1 i förfrågningsunderlaget. Svenska Kraftnät har därför varken haft rätt eller skyldighet att kontakta dem.

R & R anför bl.a. följande i yttrande. R & R:s uppfattning om att kvalifikationskravet kan indelas i tre delmoment grundas även på den inställning som Svenska Kraftnät åberopat. Svenska Kraftnät har särskilt påpekat att "schaktsträckan utförs utmed den hårt trafikerade Bergslagsvägen, detta kräver särskilda hänsyn till avstängningar trafikföringsplaneringar då kravet från väghållaren är att samtliga körfält skall hållas öppna". Bolaget har bl. a. genom sina referensobjekt samt senare förtydliganden styrkt att man har erfarenhet från att arbeta i en besvärlig trafikmiljö likvärdigt vad som anges i anbudet. Det förefaller som om Svenska Kraftnät numera frånfallit trafikmiljöns betydelse vid anbudsutvärderingen.

UTREDNING I MÅLET

I förfrågningsunderlagets avsnitt 3 uppges bl.a. följande:

3 Om denna upphandling

Befintlig 220 kV friledning på sträckan Hägerstalund – Beckomberga, Stockholm, (KL22) ersätts med en 220 kV kabelförbindelse...

Denna upphandling avser en utförandeentreprenad enligt AB 04 och omfattar markförläggning av nya 220 kV kabelförband samt rörförläggning mellan skarvgrop vid Hjulsta vattentorn och Beckomberga transformatorstation i Stockholm. Den planerade ledningssträckan är ca 6,5 km och utgörs av två (2) kabelförband...

I förfrågningsunderlagets avsnitt 6.1 uppges följande:

6.1 Kvalifikationskrav avseende leverantörs tekniska förmåga och kapacitet

I anbudet skall anges referenser från två (2) likvärdiga projekt som anbudslämnaren utfört och avslutat inom 5 år före sista anbudsdag.

Anbud skall innehålla en beskrivning av hur anbudslämnaren avser att genomföra förevarande projekt. Beskrivning skall innehålla metodbeskrivning, förslag till tidplan, bemanningsplan och CV/meritförteckning på arbetsledande personal och övriga nyckelpersoner.

DOMSKÄL

Tillämplig lagtext

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Enligt 15 kap. 15 a § LUF gäller följande. En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande enhet har en långtgående frihet att utforma förfrågningsunderlaget och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot LUF eller unionsrättsliga principer. Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LUF att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan.

R & R har yrkat att det vinnande anbudet ska förkastas. Bolaget har emellertid inte anfört någon grund för sin talan i den delen. Det är således inte visat att Svenska Kraftnät borde ha förkastat detta anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är förfrågningsunderlaget som styr vilka krav, och på vilket sätt kraven ska uppfyllas. Av förfrågningsunderlaget framgår att en anbudsgivare ska ange referenser från två likvärdiga projekt som anbudslämnaren utfört och avslutat inom fem år före sista anbudsdag. Svenska Kraftnät har valt att formulera kravet på så sätt att kravets uppfyllande är nödvändigt för att anbudet överhuvudtaget ska utvärderas. Förvaltningsrätten finner att kravet varken kan anses vara otydligt eller riskera att utesluta leverantörer på ett sätt som strider mot LUF.

Bolaget har vidare anfört att kriteriet i punkten 6.1. varken är värderat eller poängsatt samt att förfrågningsunderlaget har utformats så att det förhindrar eller försvårar en objektiv/rättvis jämförelse av anbuderna. Det krav som uppställs i det aktuella avsnittet är kvalificeringskrav, inte utvärderingskriterier. Vad bolaget har anfört i denna del visar inte att det finns grund för ingripande med stöd av LUF.

R & R har anfört att bolagets val av referensprojekt enbart har gjorts för att styrka att bolaget besatt erforderlig erfarenhet från uppdrag under mycket besvärliga trafikförhållanden. R & R:s referensprojekt enligt anbudet avser tillgänglighetsåtgärder, anpassningar av övergångsställen, busshållplatser samt gångpassager för ökad framkomlighet i söderort år 2009-2010, samt tillgänglighetsåtgärder, anpassningar av övergångsställen, busshållplatser samt gångpassager för ökad framkomlighet i Stockholms innerstad år 2009. E-postmeddelandet av den 11 april 2011 har upprättats och getts in först efter anbudstidens utgång. Det kan därför inte beaktas vid överprövningen. Förvaltningsrätten finner att det inte framgår av R & R:s beskrivning av referensprojekt i anbudet att dessa är sådana "likvärdiga projektet" som avses i förfrågningsunderlaget.

Vad gäller arbete med kablar har R & R angett referensprojekt som Ratel utfört. Genom att ange Ratel som underentreprenör anser sig R & R mer än väl ha uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten konstaterar att det finns möjlighet enligt LUF att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. R & R har inte i anbudet visat att bolaget kommer att förfoga över nödvändiga resurser. Vad bolaget numera har anfört i fråga om sitt förhållande till Ratel är inte omständigheter som kan beaktas vid överprövningen.

Enligt R & R uppfyller det kraven i förfrågningsunderlaget genom de CV:n som getts in. Förvaltningsrätten konstaterar att CV:n ska ges in enligt förfrågningsunderlagets krav på beskrivning av hur anbudsgivare avser att genomföra förevarande projekt. Det framgår inte av R & R:s anbud att aktuella CV:n ska kopplas till kravet om referensuppdrag.

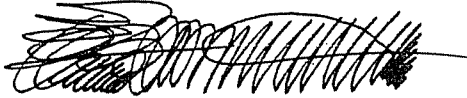
Det inte heller visat, så som R & R har anfört, att genomgången av referensuppdrag skulle ha utförts av Svenska Kraftnät på ett bristfälligt sätt.

R & R har vidare anfört att Svenska Kraftnät inte framställt någon begäran om komplettering eller förtydligande från bolaget. En upphandlande enhet får begära att förtydliganden eller kompletteringar görs, men någon sådan skyldighet finns inte. Vad R & R anfört utgör inte grund för ingripande enligt LUF.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det som R & R anfört och åberopat inte visar att Svenska Kraftverk i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LUF. Det finns därmed inte grund för rättsligt ingripande mot upphandlingen och bolagets ansökan ska såle-

des avslås.

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



Kurt Björk

Rådman

Föredragande har varit Anna Mörtberg.

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.