



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM
2016-10-06
Meddelad i Stockholm

Mål nr
11160-16

SÖKANDE

Marinediesel Sweden AB, 556575-2556
Metallgatan 6
262 72 Ängelholm

Ombud: Advokat Maria Lidbom
Advokatfirman LA Partners Aktiebolag
Box 487
201 24 Malmö

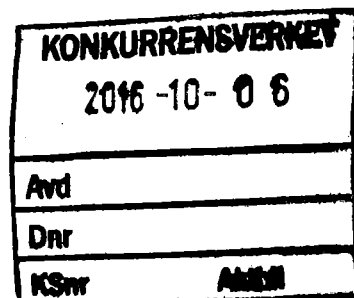
MOTPART

Affärsverket Svenska kraftnät, 202100-4284

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

SAKEN

Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Marinediesel Sweden AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 768760

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

BAKGRUND

Affärsverket Svenska kraftnät (Svenska kraftnät) genomför en upphandling av ramavtal för byte av drivenhet i bandvagn 206 (dnr 2016/252) genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Enligt Svenska kraftnät har endast en av tre anbudsgivare uppfyllt ställda krav i upphandlingen och det är den anbudsgivaren, Scandinavian Terrain Vehicles AB (STV), som har tilldelats kontraktet. Marinediesel Sweden AB (Marinediesel) uteslöts på grund av att dess anbud inte innehöll en försäkran eller i annan form visat att det inte förelåg uteslutningsgrund. Det tredje anbudet uteslöts bl.a. på grund av att det inte uppfyllt kvalifikationskraven i förfrågningsunderlaget avseende bevis på teknisk förmåga och kapacitet.

YRKANDEN M.M.

Marinediesel yrkar att upphandlingen ska göras om alternativt rättas genom att anbudet från STV ska förkastas. *Marinediesel* anför bl.a. följande. STV tilldelades kontraktet, trots att STV inte uppfyller upphandlingens obligatoriska krav. Upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 24 § LUF. Såväl förfrågningsunderlagets utformning med oklara tekniska krav i kombination med en oklar kravuppfyllnadsmatris, som den upphandlande enhetens tillämpning av förfrågningsunderlaget vid anbudsprövningen visar att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt att det inte kan anses uppfylla principen om transparens. *Marinediesel* kunde ha fått avtalet om inga överträdelser av LUF hade skett i upphandlingsförfarandet. Bolaget har lidit, eller riskerar att, lida skada.

Svenska kraftnät anser att ansökan ska avslås, men om förvaltningsrätten ändå anser att det finns skäl för ingripande bör det ske genom beslut om

rättelse eftersom Marinediesels anförda grunder hänför sig till upphandlingens utvärderingsfas och inte det konkurrensuppsökande skedet. Svenska kraftnät har inte brutit mot några av de grundläggande principerna som anges i LUF.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 6 § LUF ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, om den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF och detta medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

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.

Förfrågningsunderlaget

Till förfrågningsunderlaget har Svenska kraftnät bifogat en teknisk kravspecifikation. Av förfrågningsunderlaget, punkt 9.1, framgår bl.a. att anbudet ska innehålla utförliga beskrivningar av hur de krav som anges i den tekniska kravspecifikationen kommer att uppfyllas.

Av förfrågningsunderlaget, punkt 9.1, framgår även att anbudet ska innehålla de uppgifter och handlingar som efterfrågas i förfrågningsunderlaget jämte tillhörande bilagor. Som en bilaga till förfrågningsunderlaget har bifogats en kravuppfyllnadsmatris.

Som utgångspunkt för de kommande bedömningarna anser förvaltningsrätten att Svenska kraftnät genom utformningen av förfrågningsunderlaget, dels krävt att det i anbuden visas att kraven i den tekniska kravspecifikationen kommer uppfyllas, dels att en kravuppfyllnadsmatrix ska ha fyllts i enligt den modell som bifogats förfrågningsunderlaget. Av denna modell framgår att uppfyllnad av krav ska besvaras med JA/NEJ/Ej tillämbart och om alternativet Ej tillämbart används så ska detta beskrivas med en kommentar.

**Förvaltningsrättens bedömning avseende Svenska kraftnäts
förfrågningsunderlag och däri ställda krav**

Teknisk kravspecifikation punkterna 4.5.6 d, e och f

Marinediesel anför bl.a. följande. STV:s anbud brister beträffande den tekniska kravspecifikationen i punkterna 4.5.6 d och 4.5.6 e. I 4.5.6. d har STV svarat ”Ja” och därmed bekräftat att programmering av växellådan ska ske av utföraren eller av tredje part. För kravet i 4.5.6 e, att källkod ska ingå och överlämnas i beställarens ägo, har STV svarat ”Ej tillämbart”. STV har därmed reserverat sig mot kravet. Det framgår inte att kraven i 4.5.6 d, e och f är alternativa. I vart fall är förfrågningsunderlaget så pass otydligt i dessa delar att det brister i transparens.

Svenska kraftnät anför bl.a. följande. Kraven i 4.5.6. e och f är alternativa. Det framgår av formulering av kravet som inleds med ”om”. I de fall kraven inte skulle varit alternativa skulle de formulerats som ett rakt ska-krav. Det är möjligt att kraven hade kunnat vara något tydligare i sin utformning. Det som Svenska kraftnät velat säkerställa är dock att programmering ska kunna ske av antingen leverantören eller av tillverkaren och om programmering ska utföras av annan än tillverkaren ska även källkoden levereras. STV har

bekräftat att programmering kan ske och att det är tillverkaren som kommer utföra denna. Då behöver källkoden inte levereras och det har varit befogat av STV att skriva "Ej tillämbart" under kravuppfyllelsen för krav i 4.5.6 e.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt förvaltningsrätten har Svenska kraftnät genom att inleda punkt 4.5.6 e med ordet "om" markerat att kravet däri endast gäller om det som efterfrågas i kravet uppfylls. Detsamma gäller för kravet i 4.5.6 f. Enligt Svenska kraftnät har STV bekräftat att de uppfyller kravet i 4.5.6 f, dvs. att programmering av växellådans styrsystem utförs av tillverkaren. Enligt förvaltningsrätten har det därför funnits anledning för STV att skriva "Ej tillämbart" för krav i 4.5.6. e. Marinediesel har därmed inte visat att Svenska kraftnät antagit STV:s anbud i strid mot förfrågningsunderlaget i denna del.

Vad gäller utformningen av förfrågningsunderlaget i dessa delar är det enligt förvaltningsrättens bedömning så pass klart och tydligt utformat att anbudsgivarna på grundval av detta kunnat avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Teknisk kravspecifikation punkten 4.10.3 b

Marinediesel anför bl.a. följande. Av instruktionen i kravuppfyllnads-matrisen kan det utläsas att för de fall kommentaren "Ej tillämbart" lämnas så ska detta även beskrivas i kommentarer. STV har avseende krav i punkt 4.10.3 b angett "Ej tillämbart" men har inte lämnat någon kommentar. STV har därför inte bekräftat att det obligatoriska kravet uppfylls.

Svenska kraftnät anför bl.a. följande. STV:s svar i denna del måste läsas tillsammans med svaret på punkterna 4.10.3 a och 4.10.3 c. STV har

bekräftat uppfyllandet av båda dessa krav och angett att de avser att leverera nytillverkade motorhuvar. STV:s svar "Ej tillämbart" på 4.10.3 b kan inte tolkas på annat sätt än att de, helt i enlighet med ställda krav, i och för sig kommer leverera tredelade motorhuvar, men att de inte kommer att återanvända befintliga motorhuvar. STV har således lämnat tillräcklig information. Kravet avseende motorhuvarna är sådant att det kommer gälla före STV:s anbud. STV kommer därför vara bunden av att uppfylla kravet. Kravet ska uppfyllas först efter att upphandlingskontraktet har ingåtts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av STV:s kravuppfyllnadsmatris och Svenska kraftnäts yttrande framgår att STV svarat "Ej tillämbart" på kravet i 4.10.3 b. Någon kommentar har inte lämnats. Förvaltningsrätten konstaterar att kravet i sig är utformat i två meningar, där endast den första meningen kan anses utgöra ett krav. Motorhuvorna ska delas upp i tre delar. Av andra meningen i kravet framgår att befintlig motorhuv kan justeras och återanvändas, vilket enbart får anses utgöra en möjlighet. Av STV:s svar kan det därmed inte anses framgå att STV uppfyller kravet att motorhuvarna ska delas upp i tre delar. Detta kan inte heller utläsas av svaret för krav 4.10.3 a och 4.10.3 c enligt förvaltningsrätten.

Enligt förvaltningsrätten finns det inte stöd för Svenska kraftnäts inställning att kravet i 4.10.3 b skulle utgöra ett kontraktsvillkor eller inte behövt besvaras utan uppfyllas först sedan avtal ingåtts. Detta då det enligt förvaltningsrätten framgår av förfrågningsunderlaget att kraven i den tekniska kravspecifikationen ska uppfyllas och att en kravuppfyllnadsmatris ska fyllas i för uppvisande av att kraven kommer uppfyllas.

Mot denna bakgrund kan det konstateras att STV, genom sitt anbud, inte har visat att bolaget uppfyller de krav som förfrågningsunderlaget ställer.

Teknisk kravspecifikation punkterna 8.1.1 a – 9.1.1 a

Marinediesel anför bl.a. följande. STV har inte besvarat kraven i 8.1.1 a – 9.1.1 a. Det finns således ingen information om STV uppfyller dessa krav. Anbudet skulle därför ha förkastats. Svenska kraftnäts agerande att man antar ett anbud som inte uppfyllt alla ska-krav strider mot principen om likabehandling, jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 20 maj 2016 i mål nr 2691-15. Att en anbudsgivare angett att man generellt uppfyller alla krav är inte tillräckligt för att utsläcka eventuella reservationer eller avvikelser. Resonemanget att kraven är kommersiella villkor som inte behövt besvaras eftersom det ändå är kontaktet som gäller när det undertecknats skulle i praktiken innebära att anbudsgivaren inte behövt besvara ett enda av alla de krav som ställts i den tekniska kravspecifikationen. Detta resonemang är i strid mot förfrågningsunderlagets lydelse och de grundläggande unionsrättsliga principerna om likabehandling och transparens.

Svenska kraftnät anför bl.a. följande. Kraven utgörs av kommersiella villkor som innebär att Svenska kraftnät ska utföra verifieringsbesiktning och leveransbesiktning under avtalstiden. I förfrågningsunderlaget ställs inga krav på att verifieringsprotokoll ska lämnas redan i anbudet. Sådana protokoll ska istället tas fram under avtalstiden efter att verifieringsbesiktning utförts. Redan genom anbudet har STV accepterat samtliga kommersiella villkor. Dessa krav är inte tekniska krav som åsyftats när man i förfrågningsunderlaget angett att anbudsgivarna ska beskriva kravuppfyllnad. Det kan också ifrågasättas om det hade varit möjligt att beskriva uppfyllande av villkor som är beroende av Svenska kraftnäts prestationer. Avsaknaden av bekräftelse kan inte ses som en reservation mot villkoren. STV kommer att vara bundna av villkoren. Det har inte varit möjligt för anbudsgivarna att beskriva hur nämnda villkor ska uppfyllas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå från att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Om upphandlande myndighet godtar ett anbud som inte uppfyllt ställda ska-krav kan detta bryta mot likabehandlingsprincipen (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 20 maj 2016 i mål nr 2691-15).

Av STV:s kravuppfyllnadsmatris och av Svenska kraftnäts yttranden i målet framgår att STV i vart fall inte har fyllt i JA/NEJ/Ej tillämpligt avseende kraven i 8.1.1 a–8.1.1 c ”Verifieringsbesiktning”. Förvaltningsrätten instämmer i Svenska kraftnäts inställning att vissa av kraven i 8.1.1 a – 8.1.1 c avser vad Svenska kraftnät ska göra. Det finns dock flertalet krav i de nämnda punkterna som också avser vad det tilldelade bolaget ska vidta för åtgärder och hur uppdraget ska utföras. Bl.a. anges i 8.1.1 b att alla eventuella förändringar som det tilldelade bolaget vill införa efter utförd verifieringsbesiktning ska redovisas och godkännas av Svenska kraftnät innan de införs vid ombyggnation av fordon. I 8.1.1 c framgår bl.a. att den tilldelade leverantören ska avsätta område för enklare provkörning av fordonen. Enligt förvaltningsrätten finns det inte stöd för Svenska kraftnäts inställning att kraven skulle utgöra ett kontraktsvillkor eller inte behövt besvaras utan uppfyllas först sedan avtal ingåtts.

Svenska kraftnät har genom den tekniska kravspecifikationen uppställt krav i 8.1.1 a – 9.1.1 a. som enligt förfrågningsunderlaget ska uppfyllas och besvaras enligt den modell som framgår av kravuppfyllnadsmatrisen. Potentiella leverantörer har därmed haft anledning att utgå från att kraven varit viktiga för Svenska kraftnät. Svenska kraftnät har dock antagit anbudet från STV, trots att krav, inte har besvarats. Genom att bortse från och godta

den omständigheten att det vinnande anbudet inte uppfyllt alla ska-krav i förfrågningsunderlaget har Svenska kraftnät enligt förvaltningsrätten brutit mot likabehandlingsprincipen.

Invändningar har även gjorts mot transparensen i upphandlingen. Marinediesel har gjort gällande att förfrågningsunderlaget och kravuppfyllnadsmatrisen brister i transparens genom oklara tekniska krav i kombination med en oklar kravuppfyllnadsmatris samt den upphandlande enhetens tillämpning av förfrågningsunderlaget vid anbudsprövningen. Förvaltningsrätten delar denna bedömning. Det har i den tekniska specifikationen förekommit krav som riktar sig dels mot Svenska kraftnät, dels till eventuella framtida leverantörer. Svenska kraftnät har dessutom anfört att de aktuella punkterna inte varit krav. Detta trots att de framgår av den tekniska kravspecifikationen som ska besvaras enligt modellen som gjorts i kravuppfyllnadsmatrisen som bifogats förfrågningsunderlaget. Svenska kraftnät har vidare anfört att det inte skulle vara möjligt för anbudsgivarna att svara på eller beskriva hur kraven i 8.1.1a – 9.1.1 a. ska uppfyllas. Det kan mot denna bakgrund inte anses vara tillräckligt tydligt hur Svenska kraftnät skulle komma att behandla anbuden i förhållande till den tekniska kravspecifikationen och begärd kravuppfyllnadsmatris.

Slutsats

Som ovan konstaterats har det förekommit brister i den aktuella upphandlingen. Svenska kraftnät har brutit mot såväl principen om likabehandling som transparens. Dessutom har ett anbud utvärderats som inte uppfyllt samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Detta anbud har även varit det enda kvarvarande. Marinediesel har därmed lidit, eller riskerat att lida, skada (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4660-10 och 665-11).

Enligt förvaltningsrätten kan vissa av de ovan redogjorda bristerna anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att upphandlingen ska göras om. Denna slutsats får även stöd av den omständigheten att Svenska kraftnät antagit ett anbud som inte uppfyllt alla ska-krav, och att detta anbud varit den enda kvarvarande i upphandlingen.

Inhämtande av yttrande från vinnande anbud

Förvaltningsrätten har inte funnit skäl att ge STV tillfälle att yttra sig i målet. Detta mot bakgrund av att det funnits brister i upphandlingen av sådan karaktär att det konkurrensuppsökande skedet har skadats samt med beaktande av slutsatsen att upphandlingen ska göras om. Effekterna för STV kan inte heller anses vara så tydliga och precisa att de av denna anledning bort beredas tillfälle att yttra sig.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Karin Nordqvist
Förvaltningsrättsfiskal



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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 kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

