



**SÖKANDE**

Hochtief Infrastructure GmbH Tyskland Sverige Filial, 516409-2495

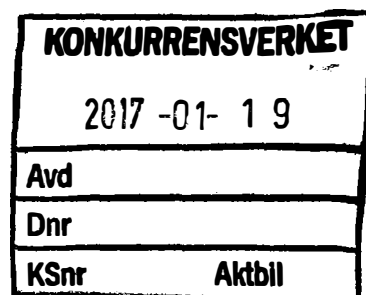
Ombud: Advokaterna Anna Ulfsson och Sara Li Olovsson  
Advokatfirman Delphi KB  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**MOTPART**

Trafikverket  
781 89 Borlänge

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Hochtief Infrastructure GmbH Tyskland Sverige  
Filials ansökan om överprövning.

**YRKANDEN M.M.**

Trafikverket genomför inom projekt E4 Förbifart Stockholm en upphandling av entreprenad ”FSE215 Betongtunnlar Skärholmen” (dnr 133411-2016). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Trafikverket meddelade den 11 november 2016 att konsortiet mellan ASTALDI S.p.A. och Gülermak Agur Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. antagits som entreprenör (i det följande benämnda Konsortiet).

**Hochtief Infrastructure GmbH Tyskland Sverige Filial** (i det följande Hochtief) ansöker om överprövning och yrkar, såsom man slutligen framställt sin talan, i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Konsortiets anbud inte ska ingå och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Hochtief har, såsom man slutligen framställt sin talan, anfört följande grunder till stöd för sitt förstahandsyrkande. Trafikverket har brutit mot 12 kap. 3 § LOU såsom bestämmelsen ska tillämpas enligt EU-domstolens praxis och bakomliggande EU-direktiv eftersom man antagit ett mycket lågt anbud utan att kontrollera om anbudet är onormalt lågt och utan att begära en förklaring till det onormalt låga anbudspriset. Trafikverket har även brutit mot likabehandlings- och öppenhetsprincipen och mot bestämmelsen i 11 kap. 11 § andra stycket punkten 1 LOU, genom att anta ett anbud som inte uppfyller kraven på referenser och som inte heller är komplett. Hochtief åberopar i denna del bl.a. ett utlåtande från professor [REDACTED] daterat den 8 januari 2017. Hochtief anför till stöd för sitt andrahandsyrkande bl.a. att Trafikverket inte har efterfrågat bevis på anbudsgivarnas tekniska kapacitet, genom inhämtande av referenser, i enlighet med 11 kap. 11 § andra stycket punkten 1 LOU och att denna brist i förfrågningsunderlaget hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, varför upphandlingen ska göras om. Hochtief, som placerades på andra plats i utvärderingen, har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av Trafikverkets förfarande.

**Trafikverket** bestrider bifall till ansökan.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Handläggningen

Förvaltningsrätten beslutade den 28 december 2016 att avslå Hochtiefs yrkanden om att inhämta yttrande från Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten samt yrkandet om muntlig förhandling. Hochtief fick samtidigt tillfälle att senast den 9 januari 2017 slutföra sin talan i målet. Förvaltningsrätten avslog den 30 december 2016 Hochtiefs begäran om anstånd med att slutföra talan. I yttrande som kom in till domstolen den 9 januari 2017 vidhåller Hochtief de yrkanden och grunder som tidigare framförts och åberopar ett utlåtande från professor [REDACTED] daterat den 8 januari 2017 (Legal Opinion on Questions of EU Public Procurement Law concerning the Phenomenon of "Abnormally Low Tenders"). Hochtief anger vidare bl.a. följande i sitt yttrande. Målet är inte färdigutrett. Hochtief avser att komma in med ett kompletterande yttrande och förbehåller sig rätten att ge in ett fullständigt utlåtande från professor [REDACTED] som även kan komma att syfta till att styrka argumentationen avseende användandet av kriterier för verifiering av en anbudsgivares tekniska kapacitet. Det är av avgörande betydelse för målets utredning att Hochtiefs samtliga yttranden jämte bilagor samt det kommande rättsutlåtandet från professor [REDACTED] kommuniceras med Trafikverket och att verket föreläggs svara och beskriva om och i så fall vilken metod man tillämpar för att kunna identifiera onormalt låga anbud.

Hochtief har i målet fört ett omfattande resonemang kring såväl frågan om Konsortiets anbudspris och Trafikverkets förfarande med anledning av detta, som uppställda krav på referenser och Konsortiets uppfyllelse av desamma. Förvaltningsrätten finner med utgångspunkt i vad parterna anfört om omständigheterna i sak att målet är tillräckligt väl utrett och att upphandlingsförfarandet kan utsättas för en effektiv granskning utan att ytterligare uppgifter och information tas in (jfr 8 § FPL och HFD 2015 ref. 55).

Rättsliga utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Hochtief har anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Hochtief lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Den nu aktuella upphandlingen annonserades i TED (Tenders Electronic Daily) den 19 februari 2016. Upphandlingen har således påbörjats före den 18 april 2016, varför Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster är tillämpligt (jfr artikel 90.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EU-domstolens dom i mål C-576/10 p. 52-53, HFD 2013 ref. 31, prop. 2006/07:128 sid. 447 och prop. 2009/10:180 sid. 310).

Onormalt lågt anbud

En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar (12 kap. 3 § LOU).

**Hochtief** framför bl.a. följande.

Det föreligger en skyldighet för upphandlande myndigheter att bedöma om inkomna anbud är onormalt låga och att skriftligen begära att anbudsgivare förtydligar sitt priserbudande för det fall det är onormalt lågt samt att förkasta anbudet om anbudsgivaren inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga anbudspriset. En vedertagen metod för att bedöma om ett anbud är onormalt lågt är att jämföra anbuderna med varandra. Prisskillnaden mellan Konsortiets anbud och Hochtiefs anbud är ca 63 miljoner kr. Konsortiets anbudssumma är 43 % lägre jämfört med det dyraste anbudet i upphandlingen, vilket måste anses som en mycket stor prisskillnad, särskilt mot bakgrund av att upphandlingen avser ett projekt där standardiserad teknik används och det inte finns utrymme för olika innovativa lösningar, särskilt kostnadseffektiva metoder eller andra tekniska lösningar som annars kan vara en godtagbar förklaring till ett mycket lågt pris. Grundkostnaderna är således samma för samtliga leverantörer. Även i jämförelse med Hochtiefs anbudssumma utmärker sig Konsortiets anbud som onormalt lågt med tanke på att prisskillnaden uppgår till ca 18 %. I upphandlingen finns en detaljerad kravspecifikation avseende hur projektet ska utföras samt vissa tider som entreprenören måste hålla sig till vid projektets utförande. Regleringar i förfrågningsunderlaget (AFD.135 och AFD.42) innebär att det på förhand är i princip fastslaget hur arbetet ska utföras och i vilken ordning och inom vilka tider. Trafikverket synes inte ha begärt att få se någon tidsplan från Konsortiet och verkets uppfattning om Konsortiets anbud är därmed inte grundat på fakta. Projektet kräver dessutom högkvalitativ betong, vilket innebär ökade materialkostnader. Ramarna för kontraktets utförande lämnar mycket litet utrymme för valmöjligheter vid utförandet och de alternativa lösningar som är möjliga, motsvarar inte en prisskillnad på 60 miljoner kr. Av protokollet från anbudspresentationen (dokumentet "Minutes") framgår att Konsortiets anbud inte innehåller några speciella tekniska lösningar utan att det bara

följer kraven i upphandlingen. Det är således visat att Konsortiet inte kommer att lösa uppgiften med ”egna innovativa lösningar” eller att leverantören kommer att tillämpa någon annan innovativ design. Av protokollet från anbudspresentationen kan inte heller utläsas att Trafikverket har fått någon detaljerad information om Konsortiets anbud, varför Trafikverket inte kan ha verifierat att anbudet är seriöst menat och att projektet kommer att kunna utföras till offererat pris och kvalitet.

I den av Konsortiet återopade entreprenaden Basarab översteg den slutliga entreprenadsumman kraftigt den summa som följer av entreprenadkontraktet. Detta är en tydlig indikation på att beräkningarna av kostnaderna för stora projekt är mycket lägre än de faktiska kostnaderna, vilket styrker att Konsortiets anbud är onormalt lågt. Detta utgör även ytterligare ett skäl för Trafikverket att begära in en formell förklaring till anbudspriset eftersom det finns skäl att misstänka underprissättning av projektet i relation till den faktiska kostnaden. Konsortiets anbud förefaller således vara onormalt lågt och det har därmed ålegat Trafikverket att, i enlighet med EU-domstolens uttalanden och bakomliggande EU-direktiv, skriftligen begära att Konsortiet förtydligar sitt priserbjudande och förklarar sitt onormalt låga pris. Då detta inte har skett har Trafikverket agerat i strid med 12 kap. 3 § LOU såsom bestämmelsen ska tolkas i ljuset av EU-direktiv och EU-domstolens praxis. I 12 kap. 3 § LOU finns ett inneboende krav på att den upphandlande myndigheten ska göra en objektiv bedömning av ett anbudspris. En godtycklig tillämpning av reglerna avseende onormalt låga anbud innebär att den upphandlande myndigheten helt godtyckligt kan välja när den vill undersöka ett lågt anbud närmare, eller inte, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Trafikverket har försummat sin skyldighet att göra en objektiv bedömning av Konsortiets anbud. Det är inte tillräckligt att, såsom Trafikverket gjort, konstatera att anbudet inte är onormalt lågt utan att motivera denna ståndpunkt. Flera andra medlemsstater har infört ramar för när en upphandlande myndighet behöver undersöka ett lågt anbud närmare. Enligt vissa tyska

förbundsländers upphandlingsregler är en upphandlande myndighet i princip skyldig att begära förtydligande avseende beräkningen av pris av en anbudsgivare som har lämnat ett anbud där prisskillnaden till anbudet närmast i utvärderingen är minst 10 %.

Hochtief ställer sig även frågande till om den anbudspresentation som Trafikverket hållit med Konsortiet skett i enlighet med likabehandlingsprincipen och 9 kap. 8 § LOU. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att anbudspresentation ska hållas och anbudsrepresentationer borde vidare ha hållits med samtliga leverantörer som lämnat giltiga anbud. Av protokollet från anbudspresentationen framstår det även som att Konsortiet fått förtydliga om anbudet uppfyller referenskraven i punkten 4.2 i anbudsformuläret.

**Trafikverket** invänder bl.a. följande.

Det är den upphandlande myndigheten som i varje enskilt fall får avgöra vad som är ett orimligt lågt anbud. Trafikverket har konstaterat att Konsortiets anbud är lågt, men verket har dock inte bedömt att anbudet varit onormalt lågt. Någon anledning eller skyldighet att i det läget be om en förklaring avseende Konsortiets anbudspris föreligger därför inte. Även om det är förenligt med unionsrätten att en upphandlande myndighet gör en jämförelse mellan inkomna anbud vid bedömningen av om ett anbud är orimligt lågt eller inte, är det fortfarande den upphandlande myndigheten som avgör och väljer metod. Trafikverket hade inför tilldelningen en anbudsgenomgång med den tilltänkte leverantören, vilket är ett normalt förfarande vid upphandlingar såsom den aktuella. Konsortiet fick vid anbudsgenomgången möjlighet att redovisa hur man avsåg att genomföra entreprenaden med avseende på förhållanden som anses kritiska för uppdraget såsom organisation, etappindelningar och trafiklösningar under byggtiden. Ingenting har framkommit i Konsortiets anbud eller vid anbudsgenomgången som gett Trafikverket anledning att misstänka att anbudet inte var seriöst menat eller att

Konsortiet inte kommer att kunna genomföra kontraktet i enlighet med offererat pris samt upprätthålla kraven för uppdragets genomförande. Hochtiefs påstående om att upphandlingen avser ett projekt med standardiserad teknik och utan utrymme för olika kreativa lösningar, särskilt kostnadseffektiva metoder eller andra tekniska lösningar stämmer inte. Entreprenaden är en totalentreprenad som innebär betydande möjligheter för entreprenören att lösa uppgiften med egna innovativa lösningar och goda möjligheter att därigenom påverka kostnaderna för entreprenadens utförande, bl.a. i hanteringen av de olika trafikskedena under byggtiden.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

I 12 kap. 3 § LOU, vilken genomför artikel 55 i direktiv 2004/18/EG, anges till skillnad från vad som uttryckligen kan utläsas av direktivet, att en upphandlande myndighet *får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt*. Någon allmän skyldighet att förkasta ett sådant anbud kan således inte utläsas av 12 kap. 3 § LOU och en leverantör har, i den svenska rättstillämpningen, inte heller ansetts kunna kräva att den upphandlande myndigheten ska förkasta en konkurrents anbud för att dess anbudspris bedöms vara onormalt lågt (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1641-07 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1247-09). I artikel 55 i direktivet regleras det förfarande som den upphandlande myndigheten ska tillämpa innan ett anbud förkastas på grund av onormalt lågt pris. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte EU-domstolens uttalanden eller övrig rättspraxis tolkas på så sätt att det skulle föreligga en skyldighet för upphandlande myndigheter att förkasta onormalt låga anbud (jfr EU-domstolens dom i mål C-103/88 Fratelli Costanzo, de förenade målen C-285/99 och C-286/99 Lombardini och Mantovani samt HFD 2016 ref. 3 I och II). Först om den upphandlande myndigheten anser att ett anbud förefaller onormalt lågt och också överväger att förkasta anbudet på den grunden, inträder de skyldigheter för myndigheten att på det sätt som anvisas i direktivet och LOU att närmare undersöka det låga anbudet.



Trafikverket har i förevarande fall gjort bedömningen att Konsortiets anbud inte förefaller vara onormalt lågt och har uppgett att man inte heller övervägt att förkasta anbudet på den grunden. Hochtief har, med hänvisning främst till förfrågningsunderlagets kravspecifikation och regleringen av ingångsättandetid, gjort gällande att utrymmet för olika valmöjligheter vid utförandet av det aktuella projektet är mycket små. Trafikverket bestrider detta och har för sin del pekat på att det upphandlade projektet ger totalentreprenören utrymme för olika tekniska och kreativa lösningar, vilket också medför goda möjligheter för entreprenören att påverka kostnaderna för entreprenadens utförande i t.ex. hanteringen av de olika trafikskedena under byggtiden. Det kan noteras att prisskillnaden mellan det näst lägsta anbudet i upphandlingen, vilket är Hochtiefs eget, och det dyraste anbudet uppgår till ca 154 miljoner kr (ca 30 %). Även denna prisskillnad talar enligt förvaltningsrättens mening närmast för att det funnits utrymme för anbudsgivarna, så även för Konsortiet, att med egna föreslagna lösningar påverka kostnaderna för entreprenadens utförande. Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden inte anledning att ifrågasätta att det förhåller sig på det sätt Trafikverket gör gällande, dvs. att entreprenören haft goda möjligheter att påverka kostnaderna för entreprenadens utförande. Den omständigheten att entreprenadsumman i referensprojektet Basarab blivit högre än kontraktssumman, utgör enligt förvaltningsrätten ingen tydlig indikation - än mindre ett bevis - för att Konsortiets nu lämnade anbudspris skulle vara oseriöst eller att Konsortiets kostnadsberäkningar för det nu upphandlade projektet är lägre än de faktiska kostnaderna.

Förvaltningsrätten anser inte att de omständigheter Hochtief framfört objektivt sett indikerar att Konsortiets anbud skulle vara baserat på tekniskt, ekonomiskt eller rättligt osunda antaganden eller att Konsortiet inte kommer att kunna genomföra kontraktet till offererat pris och avtalade villkor. Utifrån vad som framkommit i målet anser förvaltningsrätten att Trafikverket haft

fog för att uppfatta Konsortiets anbud som seriöst menat. Den bedömning av Konsortiets anbud som Trafikverket företagit, vilken innefattar en anbuds- genomgång med anbudsgivaren, framstår enligt förvaltningsrättens mening som objektiv och saklig och får, utifrån vad som framkommit i målet, anses vara tillräcklig. Enligt förvaltningsrättens bedömning har Trafikverket, genom att i denna situation underlåta att skriftligen begära en närmare förklaring från Konsortiet gällande anbudspriset, inte förfarit i strid med 12 kap. 3 § LOU och det underliggande direktivet. Förvaltningsrätten finner inte heller visat att Trafikverkets förfarande vid bedömningen av Konsortiets anbud står i strid med likabehandlingsprincipen eller någon annan grundläggande princip för offentlig upphandling. Förvaltningsrätten finner således inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

#### Kraven på referenser

I förfrågningsunderlaget föreskrivs bl.a. följande:

#### **AFB.52 Prövning av anbudsgivarens lämplighet**

Beställaren kommer att pröva anbudsgivaren genom att kvalificeringskraven som anges i anbudsformuläret ska vara uppfyllda. Anbudsgivaren ska styrka uppfyllandet av dessa krav genom att inkomma med de uppgifter som efterfrågas i anbudsformuläret.

I anbudsformuläret anges bl.a. följande:

#### **4.2 Uppgifter om teknisk kapacitet,**

Anbudsgivaren ska ha erforderlig teknisk och yrkesmässig förmåga och kapacitet för genomförande av likartad typ av entreprenad som upphandlingen avser. Med entreprenad av likartad typ avses en entreprenad som motsvarar minst följande:

- Entreprenadsumma om minst SEK 50 000 000.
- Stora betongkonstruktioner.
- Arbete i hård trafikerad miljö och med komplexa trafikomläggningar.

Kraven ska uppfyllas av ett och samma referensobjekt, d.v.s. anbudsgivaren får inte uppfylla kraven genom att dela upp dem i flera referensobjekt.

Anbudsgivare ska bifoga till sitt anbud följande bevis som styrker anbudsgivarens tekniska kapacitet:

- En redovisning av minst två (2) entreprenader av likartad typ som pågår eller genomförts av anbudsgivaren.
- Redovisad entreprenad ska vara pågående alternativt avslutad under de fem senaste åren.
- Redovisningen ska innehålla en beskrivning av entreprenad samt uppgift om värde och tidpunkt samt beställare och dennes kontaktperson. Av beskrivningen ska tydligt framgå att den beskrivna entreprenaden är av motsvarande typ på sätt som anges ovan.

Anbudsgivare visar att kravet är uppfyllt genom att inge nedanstående uppgifter [för referensuppdrag 1 respektive 2].

Benämning:	
Beställare:	
Kontaktperson hos beställaren:	
Kontaktpersons telefonnummer:	
Kontaktpersons E-post:	
Tidsperiod:	
Entreprenadsumma i SEK:	
Beskrivning över hur skalkravet på referensobjektet "Stora betongkonstruktioner" uppfylls:	
Beskrivning över hur skalkravet på referensobjektet "Arbete i hård trafikerad miljö och med komplexa trafikomläggningar" uppfylls:	

Bevis bifogas som anbudsbilaga 5.

**Hochtief** gör gällande att Konsortiets anbud borde ha förkastats på grund av att det ifyllda anbudsformuläret inte är komplett. Hochtief pekar dels på att Konsortiet i avsnitt 1 i anbudsformuläret har angett telefonnummer till enskilda personer med polskt landsnummer trots att det i Konsortiet ingående bolaget Astaldi har sitt säte i Italien, dels att Konsortiet såvitt gäller referensuppdrag 2 har angett kontaktpersons telefonnummer utan angivande av landsnummer.

**Förvaltningsrätten** konstaterar att Konsortiet i sitt anbudsformulär har fyllt i uppgift om telefonnummer till konsortiemedlemmarna samt telefonnummer till angiven kontaktperson för referensuppdrag 2. Något uttryckligt krav på att telefonnummer till kontaktperson ska anges med landsnummer finns inte. Mot denna bakgrund och då det bakomliggande syftet med efterfrågade uppgifter i form av telefonnummer inte rimligen kan vara annat än att underlätta för den upphandlande myndigheten – som även begärt uppgift om e-post till anbudsgivare och kontaktperson - att komma i kontakt med rätt personer hos anbudsgivaren respektive beställaren, saknas det enligt förvaltningsrättens mening skäl att förkasta Konsortiets anbud på denna grund.

**Hochtief** gör vidare gällande att Konsortiets anbud inte uppfyller kraven på referenser och att förfrågningsunderlaget i dessa delar är bristfälligt. Hochtief framför i denna del i huvudsak följande.

Av förfrågningsunderlaget och 11 kap. 11 § LOU följer att de två referenser som efterfrågas dels inte får vara äldre än fem år (dvs. inte får vara avslutade före den 19 september 2011 vilket är fem år innan anbudstidens utgång), dels att referenserna måste vara slutförda och styrkta med intyg som innehåller den information som anges i 11 kap. 11 § första stycket punkten 1 LOU. Av kontraktet för projektet Basarab, vilket Konsortiet åberopar som referensuppdrag 2, framgår att entreprenaden ska påbörjas senast 120 (90 +

30) dagar från datum för ingående av kontraktet och att entreprenaden ska slutföras inom 28 månader från påbörjande. Kontraktet ingicks den 10 juli 2006 och arbetena skulle således påbörjas senast den 10 oktober 2006 och slutföras senast den 10 mars 2009. Om arbetena hade slutförts i enlighet med kontraktets villkor skulle entreprenaden varit avslutad för drygt sju år sedan och referensen skulle således inte kunnat användas i upphandlingen utifrån ålderskravet. Av offentliga källor framgår vidare att den aktuella omfartsleden Basarab invigdes och öppnades för trafik i juni 2011 och att ramper och hissar för spårvagnshållplatserna slutligen installerades i augusti 2011. Det huvudsakliga kontraktobjektet, dvs. uppförandet av Basarab överfartsled, var således avslutat i juni 2011 eller i vart fall i augusti 2011. Efter denna tidpunkt kan själva entreprenaden inte anses vara pågående. Referensprojektet avslutades alltså för mer än fem år sedan och kan inte åberopas som referens i upphandlingen.

Av Konsortiets ifyllda anbudsformulär kan utläsas att entreprenaden pågick under tiden juli 2006 – oktober 2012, d.v.s. att den slutfördes 2,5 år för sent jämfört med avtalet. Projektet blev dessutom ungefär dubbelt så dyrt som överenskommet. Dessa uppgifter styrker sammantaget att referensuppdrag 2 inte visar att Konsortiet har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet och erfarenhet som krävs dels enligt punkten 4.2 i anbudsformuläret, dels enligt 11 kap. 11 § andra stycket punkten 2 LOU. Det är anmärkningsvärt att Trafikverket godtar en så kraftigt försenad entreprenad som referens. Trafikverket borde med anledning av dessa uppgifter utreda omständigheterna närmare och granska om referensen i fråga verkligen uppfyller de obligatoriska krav som ställts upp.

Det ”Certifikat på entreprenörens erfarenhet” som Konsortiet gav in som svar på Trafikverkets begäran den 27 oktober 2016, utgör inget formellt intyg som visar när projektet avslutades och färdigställdes enligt rumänska

entreprenadregler. Certifikatet är ett standardformulär som rumänska myndigheter brukar tillhandahålla potentiella anbudsgivare i infrastrukturupphandlingar. Vanligtvis ser en anbudsgivare till att få detta ifyllt av uppdragsgivaren för det projekt som anbudsgivaren vill åberopa i upphandlingen. Det ifyllda certifikatet ges sedan in med anbudet till styrkande av anbudsgivarens erfarenhet. Certifikatet visar bara på erfarenhet, men inte på att entreprenaden är utförd enligt gängse branschnormer och att den slutförts på ett korrekt sätt. Certifikatet är således inget bevis på när ett kontrakt är formellt avslutat. Därtill kommer att Konsortiet inte har visat att byggentreprenaderna som åberopas utförts på ett tillfredsställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för byggentreprenaderna och huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt i enlighet med 11 kap. 11 § andra stycket punkten 1 LOU. De saknade uppgifterna är av avgörande betydelse för att kunna bedöma om anbudsgivaren verkligen har erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Trafikverket har vidare brutit mot 11 kap. 11 § andra stycket punkten 1 LOU genom att godta byggentreprenader som inte är slutförda. En pågående byggentreprenad skulle potentiellt kunna ha pågått i en veckas tid och inte alls utgöra ett bevis på anbudsgivarens tekniska kapacitet. Trafikverket har genom skrivningen i förfrågningsunderlaget efterfrågat referensuppdrag med avseende på värde, tidpunkt och plats, men har helt bortsett från hur dessa har utförts och slutförts. Trafikverket har således inte kunnat verifiera att Konsortiets referenser har utförts på ett tillfredsställande sätt eller om de utförts enligt gängse branschnormer och slutförts på ett korrekt sätt. Trafikverket kan därmed inte veta att Konsortiet har erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet. Förfrågningsunderlaget är bristfälligt eftersom utformningen medför att Trafikverket inte kan kontrollera att anbudsgivarna har erforderlig kapacitet, vilket strider mot 11 kap. 10 § LOU.

**Trafikverket** anför bl.a. följande.

De uppräknade punkterna i 11 kap. 11 § LOU är en bruttolista över vilka bevis för teknisk kapacitet som *får* krävas. Trafikverket har således inte bruttit mot 11 kap. 11 § LOU genom att endast kräva en redovisning av referensuppdrag på sätt som anges i punkten 4.2 i förfrågningsunderlaget. Något intyg om att referensentreprenaderna är utförda enligt gängse branschnormer och slutförda på ett korrekt sätt efterfrågas inte i upphandlingen. Vad som orsakat den förlängda entreprenadtiden framgår inte och kan därför inte tillmätas någon betydelse. Det är inte ovanligt att utförandetiden för anläggningsentreprenader förändras under entreprenadtidens gång på grund av beställarens tilläggsbeställningar och/eller oförutsedda förhållanden i och under mark. Det är heller inget ovanligt att en trafikled öppnas för trafik och därmed i media förklaras färdig, trots att vissa delar av entreprenaden inte är slutförda. Trafikverket har haft fog för att utgå från att den tidsangivelse som redovisats i intyget från beställaren Bukarest kommun är korrekt. Det finns ingen som helst grund för påståendet att den förändrade sluttiden för referensentreprenaden skulle visa på att Konsortiet inte har erforderlig teknisk och yrkesmässig förmåga och kapacitet. Trafikverket har bedömt att ingivet certifikat på ett tillfredsställande sätt visat att referensuppdraget varit avslutat under de fem senaste åren, helt i enlighet med ställt kvalificeringskrav.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Hochtiefs resonemang om att det åberopade referensuppdraget Basarab inte uppfyller ålderskravet enligt punkten 4.2 i förfrågningsunderlaget grundar sig huvudsakligen i att uppdraget, enligt villkoren i kontraktet, skulle ha slutförts under år 2009. Enligt förvaltningsrättens mening är dock en logisk utgångspunkt vid bedömningen av när en entreprenad ska anses vara avslutad, den tidpunkt då de arbeten som enligt entreprenadavtalet ska utföras i

praktiken har utförts. Konsortiet har i anbudsformuläret angett att den ifrågasatta entreprenaden pågick under tidsperioden juli 2006 – oktober 2012. I det certifikat som Konsortiet kommit in med preciseras tidpunkten för slutförandet av kontraktet till den 12 oktober 2012. Förvaltningsrätten gör bedömningen att Trafikverket haft fog för att utgå från att de tidsangivelser som anges i Konsortiets anbudsformulär och i inlämnat certifikat är korrekta. Något stöd för att ålderskravet ska bedömas utifrån när det ”huvudsakliga kontraktobjektet” avslutats, vinner enligt förvaltningsrättens mening inte heller stöd i hur kravet i punkten 4.2 rent språkligt är utformat.

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka krav som ska ställas i upphandlingen och vilka bevis som anbudsgivaren ska ge in för att visa att kraven uppfylls. Trafikverket har i förevarande fall bl.a. begärt att anbudsgivaren ska styrka den tekniska kapaciteten genom att bifoga en redovisning av minst två entreprenader och att redovisningen ska innehålla en beskrivning av entreprenaden samt uppgift om värde och tidpunkt samt beställare och dennes kontaktperson. Konsortiet har fyllt i samtliga de uppgifter som efterfrågas i anbudsformuläret. Den redovisning som Konsortiet lämnat innehåller vidare de uppgifter som efterfrågas av Trafikverket som bevis. Något ytterligare krav på att anbudsgivaren ska ge in ett ”formellt intyg” ställs inte i punkten 4.2 i förfrågningsunderlaget.

Syftet med 11 kap. 11 § LOU är att ge upphandlande myndigheter möjlighet att försäkra sig om att de leverantörer som lämnat anbud har kapacitet att utföra uppdraget innan anbuden utvärderas. För att tillgodose lagens huvudsyfte att främja konkurrensen, har dock de sätt på vilka teknisk kapacitet kan styrkas begränsats genom uppräkningslistan i 11 kap. 11 § LOU. Syftet med bestämmelsen är dock inte att begränsa upphandlande myndigheters möjligheter att fastställa vilken nivå avseende teknisk kapacitet och förmåga som får uppställas. Mot denna bakgrund kan det enligt förvaltningsrättens mening inte anses oförenligt med 11 kap. 11 § LOU att tillåta att teknisk och



yrkesmässig kapacitet styrks även genom pågående uppdrag eller att, på det sätt Trafikverket gjort, endast kräva en redovisning av referensuppdrag som skett i punkten 4.2 i förfrågningsunderlaget. Mot den bakgrunden finns det inte heller grund för att diskvalificera Konsortiets anbud utifrån att det inlämnade certifikatet från Bukarest kommun saknar uttrycklig uppgift om huruvida referensuppdraget utförts på ett tillfredsställande sätt, huruvida det utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt (jfr 11 kap. 11 § andra stycket punkten 1 LOU). Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Konsortiet i sitt anbud har lämnat de uppgifter som krävs för att kvalificeringskraven enligt punkten 4.2. ska anses uppfyllda och gör bedömningen att Trafikverket har agerat i enlighet med 11 kap. 11 § LOU och de grundläggande principerna för offentlig upphandling vid bedömningen av Konsortiets åberopade referensuppdrag 2.

Förvaltningsrätten finner inte heller att förfrågningsunderlaget i dessa delar är utformat i strid med 11 kap. 11 § LOU eller att kraven är utformade på ett sätt som förhindrar Trafikverkets möjligheter till kontroll av lämpligheten hos leverantörer i den mening som avses i 11 kap. 10 § LOU.

#### *Sammanfattning*

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU på de av Hochtief åberopade grunderna. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Lennart Andersson

rådman