



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 31

DOM
 2017-03-07
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 23716-16

SÖKANDE

Vattenfall Services Nordic AB, 556417-0859
 169 92 Stockholm

Ombud: Bolagsjurist Richard Henriksson

MOTPART

Svenska Kraftnät, 202100-4284

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

SAKEN

Upphandling inom området energi

KONKURRENSVERKET	
2017-03-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 805960

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

YRKANDEN M.M.

Svenska kraftnät genomför, som förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). En upphandling av förnyelse av 200 kV stamnätsanläggning ÄT22 Gråska (dnr 2015/2171). I tilldelningsbeslut daterat den 26 oktober 2016 meddelade Svenska kraftnät att man avser att anta anbudet från ABB AB (ABB).

Vattenfall Service Nordic AB (Vattenfall) yrkar att upphandlingen ska rättas genom att ABB:s anbud förkastas. Som grund anförs att ABB:s anbud har ett otillåtet alternativt utförande och inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget ställda skall-kravet att jordningskopplare ska vara fristående från frånskiljande brytare. Till stöd för sin talan anför Vattenfall bl.a. följande.

Av anbudsinjudan framgår att förfrågningsunderlaget med dess bilagor innehåller ett antal så kallade skall-krav, och att anbudet ska innehålla uppgifter av ett visst slag eller, på annat sätt, bevis eller utfästelse att det enskilda kravet uppfylls. I punkten 8.1 anges att anbudet ”skall” innehålla utförliga beskrivningar av hur kraven som anges i den tekniska beskrivningen är uppfyllda. Svenska kraftnät har vidare, genom e-post till Vattenfall 2016-08-09 (e-postmeddelandet), på en direkt fråga bekräftat att skall-kraven i både anbudsinjudan och anbudsformuläret gäller.

Av anbudsformuläret framgår också under punkten 10 att offererad teknisk lösning ska vara ”i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget”, att en beskrivning av teknisk lösning för entreprenaden ska bifogas anbudet och att denna lösning ska innehålla dels leveransomfattningen, dels minst vissa särskilt angivna tekniska beskrivningar. Det är således ett skall-krav att bifoga tekniska beskrivningar som visar att kraven har uppfyllts.

Vattenfall anser att om det av förfrågningsunderlaget framgår att ett krav är obligatoriskt, är det inte avgörande om detta uttrycks med ”skall”, ”ska” eller något annat ord. Detsamma gäller huruvida ordet är fetmarkerat; e-postmeddelandet ger klart besked om att det kan förekomma obligatoriska krav som inte är fetmarkerade. Den generella föreskriften TR01-09 saknar också betydelse för förvaltningsrättens prövning eftersom det är den anläggningsdata, som återfinns i förfrågningsunderlaget, som gäller.

Kravet att jordningskopplare ska vara fristående från frånskiljande brytare framgår tydligt för en tekniskt kunnig läsare t.ex. av driftsschemat i förfrågningsunderlaget, och i den tekniska beskrivningen under rubriken 3.7.9. I bilagan ”Gråska 220 Enlinjeschema 160408” visas en lösning som innebär att jordningskopplare ska vara fristående från frånskiljande brytare. I vart fall framgår det tydligt av denna handling hur anläggningen ska utföras, och jordningskopplarna har placerats längst ut mot kraftledningarna samt mot T1 och T2. Kravet har förtydligats i *Frågor och svar* där Svenska kraftnät i punkten 7 har angett att jordningskopplare ”skall” vara fristående från frånskiljande brytare enligt förfrågningsunderlaget. I protokoll från anbudsomgång har detta krav på nytt bekräftats.

ABB har i sitt ifyllda anbudsformulär inte bekräftat att alla kontraktsvillkor accepteras utan reservation, utan hänvisar i punkten 15 till ”kommentarer och förtydliganden”. Där framgår tydligt att ABB inte uppfyller kravet om jordningskopplare. ABB har offererat en alternativ lösning som kombinerar jordningskopplare på strömbrytare för alla utgående eller inkommande fack. För samlingskena (A220 S1 och S2) är jordningskopplarna dock fristående. Det måste förstås som ett otillåtet alternativt utförande eller som en otillåten reservation. Beskrivningen innebär också att skall-kravet, att visa hur kraven i den tekniska beskrivningen ska uppfyllas, inte är uppfyllt. Att ABB:s anbud inte uppfyllde kraven framgår även av deras layoutritningar. Protokollet

från anbudsgenomgången med ABB bekräftar att kravet inte uppfyllts, enär ”ABB reviderar sitt anbud för denna förutsättning”.

Ett förhandlat förfarande innebär inte att förhandlingsrätten sträcker sig så långt att Svenska kraftnät kan uppmana ABB att vidta åtgärder för att läka brister i sitt orena anbud. Svenska kraftnät har varit skyldigt att först pröva om ABB:s anbud uppfyllde obligatoriska krav, innan man kunnat ge sig in i förhandlingar med ABB om innehållet i dess anbud.

ABB:s orena anbud borde ha förkastats. Svenska kraftnät har tillåtit ABB att ”läka” sitt orena anbud inom ramen för förhandlingsförfarandet vid anbuds-
genomgången. Det var inte fråga om uppenbar felskrivning eller felräkning eller annat uppenbart fel enligt 9 kap. 8 § LUF, utan om att ABB medvetet hade valt att offererad en lösning som inte uppfyller kraven i förfrågnings-
underlaget. Genom att tillåta ABB att läka sitt anbud och tillföra nya sak-
uppgifter, har Svenska kraftnät åsidosatt likabehandlingsprincipen.

Av punkten 7.2 i anbudsinvjudan framgår att Svenska kraftnät kommer att anta det anbud som har lägst utvärderingspris. För att upphandlande enhet ska få tillåta en anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden enligt 6 kap. 10 § LUF krävs att den avser att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Alternativa anbud är således förbjudna när den upphandlande enheten antar det anbud som har lägst utvärderingspris. Även på denna grund borde ABB:s anbud ha förkastats.

Att Vattenfall i sitt anbud har lämnat option på en lösning med frånskiljande brytare och påbyggda jordningskopplare kan inte på något sätt tas till intäkt för att Vattenfall skulle anse en sådan lösning vara i enlighet med förfrågningsunderlaget. Vattenfall har förstått att kravet på fristående jordningskopplare var obligatoriskt, och har lämnat huvudanbud i enlighet med denna krävda lösning. Däremot skulle Svenska kraftnät, om man så hade önskat, i

den senare förhandlingen kunnat välja den lösning som Vattenfall lämnade en option på. Vattenfall skulle inte ha haft några synpunkter på om ABB hade agerat på samma sätt, dvs. lämnat ett rent huvudanbud och erbjudit en alternativ lösning som option.

I upphandlingen har Svenska kraftnät varit av uppfattningen att Vattenfalls anbud uppfyllde kraven. Vattenfalls anbud har avsett ihåliga isolatorer av komposit-utförande, dvs. helt och hållet i enlighet med förfrågningsunderlaget och de tekniska riktlinjerna. Svenska kraftnät har därefter, under förhandlingen, valt att kräva att samtliga isolatorer ska vara av porslin, vilket Vattenfall har accepterat. Om Svenska kraftnät vid rättelse utesluter även Vattenfalls anbud kommer det att leda till ännu en överprövningsprocess. En uteslutning av Vattenfall i nästa skede innebär att hela upphandlingsförfarandet måste tas om, då inget anbud skulle återstå. Om Svenska kraftnät efter förvaltningsrättens dom avser att förkasta Vattenfalls anbud eller inte, är inget som förvaltningsrätten kan beakta.

Vattenfall hade det näst lägsta anbudspriset. ABB och Vattenfall är de enda två anbudsgivarna. Om ABB:s anbud hade förkastats skulle kontraktet ha tilldelats Vattenfall. Vattenfall har således lidit skada till följd av att Svenska kraftnät, i strid mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen samt mot vad som angivits i förfrågan, har upptagit ABB:s anbud till prövning.

Svenska kraftnät bestrider ansökan och anför bl.a. följande. Det valda förfarandet innebär att Svenska kraftnät har rätt att förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, bl.a. för att anpassa anbuden till kraven i anbudsinbjudan. Detta följer av 4 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och utrymmet för förhandlingar är i vart fall inte mindre i försörjningssektorn.

Det finns i upphandlingen inget obligatoriskt krav att jordningskopplare ska vara fristående från frånskiljande brytare. Varken driftsschemat eller hänvisningen till detta i den tekniska beskrivningen ger något uttryck för att schemat skulle innefatta ett krav av sådant slag. I vart fall är eventuellt sådant krav inte obligatoriskt, och det har därför varit berättigat att låta det omfattas av de förhandlingar som syftade till att anpassa anbudet till ställda krav i övrigt, för övrigt helt i överensstämmelse med vad som förutskickas i anbudsinvitan. Det sägs i detta sammanhang inget om "skall-krav" eller "krav" i övrigt. Driftsschemat kan inte ges annan betydelse än vad som följer av förfrågningsunderlaget.

I avsnittet 3.1 i anbudsinvitan framgår att "Vissa av dessa krav är skall-krav angivna med **skall**, vilket innebär att anbudet ska innehålla uppgifter av visst slag eller att anbudet på annat sätt ska innehålla bevis eller utfästelse att det enskilda kravet uppfylls". Endast krav, som särskilt har markerats i fet stil, är alltså obligatoriska. Ordet "ska" förekommer i en mängd andra sammanhang men avser då annat än obligatoriska krav. I samma avsnitts tredje stycke förklaras att övriga krav i detta förfrågningsunderlag som inte uttryckligen avser vad anbudet ska innehålla utgör kontraktsvillkor och behöver uppfyllas först efter upphandlingskontraktets ingående. I avsnittet 8.1 klargörs att förhandlingar kan komma att omfatta sådant som avses med dessa övriga krav, förutsättningar m.m. Där anges även att Svenska kraftnät inom ramen för förhandlingarna kan komma att godta mindre förändringar av och avvikelser från den tekniska beskrivningen så länge det inte innebär att LUF överträds.

I den tekniska beskrivningens avsnitt 3.7.9 anges uttryckligen att jordningskopplare ska vara utförda och provade enligt TRO1-09. Något annat krav ställs inte i avsnittet. Den nämnda riktlinjen medger tre olika montagesätt, bl.a. det som ABB föreslog i sitt anbud. I stamnätet finns frånskiljande brytare med påbyggda jordningskopplare i flera stationer. Driftsschemana för dessa är ritade på olika sätt. Antingen ritas det som två fristående apparater

med två symboler, eller som en gemensam apparat med en symbol. Detta visar att det inte finns något entydigt sätt att symbolisera frånskiljande brytare med påbyggd jordningskopplare. Den signifikanta skillnaden mellan påbyggda och separat monterade jordningskopplare är extra betong och schaktarbeten, vilka leder till extra kostnad om mindre än en procent.

Distinktionen mellan obligatoriska och övriga krav följer gemenskapsrätten, se EU-domstolens avgörande C-561/12 *Nordecon*, och svensk lag. Även om ABB:s offererade lösning skulle anses ha avvikit från något krav i anbuds-
inbjudan, vore det fråga om en sådan mindre avvikelse som kan godtas enligt punkten 8.1 i anbudsinbjudan. Den anpassning som ABB under förhandlingarna gjorde av sitt anbud i detta avseende hade ingen inverkan på vilken anbudsgivare som tilldelades kontraktet.

Det bestrids att ABB genom den tillagda bisatsen i punkten 15 i anbudsformuläret skulle ha gjort någon reservation mot kontraktsvillkoren. ABB:s lösning med att kombinera jordningskopplare på strömbrytare etc. är helt i överensstämmelse med vad förfrågningsunderlaget kräver, där TRO1-09 är den tekniska riktlinjen för "Frånskiljare i utomhusutförande 12-420 kV". Det står härigenom klart att förfrågningsunderlaget uttryckligen tillåter såväl att jordningskopplarna är fristående från brytarna, som att de är kombinerade på det sätt som ABB föreslagit i sitt anbud. Lösningen innebär varken ett otillåtet alternativt utförande eller en otillåten reservation. Inte heller ABB:s layoutritningar innebär något sådant. Förhandlingarna har skett med iakttagande av principerna om objektivitet och likabehandling.

Vattenfall hänvisar till handlingar som inte är del av förfrågningsunderlaget, utan har tillkommit i ett senare och helt annat sammanhang. Vissa lösryckta meningar från förhandlingsskedet kan inte tas till intäkt för att förfrågningsunderlaget skulle ha ett annat innehåll än vad som faktiskt kan konstateras.

Svenska kraftnät delar inte Vattenfalls uppfattning att e-postmeddelandet kan tas till intäkt för att det i anbudsinbjudan beskrivna fetstilta begreppet ”skall” skulle sakna betydelse. Anbudsformuläret innehåller i sig inga krav utan utgör endast ett dokument genom vilka anbudsgivarna ska visa uppfyllelsen av de krav som uppställts i anbudsinbjudan och vartill anbudsinbjudan hänvisar. Vattenfalls tolkning av meddelandet är alltför långsökt. Punkten 10 i anbudsformuläret innehåller inget krav som går utöver vad som följer avsnittet 8.1 i anbudsinbjudan.

Genom ”Frågor och förtydligande”, som tillställdes ABB den 2 september 2016, meddelade Svenska kraftnät efter anbudstidens utgång sitt val av den aktuella lösningen i fråga om jordningskopplare. Bekräftelsen i protokollet från månaden efter kan inte tas till intäkt för att det redan i anbudsskedet skulle ha gällt något sådant krav i strid med vad som framgick av förfrågningsunderlaget. Det förhållandet att det i ett protokoll från en anbudsgenomgång under förhandlingsskedet har gjorts en anteckning om att ”Jordningskopplare ska vara fristående från frånskiljande brytare enligt förfrågningsunderlaget” betyder inte att ett sådant krav gällde redan från början.

Vattenfall lämnade option med påbyggda jordningskopplare och ansåg uppenbarligen att en sådan lösning inte stod i strid med något obligatoriskt krav och inte gjorde ett otillåtet alternativt utförande. Att Svenska kraftnät i de senare förhandlingarna valde lösningen med fristående jordningskopplare saknar relevans för frågan om ABB:s anbud var förenligt med förfrågningsunderlaget. Däremot offererade Vattenfall i sitt anbud isolatorer av komposit, trots att förfrågningsunderlaget ställde krav på att vissa av isolatorerna skulle vara av porslin. Svenska kraftnät medgav Vattenfall att anpassa sitt anbud till efterkommande av detta krav och samtidigt justera sitt anbudspris. Eftersom bägge anbudsgivarna har tillåtits att under förhandlingarna anpassa sina anbud till de slutliga tekniska kraven, har Svenska kraftnät inte brutit mot likabehandlingsprincipen. Det är dock en artskillnad i och med att ABB:s anbud

faktiskt uppfyllde kraven enligt förfrågningsunderlaget fast det under förhandlingarna fick anpassas till den lösning som Svenska kraftnät slutligt valde, medan Vattenfalls anbud inte alls uppfyllde det tekniska kravet att vissa isolatorer skulle vara av porslin. Vattenfalls offererade isolatorer var massiva, inte ihåliga. Det innebär att Vattenfalls anbud inte uppfyllde kraven på att massiva isolatorer skulle vara av porslin och ihåliga skulle vara av komposit.

Om Vattenfalls ansökan om överprövning vinner bifall på anförda grunder, skulle det medföra att Svenska kraftnät vid en rättelse måste utesluta även Vattenfalls anbud. Bägge anbuden har bedömts på ett likartat sätt avseende vilka anpassningar som har tillåtits i förhållande till de tekniska krav som slutligen bestämts. I vart fall har inte Vattenfall bedömts strängare än ABB i dessa avseenden. Vattenfall har därför inte riskerat att lida skada till följd av de påstådda brotten mot LUF. Skaderekvisitet är inte uppfyllt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lag

Den 1 januari 2017 träder den nya lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna i kraft. Frånsett några här ej aktuella undantag gäller, enligt övergångsbestämmelsernas punkt 4, den upphävda lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Sistnämnda lag är alltså tillämplig i detta mål, och förkortas i denna dom LUF. Med LOU avses i denna dom, liksom i Svenska kraftnäts inlaga, lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, fastän den också har upphävts genom likadana övergångsbestämmelser i den nya lagen (2016:1145).

Allmänt om LUF

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LUF besluta att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vad som enligt ovan anges om upphandlande enheter i 1 kap. 24 § och 16 kap. 6 § LUF är detsamma som anges om upphandlande myndigheter i 1 kap. 9 § och 16 kap. 6 § LOU. Därför anser förvaltningsrätten att också praxis, där sistnämnda bestämmelser i LOU eller de principer som stadgas där har tolkats, kan tillämpas för att tolka 1 kap. 24 § och 16 kap. 6 § LUF. Enligt EU-rättslig praxis strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven, (se EU-domstolens avgörande C-243/89, *Stora Bält*).

Ett anbud med reservationer i strid mot förfrågningsunderlaget ska normalt förkastas. Detta gäller också för förhandlade förfaranden enligt LUF, (se Kammarätten i Sundsvalls dom den 7 juli 2015, mål nr 722-15). Undantag kan göras i speciella situationer som t.ex. om ett fullgörande skulle kräva mycket omfattande investeringar innan kontrakt tecknats, (jfr Kammarätten i Göteborgs dom den 16 juni 2014, mål nr 1336-14).

Allmänt om förhandlande förfaranden

Enligt 2 kap 9 § LUF avses, med *förhandlat förfarande*, ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Enligt 11 kap. 9 § LUF ska vid förhandlat förfarande en upphandlande enhet välja ut eller utesluta leverantörer enligt de kriterier och grunder som enheten angett och gjort tillgängliga för berörda leverantörer. Även om upphandlande myndighet/enhet har behörighet att förhandla i ett förhandlat förfarande, är den dock alltid skyldig att se till att villkoren i kontraktshandlingarna som den frivilligt har valt att göra tvingande iakttas, (jfr EU-domstolens förstainstansrätts avgörande T-40/01, *Scan Office Design*).

I 4 kap. 3 § LOU anges att vid förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandlingen och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet. Paragrafen motsvarar artikel 30.2 i EU-direktivet (2004/18/EG) vilket ligger till grund för LOU. Ingen motsvarande bestämmelse finns i EU-direktivet (2004/17/EG), vilket ligger till grund för LUF. Dock anges i artikel 1.9. c) att vid förhandlat förfarande vänder sig den upphandlande enheten till utvalda ekonomiska aktörer och förhandlar om villkoren i kontraktet med en eller flera av dessa. Detta har implementerats genom 2 kap. 9 § LUF. Förvaltningsrätten instämmer i Svenska kraftnäts tolkning att, vid ett förhandlat upphandlingsförfarande, en upphandlande enhet enligt LUF i vart fall inte har mindre förhandlingsrätt än vad en upphandlande myndighet har enligt LOU. Förvaltningsrätten anser därför att vad som enligt praxis ansetts omfattas av förhandlingsrätten vid ett förhandlat förfarande enligt LOU också får anses omfattas av den förhandlingsrätt som Svenska kraftnät ägt utnyttja i detta fall.

I kammarrättspraxis avseende förhandlande förfaranden enligt LOU har framhållits att förhandling kan ske för att anpassa inkommande anbud till de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget, men inte för att göra ändringar i förfrågningsunderlaget i större utsträckning än vad som gäller generellt, (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 6 maj 2014, mål nr 558-14). I den mån

det anges i förfrågningsunderlaget om ett angivet krav att detta kan komma att justeras under förhandlandet får dock sådan justering göras, (se Kammarrätten i Stockholms dom den 12 februari 2016, mål nr 6450-15).

Förfrågningsunderlag och kommunikation i upphandlingen

För att en formulering i ett förfrågningsunderlag ska anses utgöra ett skallkrav, dvs. ett obligatoriskt krav vars bristande uppfyllnad i ett anbud medför att detta anbud ska förkastas, måste det uttryckligen framgå av ordalydelsen att det är fråga om ett sådant krav, (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2013, mål nr 240-13, och Kammarrätten i Göteborgs dom den 9 oktober 2013, mål nr 3941-13). När förfrågningsunderlagets innehåll ska bedömas av rätten, ska även det som tillagts genom publika *Frågor och svar* beaktas, (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 2 september 2013, mål nr 1245-13). En förutsättning för att sådana tillägg ska anses utgöra *Frågor och svar* i denna mening är att de är tillgängliga för alla presumtiva leverantörer som hämtat ut förfrågningsunderlaget, (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 7 oktober 2008, mål nr 5042-08). Samtliga dessa tre avgöranden gäller den sektor som omfattas av LOU och inte LUF men det gör, av ovan redovisade skäl, enligt förvaltningsrättens uppfattning ingen relevant skillnad.

I Svenska kraftnäts anbudsinvitan, punkten 3.1, anges under rubriken ”Skall-krav m m” följande (markeringar med fet text i original):

I detta förfrågningsunderlag med bilagor finns ett antal krav angivna. Vissa av dessa krav är skall-krav angivna med ”**skall**”, vilket innebär att anbudet ska innehålla uppgifter av visst slag eller att anbudet på annat sätt ska innehålla bevis eller utfästelse att det enskilda kravet uppfylls.

Anbud **skall** således innehålla de upplysningar, handlingar, bevis, beskrivningar m m som erfordras för att visa att samtliga skall-krav i denna upphandling är uppfyllda. Om upplysningar m m saknas, är kortfattade, intetsägande eller på annat sätt svårtolkade kan Svenska kraftnät sakna möjlighet att bedöma om kraven är uppfyllda och detta kan leda till att anbudet utesluts från vidare medverkan i upphandlingen.

Leverantörer uppmärksammas på att övriga krav i detta förfrågningsunderlaget som inte uttryckligen avser vad anbudet ska innehålla utgör kontraktsvillkor, och behöver således uppfyllas först efter upphandlingskontraktets ingående.

Genom att lämna in anbud i denna upphandling accepterar leverantören samtliga krav, villkor och förutsättningar m m i förfrågningsunderlaget om inte annat framgår anbudet. Svenska kraftnät förbehåller sig rätten att under anbudsutvärdering eller under förhandlingar, inför tilldelning av kontraktet eller vid annat tillfälle begära ytterligare upplysningar eller klargöranden kring hur kraven i förfrågningsunderlaget kommer att uppfyllas.

Vidare anges i punkten 8.1 att inom ramen för det förhandlade förfarandet kan Svenska kraftnät på eget eller enskild leverantörs initiativ godta mindre förändringar eller avvikelser så länge dessa inte innebär att reglerna i LUF överträds. Förvaltningsrätten konstaterar följande:

- Krav kan finnas både i själva anbudsinbjudan och i förfrågningsunderlagets bilagor.
- Obligatoriska krav är angivna med ordet ”skall” i fet stil.
- Övriga krav kan vara förhandlingsbara på motsvarande sätt som i det ovan refererade kammarrättsavgörandet 6450-15.

I den tekniska beskrivningen finns, under punkten 3.7.9, inget krav som är markerat med ordet skall eller som är markerad med fet stil. Däremot står det att jordningskopplare ”ska vara utförda och provade enligt TR01-09”. Vattenfall har anfört att det under denna punkt framgår att jordningskopplare ska vara fristående från frånskiljande brytare. Förvaltningsrätten anser att inget sådant kan utläsas under punkten. Inte heller kan förvaltningsrätten utläsa ett sådant obligatoriskt krav av skisserna. Att ställa ett obligatoriskt krav som inte alls formuleras i ord, utan som bara kan härledas ur skisser av en tekniskt kunnig person, skulle skapa transparensbrister och oklarheter särskilt vid en eventuell överprövning, och inget tyder på att detta är vad Svenska kraftnät avsett.

I upphandlingen finns, såvitt framkommit, inga publika *Frågor och svar*. Däremot finns e-postmeddelandet från Svenska kraftnät den 9 augusti 2016 som Vattenfall åberopat, samt ”Frågor och förtydligande” den 2 september 2016 där Svenska kraftnät bett Vattenfall svara på vissa kompletterande frågor och ge in vissa förtydliganden. Detta kan inte betraktas som ett tillägg till förfrågningsunderlaget på samma sätt som publika *Frågor och svar* i förekommande fall kan, eftersom det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att ge en anbudsgivare vägledande information om anbuds-lämnandet som de andra inte får, (jfr ovan refererade kammarrättsavgörande 5042-08). Likväl kan det vara skäl för ingripande om en anbudsgivare har fått felaktig eller missledande information, eftersom de grundläggande - principerna bl.a. transparensprincipen ska iakttas i alla skeden av upphandlingsförfarandet, (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 augusti 2008, mål nr 2016-08). Här ska noteras att sista anbudsdag var den 19 augusti 2016, vilket innebär ett e-postmeddelandet skickades under anbudstiden medan ”Frågor och förtydligande” härrör från tiden efter att den sista anbudsdagen passerat.

I e-postmeddelandet anger Svenska kraftnät att ”Skallkraven i både anbuds-inbjudan och anbudsformuläret gäller”. I ”Frågor och förtydligande”, punkt 8, anför Svenska kraftnät att ”Jordningskopplare skall vara fristående från frånskiljande brytare enligt förfrågningsunderlaget”, på vilket Vattenfall svarat ”OK vi har detta i vårt anbud”.

Svenska kraftnät skulle ha brutit mot likabehandlingsprincipen om man infört fristående jordningskopplare som ett obligatoriskt krav och meddelat detta till Vattenfall men inte till ABB. Svenska kraftnät anför att man inte avsett att införa detta som obligatoriskt krav till förfrågningsunderlaget, och ordalydelsen i dess kommunikation med Vattenfall ger inte heller stöd för att så har avsetts. E-postmeddelandet får tolkas som att vad som framgår av anbuds-inbjudan med bilagor gäller i fråga om obligatoriska krav, och såsom

förvaltningsrätten funnit framgår där inget obligatoriskt krav om fristående jordningskopplare. "Frågor och förtydligande" får tolkas som att Svenska kraftnät gör något som får göras i ett förhandlat förfarande, nämligen att med en anbudsgivare som uppfyllt de obligatoriska kraven diskutera anbudets slutliga utformning. Att på grundval av en sådan korrespondens efter anbudstidens utgång förkasta ABB:s anbud, utifrån bristande uppfyllelse av ett krav som ABB saknat rimlig möjlighet att utläsa ur förfrågningsunderlaget, vore ett brott mot transparensprincipen.

Förhandling, ABB.s anbud samt förvaltningsrättens slutsats

Vattenfall menar att Svenska kraftnät brutit mot LOU genom att man tillåtit ABB att läka ett orent anbud inom ramen för förhandlingsförfarandet vid anbudsgenomgången, och att ett förhandlat förfarande inte tillåter Svenska kraftnät att uppmana ABB att vidta åtgärder för att läka brister i sitt orena anbud. Förvaltningsrätten anser att detta påstående, även oavsett det faktum att förvaltningsrätten inte funnit att Svenska kraftnäts anbud är orent, inte stämmer med gällande rätt. I de ovan refererade kammarrättsfallen 558-14 (LOU) och 722-15 (LUF) uttalas tvärtom att en funktion hos förhandlade förfaranden är att anpassa inkomna anbud till de krav som ställs i förfrågningsunderlaget.

Svenska kraftnät har förhandlat med både ABB och Vattenfall. Det har inte framkommit något som talar för att Svenska kraftnät vid dessa förhandlingar har diskriminerat Vattenfall eller på annat sätt överträtt LOU eller någon upphandlingsrättslig princip, eller som talar för att ABB:s anbud borde ha förkastats. Förvaltningsrätten saknar skäl att ta ställning till om Vattenfall uppfyllt de obligatoriska kraven eller huruvida upphandlingen skulle göras om ifall så inte är fallet. Vattenfalls ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Charlotte Hedberg
Rådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I 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.