

**LÄNSRÄTTEN I  
SÖDERMANLANDS LÄN**

**DOM**  
2009-03-09  
Meddelad i  
Nyköping

Mål nr  
3109-08  
Enhet 4

Handläggare:  
Jenny Rangstad Ekenbark

**SÖKANDE**

Vattenfall AB, 556036-2138  
753 82 Uppsala

Ombud:  
Advokat Ulf Djurberg  
Jur. kand. Johanna Kolga  
Setterwalls Advokatbyrå  
Box 1050  
101 39 Stockholm

**MOTPART**

Eskilstuna Energi & Miljö Aktiebolag, 556458-1907  
631 86 Eskilstuna

Ombud:  
Owe Brännberg  
c/o Kommunstyrelseförvaltningen  
631 86 Eskilstuna

**SAKEN**

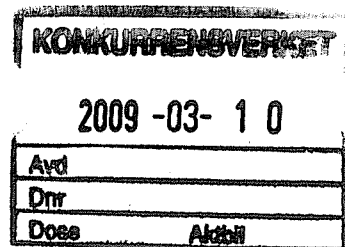
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

**BAKGRUND M.M.**

Eskilstuna Energi & Miljö Aktiebolag (EEM) inbjöd genom förfrågningsunderlag till att lämna anbud vid upphandling ”avseende hantering av hushålls- och verksamhetsavfall” (DnrUH-08-6). EEM beslutade genom tilldelningsbeslut den 8 oktober 2008 att anta anbud från Tekniska Verken i Linköping AB (Tekniska Verken) och Östersborg AB (Östersborg).

Upphandlingen har skett genom ett öppet förfarande.

Länsrätten beslutade den 21 november 2008 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.



Dok.Id 63659

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194	Folkungavägen 4	0155-20 04 50	0155-20 04 90	måndag – fredag
611 25 Nyköping		<b>E-post:</b> lansrattenisodermanland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

**YRKANDEN M.M.**

Vattenfall AB (Vattenfall) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat i första hand att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny utvärdering genomförts och nytt tilldelningsbeslut meddelats varvid Vattenfall tilldelats avtal, och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för ansökan har Vattenfall anfört bl.a. följande. EEM har brutit mot principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet (transparens) genom att utvärdera och anta Tekniska Verkens och Östersborgs anbud. Varken Tekniska Verkens eller Östersborgs anbud uppfyller de skall-krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Anbudet borde ha förkastats. EEM har gjort en felaktig utvärdering av de båda anbudet. I förfrågningsunderlaget uppställer EEM ett antal skall-krav. Tekniska Verken har inte besvarat tolv av de angivna skall-kraven. Tekniska Verken har i sitt anbud endast uppgett att alla uppställda skall-krav accepteras. Detta kan dock inte anses vara tillräckligt. Östersborg har inte besvarat fjorton av de i förfrågningsunderlaget angivna skall-kraven. I punkten 5 i Östersborgs anbud anger de som önskemål att endast köra de transporter som går söderut; det kan även mot denna bakgrund ifrågasättas om de uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. EEM har ändrat förutsättningarna för upphandlingen genom att ändra ett skall-krav angående antalet containrar från 12 till 15. EEM har vidare brutit mot principen om förutsebarhet och öppenhet i 1 kap. 9 § LOU eftersom förfrågningsunderlaget är så bristfälligt att det dels påverkat anbudsgivarnas möjligheter att avge anbud, dels inte framgår på ett tydligt sätt hur de angivna utvärderingskriterierna ska komma att tillämpas eller hur EEM gjort sin utvärdering. EEM har också frångått förfrågningsunderlaget på så sätt att de angivna skall-kraven inte tillmätts betydelse vid utvärderingen. Det går inte att utläsa vad som i slutändan har resulterat i att en anbudsgivare fått ett visst antal poäng. Av förfrågningsunderlaget framgår att det var möjligt att lämna pris på en del,

flera delar eller alla delar i upphandlingen. Hur dessa delar förhåller sig till varandra och hur samarbete mellan anbudsgivarna skulle ske framgår inte. Om det framgått att det skulle ske en utvärdering efter andra delmängder än de som angavs i förfrågningsunderlaget (26 000 och 6 000 ton) hade kanske en annan delmängd, t.ex. 15 000 ton, passat Vattenfall bättre. Förfarandet har inneburit att anbudsgivare utvärderats i delar som de inte lämnat anbud på. Viktade kriterier för utvärderingen av anbud var enligt förfrågningsunderlaget: Pris 50 %, Miljöpåverkan av säljarens verksamhet 20 %, Kvalitet 15 % och Leveranstidplaner 15 %. I förfrågningsunderlaget anges angående kriteriet miljöpåverkan att ”vi värderar val av motorer i fordon och maskiner, förarens kunnande i eco-driving, bränsle m.m.” Det framgår inte om det avser transport eller förbränning eller enbart är tillämpligt på dem som lämnar anbud på hela upphandlingen. Kriteriet är vagt formulerat och lämnar utrymme för en skönsmässig bedömning. Avgörande för kriteriet Kvalitet är EEM:s egna referenser av det anbudsgivande företaget. Härigenom finns en uppenbar risk för diskriminering och bristande objektivitet. Kriteriet Leveranstidplaner beskrivs som ”flexibilitet över tider, mängder och platser för leveranser utifrån beställarens önskemål”. Det är utifrån denna bedömning omöjligt att avgöra vad som bedöms vara av vikt för utvärderingen. Vattenfall borde rätteligen ha tilldelats högsta poäng på områdena Kvalitet och Leveranstidplaner. EEM har inte presenterat vad som ligger till grund för bedömningen att Vattenfall har uppfattats som mindre flexibel och ansvarskännande, varför utgångspunkten måste vara att EEM gjort en skönsmässig och omotiverad bedömning. Skulle Vattenfall tilldelats hösta poäng hade Vattenfall tilldelats upphandlingskontrakt. EEM:s brott mot LOU har medfört att Vattenfall lidit eller kan komma att lida skada eftersom brotten innebar att Tekniska Verken och Östersborg i stället för Vattenfall vann upphandlingen.

EEM har yrkat att länsrätten ska lämna ansökan utan bifall och förordna att det interimistiska beslutet inte längre ska gälla. Om länsrätten skulle bifalla

talans har EEM yrkat att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan har EEM anfört bl.a. följande. EEM har lagt sig vinn om att följa de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget motsvarar de i lagen och gemenskapsrätten ställda kraven på affärsmässighet och konkurrensneutralitet. Det är egentligen fråga om två upphandlingar – en avseende förbränning och en avseende transport. Det behöver inte finnas något affärsförhållande mellan de olika leverantörerna. Upphandlingarna har gjorts och utvärderats tillsammans för att EEM ska få bästa pris totalt. Det medges att förfrågningsunderlaget kunde varit tydligare utformat. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid tillräckligt tydligt vad EEM tillmäter avgörande betydelse vid upphandlingen och hur den utvärderingsmodell som användes är utformad. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp upphandlingslagstiftningen inte träds för när. Bristerna som anförs känns inte igen och har inte anförts under anbudsfasen. Varken Vattenfall eller de andra anbudsgivarna synes ha missuppfattat de krav på föremålet för upphandlingen som har uppställts i förfrågningsunderlaget. Samtliga anbud har uppfyllt de krav som uppställts och kvalificerat sig till utvärderingen. Anbudsprövningen har gjorts i två steg. En formell prövning utifrån efterfrågade uppgifter och att anbudsgivaren accepterat de kommersiella villkoren och en kontroll av att det som offererats uppfyller kraven på föremålet för upphandlingen. Vid anbudsutvärderingen har EEM iakttagit transparensprincipens krav på förutsägbarhet genom att kort och koncist beskriva sina önskemål och vad som kommer att premieras vid anbudsutvärderingen. EEM:s uppfattning är att Östersborg på samma sätt som Tekniska Verken, som har sagt att de accepterar alla uppställda avtalsvillkor, kommer att uppfylla samtliga villkor eftersom de tagit del av förfrågningsunderlaget och sedan lämnat anbud utan att reservera sig på någon punkt. Anbud har prövats på förbränning av 10 000, 26 000 och 6 000 ton kombinerat med anbud på enbart transporter. I samtliga kombinationer visade sig Tekniska Verken och Östersborg vara vinna-

re. Det framgår av förfrågningsunderlaget att det var möjligt att lämna anbud på olika delmängder inom respektive del. Utvärderingen av delmängden 10 000 ton hushållsavfall gjordes därför att ett anbud avsåg den mängden och förfarandet har inte inneburit någon skada för Vattenfall. Vid utvärderingen har EEM fäst mindre vikt vid kriteriet Kvalitet i förhållande till transportörerna. Eftersom alla transportörer uppfattats som likvärdiga har de tilldelats samma poäng. Transportörerna har därutöver utvärderats genom miljökravet och genom att de uppfyllt samtliga skall-krav. När det gäller kriteriet Leveranstidplaner har det att göra med förbränningsanläggningens sätt att ta emot avfall, varför transportörerna inte omfattas av utvärderingen i denna del. Vattenfall har rättvist erhållit lägre poäng på områdena Kvalitet och Leveranstidplaner, vilket har varit utslagsgivande. Grunden för det har varit att Vattenfall som samarbetspartner har uppfattats som mindre flexibel och ansvarskännande. Vattenfall har vidare i sitt anbud ställt krav på fasta leveranstidplaner. När det gäller referenser har såväl Vattenfall som Tekniska Verken utvärderats enbart utifrån EEM:s egna referenser av dem båda. Referenstagningen har skett på så sätt att EEM har inhämtat uppgifter från anställda som arbetar ute på plats. Uppgifterna har inte dokumenterats. Det har framkommit att Tekniska Verken varit något bättre än Vattenfall. Det är riktigt att Vattenfall hade vunnit upphandlingen om de fått full poäng avseende kriterierna Kvalitet och Leveranstidplaner. EEM har inte ändrat förutsättningarna för upphandlingen. Antalet containrar som efterfrågats har varit 12 på plats vid förbränningsanläggningen; hur många som totalt behövs är upp till transportören. EEM såg här en otydlighet och skickade ut ett förtydligande mejl till de anbudsgivare som lämnat anbud på transporterna. Vattenfall hade missuppfattat skall-kravet och kompletterade sitt anbud. Tekniska Verken och Östersborg hade inte missuppfattat och ändrade inte sina anbud. EEM har genomfört upphandlingen affärsmässigt och med utnyttjande av tillgänglig konkurrens samt utan ovidkommande hänsyn. Vattenfall kan inte anses ha lidit, eller kunnat komma att lida, skada.

Länsrätten har den 27 januari 2009 hållit muntlig förhandling. Parterna har därefter skriftligen slutfört sin talan.

### DOMSKÄL

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Av 16 kap. 2 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

LOU ger inte närmare besked om hur förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i den allmänna bestämmelsen i 1 kap.

9 § LOU. I förhållande till den huvudregel om affärsmässighet som angavs i 1992 års LOU (1 kap. 4 §), innehåller den nu aktuella paragrafen inte begreppet affärsmässighet. Det framgår av förarbetena till lagen (prop. 2006/07:128 s. 155-156) att avsikten är att den nu aktuella lydelsen inte ska medföra någon ändring av rättsläget vad gäller de principer som ska iakttas vid upphandling trots att begreppet affärsmässighet är utmönstrat. Principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphand-

lingsförfarandet. Anbudsförfrågan ska öppet tillställas alla som anmält intresse. Vid bedömningen av anbudsgivarna och anbuden förutsätter kravet på jämlikhet att de uppställda kraven gäller samtliga anbudsgivare på samma sätt.

Länsrätten gör följande bedömning.

Vattenfall har anfört att EEM har brutit mot 1 kap. 9 § LOU eftersom förfrågningsunderlaget är så bristfälligt att det dels påverkat anbudsgivarnas möjligheter att avge anbud dels inte framgår på ett tydligt sätt hur de angivna utvärderingskriterierna ska komma att tillämpas eller hur EEM gjort sin utvärdering. Vattenfall har också anfört att EEM brutit mot likabehandlingsprincipen vid utvärderingsförfarandet.

Länsrätten konstaterar att flera av skall-kraven i förfrågningsunderlaget karaktär av avtalsvillkor. Merparten av skall-kraven i förfrågningsunderlaget är inte knutna till något bevis och det anges inte hur de ska redovisas. Det leder till oklarhet om hur de ska utvärderas. Av utredningen framgår vidare att det i praktiken var fråga om två skilda upphandlingar av förbränning respektive transport – och att skall-krav och utvärderingskriterier inte alltid avsåg båda dessa delar. Detta förhållande framgår emellertid inte tydligt av förfrågningsunderlaget. T.ex. framgår inte att utvärderingskriteriet Leveranstidplaner inte avser anbud på transporter eller att mindre vikt skulle komma att fästas vid kriteriet Kvalitet vid utvärderingen av anbud på transporter. Det framgår av förfrågningsunderlaget att det är möjligt att lämna anbud på en del, flera delar, alla delar eller olika delmängder i upphandlingen. Hur dessa olika delar förhåller sig till varandra och hur anbud var tänkta att göras jämförbara vid utvärderingen framgår inte av förfrågningsunderlaget. När det gällde förbränning angavs i förfrågningsunderlaget de hela mängderna 26 000 respektive 6 000 ton. Utvärdering kom dessutom att ske på delmängden 10 000 ton. Utvärderingen har alltså inne-

burit att anbudsgivare utvärderats i delar som de inte lämnat anbud på, vilket inte var förutsebart för anbudsgivarna. Länsrätten konstaterar att det för att anbudslämnandet ska kunna ske på lika villkor enligt principen om förutsebarhet och öppenhet (transparens), är viktigt att förfrågningsunderlaget är klart och tydligt och att anbudsgivarna kan förutse vad som kommer att få betydelse vid utvärderingen. Det aktuella förfrågningsunderlaget har sådana brister att det får anses bryta mot principen om öppenhet i 1 kap 9 § LOU.

Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet ifråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Det finns emellertid inte något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av utredningen framgår att referensupptagningen i aktuell upphandling i första hand har bestått av egna erfarenheter rörande anbudsgivarnas utförande av tjänster i tidigare sammanhang. Det finns inte något principiellt hinder mot att i en upphandling använda egna erfarenheter och kännedom om anbudsgivare, men omdömet måste ha en saklig grund. Erfarenheten måste också vara av inte oväsentlig betydelse (proportionalitetsprincipen) och ha samband med den upphandlade tjänsten. Referenserna har i det aktuella fallet fått avgörande betydelse för bedömningen av utvärderingskriteriet Kvalitet och för valet av leverantörer. Egna erfarenheter synes också ha haft viss betydelse för utvärderingen av kriteriet Leveranstidplaner. Referensupptagningen har inte dokumenterats och har såvitt framkommit inte jämförts med andra referenters. Någon prövning av huruvida EEM har haft saklig grund för sitt omdöme om Vattenfall kan därför inte göras. Ett sådant förfarande uppfyller enligt länsrättens mening inte kraven på en objektiv bedömning utan närmar sig fri prövningsrätt. Förfarandet bryter alltså mot bestämmelsen i 1 kap 9 § LOU.



Länsrätten finner vid en samlad bedömning att det, redan med hänsyn till vad som nu anförts, finns sådana brister i upphandlingsförfarandet vad gäller öppenhet och objektivitet att brott mot 1 kap 9 § LOU föreligger.

Genom bristerna i upphandlingsförfarandet får Vattenfall anses ha lidit, eller kunnat komma att lida, skada.

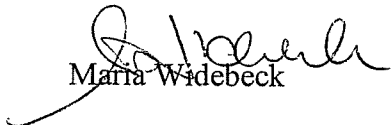
När det gäller val av åtgärd har länsrätten uttömmande att välja på att förordna att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Det har ansetts att valet mellan de två åtgärderna i normalfallet bör bli att upphandlingen ska göras om, eftersom en rättelse lätt kan skapa fel på andra delar av upphandlingen. Länsrätten finner, bl.a. mot bakgrund av de många otydligheter som präglar upphandlingen, att denna ska göras om.

#### DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Länsrätten förordnar att den interimistiska beslutet den 21 november 2008 ska gälla till dess domen vinner laga kraft.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1a)

  
Maria Widebeck



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.