



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

Enhet 2

**DOM**  
2015-11-02  
Meddelad i  
Uppsala

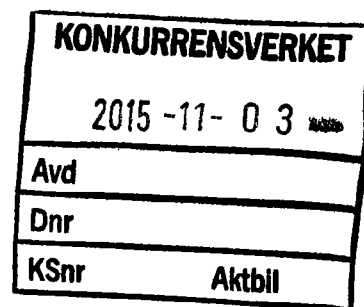
Mål nr  
2441-15 E

**SÖKANDE**

OpusCapita AB, 556557-3150  
Englundavägen 7  
171 41 Solna

*Ombud:*

Advokat Bob Johanson  
Jur.kand. Fredrik Francke-Rydén  
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB  
Box 5747  
114 87 Stockholm



**MOTPART**

Mälarenergi AB, 556448-9150  
Box 14  
721 03 Västerås

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen görs om.

Dok.Id 160141

**Postadress**  
Box 1853  
751 48 Uppsala

**Besöksadress**  
Kungsgatan 49

**Telefon**  
018-431 63 00

**E-post:** [forvaltningsratteni uppsala@dom.se](mailto:forvaltningsratteni uppsala@dom.se)

**Telefax**  
018-431 63 43

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

### BAKGRUND

Mälarenergi AB (Mälarenergi) har gjort en upphandling avseende utdata-tjänster, dnr 2015/6-MEAB. Mälarenergi har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Every AB.

### YRKANDEN M.M.

OpusCapita AB (OpusCapita) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till stöd för sin talan anför OpusCapita i huvudsak följande.

De utvärderingskriterier som använts av Mälarenergi i upphandlingen är inte möjliga att utvärdera, kontrollera eller mäta på objektiva grunder. Utvärderingsprinciperna strider därmed mot såväl transparensprincipen som principen om förutsebarhet, såsom dessa kommer till uttryck i 1 kap. 24 § LUF. Då felet är hänförligt till förfrågningsunderlaget och därmed upphandlingens konkurrensuppsökande skede föreligger grund för att förordna att upphandlingen görs om. Då OpusCapita vid anbudsutvärderingen inte tilldelats upphandlingskontraktet har brottet mot LUF medfört att OpusCapita har lidit skada eller riskerat att lida skada.

Mälarenergi har inte närmare preciserat vilka bör-krav i kravspecifikationen för bedömningsstapen, dvs. det första steget i Mälarenergis utvärdering av kvalificerade anbud, som Mälarenergi avsåg att utvärdera. I kravspecifikationen uppställs sammanlagt över 130 punkter och det är oklart vilka av dessa punkter som ska anses utgöra bör-krav. Vid en genomgång av punkterna i kravspecifikationen kan ca 55 punkter hänföras till s.k. skall-krav. Avseende resterande punkter är deras status såsom bör-krav, och därmed utvärderingskriterier, oklara. Det har således varit omöjligt för en anbudsgivare att förutse vilka punkter i kravspecifikationen som Mälarenergi skulle lägga till grund för sin utvärdering.

Därtill kommer att de bedömningsgrunder vilka anges i poängskalan inte på något vis är kopplade till objektiva, kontroll- eller mätbara kriterier, vilket är ett krav enligt de upphandlingsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling. Kriterierna för poängsättning ger därmed stort utrymme för godtycke och medför i princip en fri prövningsrätt för Mälarenergi. Utvärderingsmodeller där det endast anges att ”utmärkt kvalitet” och liknande uttryck ger viss poäng anses i praxis och doktrin inte tillåtna. Att såsom Mälarenergi endast ange att för fem poäng krävs ”Mycket bra/god, enastående, ger stort mervärde” är inte förenligt med LUF.

I det andra steget av utvärderingen, presentationsetappen, utvärderade Mälarenergi bl.a. Mälarenergis förtroende för anbudsgivarens arbetssätt och samarbetsförmåga. Poängsättningen av dessa utvärderingskriterier utfördes enligt samma femgradiga skala som för bedömningsetappen. De utvärderingskriterier som Mälarenergi uppställt syftar inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan syftar till att kontrollera anbudsgivarens kapacitet och förmåga att utföra uppdraget. Mälarenergi har på ett otillåtet sätt tillämpat kvalificeringskriterier såsom utvärderingskriterier.

Utvärderingen av anbudsgivare, som angivna referenser gjord inom ramen för presentationsetappen, uppfyller inte kraven på förutsebarhet, transparens och likabehandling. I upphandlingsföreskrifterna saknas närmare ledning för vad som ska beaktas vid avgörandet av vad som ska förstås med ”Mycket bra/god, enastående, ger stort mervärde” etc. Vidare framgår inte av förfrågningsunderlaget eller den utvärderingsmall som använts i upphandlingen vilka frågor som ställts till referenterna.

Det har förekommit väsentliga fel i förfrågningsunderlaget i det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Då OpusCapita vid anbudsutvär-

deringen inte tilldelats kontraktet har brottet mot LUF medfört att OpusCapita lidit eller riskerat att lida skada.

**Mälarenergi** bestrider bifall till ansökan. Till stöd för sin talan anför Mälarenergi i huvudsak följande.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med gällande regler. Inga frågor har ställts under upphandlingstiden på de punkter som OpusCapita hänvisar till. I underlaget har beskrivits att det är anbudslämnarens ansvar att meddela om det finns felaktigheter eller tveksamheter i underlaget. I underlaget har ställts krav på att anbudslämnaren har uppfattat och godkänt underlaget. OpusCapita har accepterat underlaget och godtagit Mälarenergis beskrivning av hur utvärderingen ska genomföras. OpusCapita har inte behandlats på annat sätt än övriga deltagare i upphandlingen. Det har inte under upphandlingen ställts några frågor om vilka krav som är börkrav. I förfrågningsunderlaget finns ett antal skall-krav, övriga delar av dokumentet förutsatt förstås som börkrav och delar som ska utvärderas.

I mål C-230/02, Grossmann, ansåg EU-domstolen att det var förenligt med första rättsmedelsdirektivet att avvisa en ansökan om överprövning, eftersom leverantören hade väntat med sin ansökan om överprövning till efter beslutet om tilldelningen av det första kontraktet.

**OpusCapita** genmäler och anför i huvudsak följande.

Mälarenergi förefaller påstå att en anbudsgivare, genom att försäkra att denne uppfyller och accepterar kraven i upphandlingen, mister sin rätt att begära överprövning av upphandlingen på grund av fel i densamma. Påståendet är både orimligt och felaktigt. Kravet i anbudsformuläret kan inte förstås på annat sätt än att en anbudsgivare ska acceptera de krav som ställts på tjänsternas framtida utförande samt att anbudsgivaren har den tekniska förmågan att uppfylla densamma. En annan tolkning av kravet

skulle medföra orimliga och oönskade effekter genom att det möjliggjordes för Mälarenergi att avtala bort de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF.

Mälarenergis uppfattning att det är anbudslämnarens ansvar att meddela om det finns felaktigheter eller tveksamheter i förfrågningsunderlaget, kan inte förstås på annat sätt än att Mälarenergi gör OpusCapita ansvarigt för den olämpliga utformningen av utvärderingskriterierna, vilket är orimligt och felaktigt. Det är den upphandlande enheten som har ansvaret för att upprätta och tillhandahålla förfrågningsunderlaget och som har ansvaret för att detta överensstämmer med de upphandlingsrättsliga principerna. Att anbudsgivare beretts möjlighet att begära förtydliganden kan inte innebära att anbudsgivarna bär ansvaret för utformningen av utvärderingskriterierna.

Om Mälarenergis påstående att samtliga punkter i kravspecifikationen som inte uttryckligen benämns som skall-krav ska anses vara utvärderingskriterier, har i så fall ytterligare ett antal utvärderingskriterier, som tar sikte på anbudsgivarens tekniska förmåga, ställts upp. Till exempel anges att anbudsgivaren ska beskriva de layoutverktyg som används. Kravet avser endast tekniska system som anbudsgivaren använder för att leverera tjänsten och tar därmed sikte på anbudsgivarens tekniska kapacitet.

OpusCapita har ansökt om överprövning inom korrekt tid. Referensen till mål C-230/02 är felaktig.

**Mälarenergi** genmäler och anför i huvudsak följande.

Anbudsgivaren accepterar i anbudsformuläret att de krav som ställts i utvärderingen varit tydliga och uppfattas på ett sätt som accepteras av anbudslämnaren. Det är tydligt att det är förfrågningsunderlaget som avses.

Samtliga anbudsgivare har fått samma underlag, samma möjlighet att ställa frågor och alla har kallats till och medverkat på anbudsgenomgång.

Det finns inte något olämpligt och felaktigt i utvärderingskriterierna. Om anbudslämnaren uppfattar otydligheter kan inte Mälarenergi ansvara för dessa om inte detta meddelats till Mälarenergi i frågor och svar under upphandlingstiden.

Utvärdering och poängsättning är transparenta. Samtliga leverantörer som hämtat underlaget har fått tillgång till samtliga frågor och svar. Förutsägbarheten är uppfylld genom poängsättning i relation mellan beskrivning i kravspecifikationsdokumentet och kravspecifikationen. Likabehandlingen har uppfyllts då det fanns möjlighet att ställa frågor i samband med anbudsgenomgången. Förutsägbarheten har uppfyllts med förklaringen hur utvärderingen kommer att utföras.

Utvärderingen är tydlig då hänvisningen i 3.2 till bör-krav som ställs i kravspecifikationsmomentet beskrivs. Under upphandlingstiden fick OpusCapita möjlighet att komplettera nämnda dokument, vilket också gjordes.

Mälarenergi hänvisar till det aktuella målet C-230/02 för att påtala vikten av möjligheten att nyttja frågor och svar under upphandlingstiden vilket OpusCapita inte har gjort i de delar som man har yrkat som skäl för överprövning. OpusCapita har under hela anbudstiden haft möjlighet att få svar på samtliga frågor som nu ligger till grund för yrkandet att upphandlingen ska göras om.

#### **DOMSKÄL**

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att ingripa enligt

LUF mot Mälarenergis upphandling med anledning av de grunder som OpusCapita har anfört.

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

*Preklusion av återopade omständigheter*

Mälarenergi har i målet återopat EU-domstolens avgörande C-230/02, Grossmann, till stöd för uppfattningen att OpusCapita inte skulle kunna anföra bristande transparens i förvaltningsrätten då OpusCapita försummat att framföra detta under upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar att avgörandet från EU-domstolen ger stöd för att lagstiftningsvägen införa vissa begränsningar att klaga på en upphandling men att det inte kan förstås på sådant sätt att det skulle inträda något generellt hinder att i processen vid förvaltningsdomstol anföra omständigheter som även kunnat påtalas under anbudstiden. Förvaltningsrätten anser heller inte att det är möjligt att genom godkännande från anbudsgivare avtala bort möjligheten att anföra brister i förfrågningsunderlaget vid en överprövning i förvaltningsdomstol. Det kan slutligen konstateras att det inte finns någon bestämmelse i LUF som ger stöd för att preklusion skulle ha inträtt. OpusCapita kan således återopade de nu aktuella invändningarna i förvaltningsrätten.

*Bedömningsetappen*

När det gäller bedömningsetappen i upphandlingen har OpusCapita anfört att det är oklart vilka punkter i förfrågningsunderlaget som utgör skall-krav

respektive bör-krav. Förvaltningsrätten finner dock att det inte i tillräcklig grad konkretiserats vilka krav i förfrågningsunderlaget som varit oklara i detta hänseende och hur OpusCapita därigenom skulle ha lidit skada.

Frågan är sedan om de krav som ställts i förfrågningsunderlaget brister i transparens på sådant sätt att anbudsgivarna inte kunnat förutse vad den upphandlande enheten fäst vikt vid i upphandlingen.

Av transparensprincipen följer att förfrågningsunderlag och tilldelningskriterier ska vara utformade på så sätt att alla normalt omsorgsfulla och rimligt informerade leverantörer kan tolka dem på samma sätt (mål C-19/00, SIAC Construction). Ett förfrågningsunderlag ska vara tillräckligt tydligt formulerat så att samtliga anbudsgivare med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud (RÅ 2002 ref. 50).

I förfrågningsunderlaget har ställts upp ett stort antal bör-krav. Bedömningskriterierna är formulerade så att det t.ex. för fem poäng krävs att börkravsuppfyllnaden är sådan att den offererade tjänsten på aktuell punkt är ”Mycket bra/god, enastående, ger stort mervärde”.

Förvaltningsrätten finner följande i denna del.

Bedömningskriterierna kan som sådana framstå som allmänt hållna. Mot detta kan invändas att antalet bör-krav är många. OpusCapita har angett att det rör sig om 130 krav i förfrågningsunderlaget, varav 55 skall-krav och övriga bör-krav. De i förfrågningsunderlaget formulerade bör-kraven är detaljerade och preciserar vad den upphandlande enheten fäster vikt vid. OpusCapita har inte konkretiserat hur svårigheter skulle kunna uppkomma för anbudsgivaren att bedöma möjligheten att bedöma innebörden av enskilda bör-krav och vilka gränsdragningssvårigheter som skulle kunna



uppkomma gällande vad som krävs. Förvaltningsrätten anser att det inte framkommit i målet att förfrågningsunderlaget i den här aktuella delen skulle brista i transparens på sådant sätt att det skulle ha förhindrat OpusCapita att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

*Presentationsetappen*

OpusCapita har vidare anfört att Mälarenergi för presentationsetappen på ett otillåtet sätt har tillämpat kvalificeringskriterier såsom utvärderingskriterier. De utvärderingskriterier som Mälarenergi uppställt syftar enligt OpusCapita inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan syftar till att kontrollera anbudsgivarens kapacitet och förmåga att utföra uppdraget. OpusCapita gör även gällande att utvärderingskriterierna brister i transparens.

I mål C-532/06, Lianakis, uttalade EU-domstolen att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet ifråga inte kan anses utgöra ”kriterier för tilldelning” (punkt 30). När upphandlingen ifråga avser en tjänst istället för en vara kan dock särskilda gränsdragningsproblem uppkomma rörande vilka kriterier som avser att utvärdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och krav på anbudsgivaren för kvalificering.

I praxis har denna problematik lösts på skilda sätt. Exempelvis ansåg Kamrarrätten i Göteborg i dom den 7 april 2011 i mål nr 6420-09 att personalens utbildning generellt var att hänföra till en anbudsgivares kvalifikationer, medan samma domstol i dom den 4 mars 2011 i mål nr 6411-48 fann att personalens erfarenhet och kompetens kunde bedömas inom ramen för anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrätten gör i denna del bedömningen att bör-kraven, som tar sikte på anbudsgivarens kompetens i den aktuella upphandlingen, går utöver vad som krävs för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska kunna antas. Enligt rättens uppfattning har kraven på anbudsgivarens kompetens inte tillräckligt stark koppling till upphandlingens föremål för att det ska vara befogat att låta anbudsgivarens kompetens vara föremål för utvärdering.

Förvaltningsrätten anser även att det, med hänsyn till att utvärderingsfrågorna är av allmän karaktär och att det inte närmare anges vad som genererar poäng vid utvärderingen, är svårt för anbudsgivaren att förutse vad den upphandlande enheten vid poängbedömning avser att fästa vikt vid.

#### *Sammanfattning*

OpusCapita har inte varit förhindrat att anföra brister i förfrågningsunderlaget vid processen i förvaltningsrätten trots att bristerna inte påtalats under anbudstiden i upphandlingen. Det har inte heller visats att OpusCapita på grund av bristande transparens vid utformningen av bör-kraven i förfrågningsunderlaget skulle förhindrats att lämna ett konkurrenskraftigt anbud såvitt gäller den s.k. bedömningsetappen i upphandlingen.

När det däremot gäller presentationsetappen har utvärderingskriterier ställts upp avseende anbudsgivarens kompetens och det har inte framgått att kriterierna haft tillräckligt samband med föremålet för upphandlingen. Utvärderingskriterierna har också varit allmänt hållna utan att det närmare kunnat preciseras vad anbudsgivaren fäster vikt vid. OpusCapita har till följd av bristerna i förfrågningsunderlaget lidit, eller riskerat att lida, skada.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att OpusCapitas ansökan om ingripande med stöd av LUF ska bifallas. Eftersom felen är hänförliga till

upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

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



Klas Innerstedt

rådman

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



# 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.