



**SÖKANDE**

Värmevets Entreprenad i Eslöv AB, 556485-5806  
 Vikhemsvägen 15  
 241 38 Eslöv

**MOTPARTER**

1. Öresundskraft Kraft & Värme AB, 556501-1003  
 Box 642  
 251 06 Helsingborg

Ombud: stadsjuristen Mikael Svegländ  
 251 89 Helsingborg

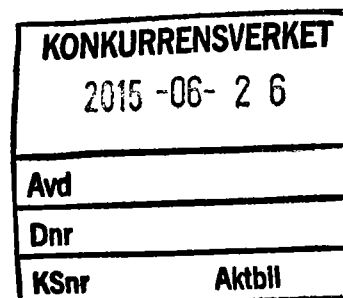
2. Rör & Värmesystem i Syd AB, 556723-1831  
 Irisgatan 7  
 262 62 Ängelholm

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.



## **BAKGRUND**

Öresundskraft Kraft & Värme AB (Öresundskraft) genomför en upphandling av ramavtal avseende svetsarbeten för fjärrvärme och fjärrkyla. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LUF. Genom tilldelningsbeslut den 27 februari 2015 meddelade Öresundskraft sin avsikt att tilldela Rör & Värmesystem i Syd AB (RVAB) upphandlingskontraktet.

## **YRKANDE OCH INSTÄLLNING**

**Värmesvets Entreprenad AB (Värmesvets)** ansöker om överprövning av upphandlingen. I första hand yrkar Värmesvets att förvaltningsrätten beslutar om rättelse på så vis att Öresundskraft gör om anbudsutvärderingen, utan att beakta RVABs anbud, och därvid antar Värmesvets anbud såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga. I andra hand yrkar Värmesvets att förvaltningsrätten förordnar om att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för ansökan anför Värmesvets bl.a. följande. Kravet i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivare ska ha en nettoomsättning på 30 miljoner kr per år är utformat på ett sätt som strider mot principerna om likabehandling och transparens. Öresundskraft har genom hur kravet utformats getts en fri prövningsrätt att godtyckligt välja en tolkning som gynnar utvald anbudsgivare. Inom parentes anges att omsättningskravet avser senaste årsbokslut vilket gör det otydligt vad som avses. Det anges därutöver på ett otydligt sätt att en anbudsgivare kan undslippa att uppfylla omsättningskravet. RVABs nettoomsättning ligger avsevärt under det uppställda kravet vilket framgår av bolagets senaste bokslut. Ett krav på 30 miljoner kr i nettoomsättning är vidare oproportionerligt med beaktande av att kontraktssumman uppgår till mellan 5,1 och 9,5 miljoner kr.

Även vad gäller anbudsgivarnas tekniska förmåga har kraven i förfrågningsunderlaget brustit avseende transparens och likabehandling. Det har inte gått att utläsa vad som utgör en likartad entreprenad och detta krav kan avse flera faktorer såsom ekonomiskt likartad, likartad i omfattningen av arbetet eller att själva arbetsutförandet är likartat. Det är också oklart vad som menas med att anbudsgivaren ska ha utfört entreprenaden då detta exempelvis kan innebära att denne agerat som underentreprenör eller beställare av en likartad entreprenad. Det framgår inte heller vad som menas med att en referensperson ska vara nöjd samt beredd att anlita entreprenören igen. Hur denna bedömning ska ske borde angetts i underlaget.

Vad gäller anbudsutvärderingen har det framgått av förfrågningsunderlaget att denna genomförs på tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga. För att fastställa detta har följande kriterier uppställts:

”Vid bedömning av anbud värderas det mest fördelaktiga med procentuell fördelning enligt nedan.”

1. 80 Prisnivå: Vid utvärdering kommer 3 st typexempel inom ramavtalets volym att prissättas mot anbudsgivares à-prislista. Summan av de 3 typexemplen kommer att utgöra prisnivå vid utvärderingen.
2. 10 Erbjuden platschef/arbetsledare tidigare erfarenhet av likartade svetsarbeten
3. 10 Erbjuden platschef/arbetsledares referenser från likartade svetsarbeten, högst 5 år tillbaka”

Det första kriteriet som avser pris står i strid med LUF då det brister i transparens och likabehandling. Det pris som använts vid utvärderingen av detta kriterium är baserat på en uträkning som utgått från anbudsgivarnas à-prislista. Hur denna uträkning gjorts framgår inte av förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna har således inte kunnat förutse hur anbuden

skulle komma att utvärderas. Det har alltså avseende det procentuellt sett mest betydelsefulla kriteriet inte gått att avgöra vilka uppgifter Öresundskraft skulle komma att tillmäta betydelse och därmed har anbudsgivarna inte kunnat lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud. Genom hemlighållandet av prisexemplen har anbudsgivarna frångått möjligheten att kunna ställa om sin verksamhet så att relevanta poster i den fiktiva utvärderingsmodellen blivit mer konkurrenskraftiga. Det har inte heller angetts hur det genom prisexemplen framtagna priset ska utvärderas. Att det lägsta priset ska ges högst poäng, vilket synes vara vad som skett, har inte heller gått att utläsa ur förfrågningsunderlaget. Kriteriet har alltså stått i strid med transparensprincipen då det inte gått att utläsa hur utvärderingen av priserna skulle komma att göras. Öresundskraft har genom detta förfarande beaktat sådant som inte funnits angivet i förfrågningsunderlaget vilket även det strider mot transparensprincipen.

De övriga två kriterierna i anbudsutvärderingen strider också mot LUF. Bl.a. utgörs de av kriterier som tillhör kvalificeringsfasen och därmed enligt EU-domstolens praxis inte är acceptabla för användning som tilldelningskriterier.

Värmesvets har lidit skada till följd av att Öresundskraft handlat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. RVABs anbud borde för det första ha förkastats vilket skulle ha inneburit att Värmesvets, som kom tvåa i utvärderingen, hade vunnit upphandlingen. Otydligheterna som förelegat i förfrågningsunderlaget har vidare inneburit att Värmesvets möjligheter att lämna ett vinnande anbud påverkats. Enbart otydligheterna i utvärderingsmodellen har inneburit risk för skada för Värmesvets. Öresundskraft har också haft en fri prövningsrätt vilket utesluter möjligheterna till konkurrens på objektiva grunder.

**Öresundskraft** anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Kravet på årsnettoomsättning strider inte mot transparens- eller likabehandlingsprincipen. Däremot hade det varit i strid med LUF att inte erbjuda t.ex. nystartade företag möjlighet att lämna anbud. Det har vidare legat i Öresundskrafts intresse att bara företag som har tillräcklig kapacitet ges möjlighet att lämna anbud trots att ett bolag eventuellt inte uppfyller det angivna kravet på nettoomsättning. Med beaktande av att kontraktssumman för alla tre år som kontraktstiden kan komma att löpa är mellan 15,3 och 28,5 miljoner kr har kravet på 30 miljoner kr i nettoomsättning varit proportionerligt.

Utvärderingen har skett genom att det under förfrågnings tiden sammanställdes tre fiktiva arbetsprojekt vilka avspeglar verkliga förhållanden. Dessa färdigställdes innan anbudsöppningen vilket framgår av en skärmdump, vilken lämnats in i målet, som visar uppgifter om de aktuella dokumenten. Arbetsprojekten har således inte kunnat manipuleras i efterhand. Eftersom upphandlingen avser ett ramavtal där många olika projekt kan aktualiseras och inte enbart ett konkret objekt ger modellen en verkligare bild av vilken anbudsgivare som haft det mest fördelaktiga priset. Det har varit en viktig poäng att anbudsgivarna inte vetat vilka priser som kommer tillmätas betydelse eftersom Öresundskraft velat undvika att de prisar in sig. Alla anbudsgivare har i detta avseende haft att lämna anbud utifrån sitt eget bolags förutsättningar. Det framgår vidare klart och tydligt av förfrågningsunderlaget hur bedömningen i denna del kommer gå till.

Tilldelningskriterierna avseende personalens erfarenhet har haft koppling till kontraktsföremålet eftersom det handlar om att säkerställa kompetensen för uppdragen som ska utföras. En normal aktsam anbudsgivare har, med ledning av sammanhanget, kunnat förstå vad som menas med att anbudsgivarna ska ha "utfört" "likartade entreprenader" och att referenspersonen ska vara "nöjd" och "beredd att anlita aktuell anbudsgivare igen".

Värmesvets har tillagt bl.a. följande. Öresundskraft har angett att skälet till att typexemplen inte lämnades ut var anbudsgivarna inte skulle veta vilka priser som tillmäts betydelse. Det är dock inte, vilket Öresundskraft synes hävda, förbjudet att prisa in sig vilket framgår av EU-domstolens avgöranden i målen 147/06 och 148/06. Där anges att det är tillåtet att gå med förlust i en offentlig upphandling om det syftar till att ta marknadsandelar. Huruvida de fiktiva typexemplen avspeglar verkliga förhållanden har Värmesvets inte kunnat kontrollera då Öresundskraft aldrig tillhandahållit någon redovisning av dessa. Den skärmdump som lämnats in visar inte heller att typexemplen varit färdigställda innan något visst datum utan endast när dokumenten i skärmdumpen ändrades senast. Öresundskraft synes mena att man velat förhindra onormalt låga anbud. En sådan möjlighet finns redan i LUF och detta kan därför inte rättfärdiga utvärderingsmodellen. Det har vidare inte funnits någon som helst information om hur kriteriet goda referenser ska förstås vilket står i strid med LUF och framförallt likabehandlings- och transparensprincipen. Att som Öresundskraft hävdar bedömningen gjorts av personer med gedigen kompetens och erfarenhet ändrar inte detta förhållande.

Att kravet avseende likartade entreprenader funnits under rubriken teknisk förmåga kan inte anses vara tillräckligt för att anbudsgivare ska förstå vad som menas. Om det är tekniskt likartade svetsentreprenader som avsetts har det inte framgått vad det innebär och en otydlighet kvarstår därmed.

RVABs anbud har inte uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget då det dels varit motstridigt eftersom det erbjudits två platschefer/arbetsledare men CV för tre olika personer lämnats in. RVAB har vidare inte visat att erbjudna platschefer har någon erfarenhet av arbetsledning då det inte framgår vem som har varit platschef/arbetsledare på respektive referensobjekt. Öresundskraft har brutit mot de grundläggande unionsrättsliga principerna

genom att tilldela RVAB poäng i anbudsutvärderingen vad gäller platschefer/arbetsledares erfarenheter eftersom dessa som framgått inte haft erfarenheter som krävts. RVAB har inte heller visat att det förfogar över tillräcklig kapacitet och kompetens för entreprenadens utförande mot bakgrund av kravet på årsnettoomsättning. Även om tillräcklig kapacitet kunnat visas på annat sätt än genom det uppställda kravet på 30 miljoner kr i årsnettoomsättning måste utgångspunkt tas från det kravet. RVAB har endast lämnat in ett dokument som anger att ställföreträdare för bolaget anser att RVAB har tillräcklig kapacitet. Även om det anses att kravet på tillräcklig kapacitet uppfyllts kan vad som uppgetts om kapaciteten ifrågasättas då det inte är korrekt. Flera av de personer som RVAB angett jobbar för dem jobbar i själva verket för andra företag. RVAB har därutöver lämnat felaktig information om ett referensobjekt som de åberopat vilket inneburit att kravet på att anbudsformuläret ska vara korrekt ifyllt inte varit uppfyllt.

**RVAB** har uppgett bl.a. följande. Med förfrågningsunderlaget har det skickats ut en omfattande prislista på ca 34 sidor med specificering av de produkter som kan komma att upphandlas under ramavtalet och pris på samtliga dessa har begärts in. Det ligger i den aktuella typen av ramavtals natur att det på förhand inte går att ange exakt vilka arbeten som kommer att utföras och i vilken omfattning. Om olika typexempel preciserats från början skulle det kunnat leda till en särskild prisbild på dessa vilket inte hade gett rätt prisbild för hela ramavtalet och inte heller gett anbudsgivarna möjlighet att visa sin totala konkurrenskraft på ett öppet och rättvist sätt. Det har vidare ålegat Öresundskraft att definiera vilka kvalificeringskrav och utvärderingskriterier som ska gälla och även om det delvis rör sig om liknande krav har dessa haft olika syfte beroende på om det rör sig om det senare eller det tidigare. Det har således inte skett någon otillåten sammanblandning. Värmesvets har i utvärderingen också tilldelats högsta poäng vad gäller de kriterier som avsett arbetsledares/platschefs erfarenhet och referenser. Vad gäller kravet på ekonomisk förmåga har RVAB visat sin

kapacitet och kompetens med önskvärd tydlighet. Som underlag för detta har en detaljerad förteckning över personella resurser samt omfattande referensobjekt bifogats anbudet.

### **SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF och detta 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.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Värmesvets har i första hand yrkat att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Av praxis (RÅ 2005 ref. 47 och 2013 ref. 5) framgår bland annat att domstolen i upphandlingsmål inte är bunden av parts yrkande om val av åtgärd. Kammarrätten i Stockholm har i mål 4385-13 konstaterat att det av ovan nämnda praxis också framgår att det med denna befogenhet anses följa en skyldighet för domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. En förutsättning för att välja åtgärden rättelse är att de fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten prövar således inledningsvis om förfrågningsunderlaget innehåller sådana



brister som Värmesvets gör gällande.

Värmesvets gör framför allt gällande att anbudsutvärderingen i upphandlingen varit i strid med transparensprincipen, eftersom en prisnivå räknats fram utifrån typexempel som anbudsgivarna inte känt till. Detta måste förstås som att Värmesvets gör gällande att priskriteriet i utvärderingen varit så otydligt att det i sig strider mot transparensprincipen.

Under AFB.53 i förfrågningsunderlaget anges följande i relevant avseende:

”Vid bedömningen av anbud värderas det mest fördelaktiga med procentuell fördelning enligt nedan.

1. 80 Prisnivå: Vid utvärdering kommer 3 st typexempel inom ramavtalets volym att prissättas mot anbudsgivares à-prislista. Summan av de 3 typexemplen kommer att utgöra prisnivå vid utvärderingen.  
(...)
1. Beräknas linjärt beroende av anbudspriset: (lägsta anbud/aktuellt anbud) \* 80”

Förvaltningsrätten finner att det av ovanstående beskrivning med tillräcklig tydlighet får anses framgå att anbudsgivaren med *lägst* prisnivå kommer ges högst poäng vid beräkningen. Det saknas således grund för bedömningen att utvärderingskriteriets utformning i sig varit så otydlig att kravet på transparens inte uppfyllts.

Frågan är då om det förhållande att Öresundskraft beräknat prisnivån med ledning av typexempel som inte varit kända för anbudsgivarna varit förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 24 § LUF. Enligt Värmesvets har detta medfört att anbudsgivarna inte kunnat

lämna konkurrenskraftiga anbud då det inte gått att förutse hur de på bästa sätt bort utforma sina à-prislistor. Värmesvets menar vidare att det gett Öresundskraft en fri prövningsrätt vid utvärderingen eftersom det funnits möjlighet att styra vilken anbudsgivare som får högsta poäng avseende det mest betydelsefulla utvärderingskriteriet. Att så inte skett har inte heller varit kontrollerbart för anbudsgivarna.

Öresundskraft har anfört att syftet med att hemlighålla typexemplen varit att förhindra att anbudsgivarna prisar in sig. Vidare menar Öresundskraft att förfarandet varit ett mer rättvisande sätt att utvärdera prisnivåerna eftersom upphandlingen avser ett ramavtal och därför innebär flera möjliga framtida projekt, och inte ett bestämt sådant. Öresundskraft anför vidare att typexemplen tagits fram innan anbudsöppnandet och att det därför inte funnits möjlighet att otillbörligt gynna viss anbudsgivare.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för upphandling i 1 kap. 24 § LUF (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Av transparensprincipen följer dock ett krav på att anbudsgivare ska ges kännedom om vilka omständigheter den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid utvärderingen av anbud (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 14 april 2011, mål nr 3030-10, och Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 december 2012, mål nr 5823). Vad gäller ramavtal har det inte ansetts strida mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna att utvärdering enbart görs av prisuppgifter avseende de vanligast förekommande tjänsterna inom ramen för avtalet. Detta dock under förutsättning att kraven varit transparenta. Konkurrensen kan då upprätthållas genom att det vid avrop skulle ske en ny konkurrensutsättning (se Kammarrätten i Stockholms dom den 20 mars 2014, mål nr 6507-13).

Det är ostridigt i målet att utformningen av de typexempel utifrån vilka bedömningen av kriteriet prisnivå gjorts inte framgått av förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening innebär detta att anbudsgivarna inte vetat om eller haft möjlighet att kontrollera vad som kommer tillmätas betydelse vid utvärderingen. Det är visserligen ostridigt i målet att det framgått vilka olika prisuppgifter som efterfrågats men utvärderingsförfarandet har dock inte gjort det möjligt att förutse vilka av dessa uppgifter som faktiskt kommer att ha betydelse. Förvaltningsrätten finner vidare att det är oklart huruvida de fiktiva arbetsprojekten färdigställdes innan anbudstidens utgång och att det därför åtminstone teoretiskt funnits utrymme att anpassa typexemplen efter att anbuderna lämnats in.

Enligt förvaltningsrättens mening kan den omständigheten att anbudsgivarna skulle kunnat prisa in sig om typexemplen varit kända inte anses innebära att det varit förenligt med transparensprincipen att hemlighålla dessa. Detta särskilt med beaktande av att upphandlande myndigheter enligt LUF ges möjlighet att förkasta onormalt låga anbud. Förvaltningsrätten anser inte heller att det förhållandet att det rör sig om ett ramavtal, innebärande att den närmare utformningen av framtida projekt inte varit fastställd, medför att det varit förenligt med transparensprincipen att hemlighålla typexemplen.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att utformningen av utvärderingskriteriet inte uppfyllt det grundläggande krav på transparens som gäller vid upphandling enligt LUF. Värmevätskan har på grund av detta lidit eller åtminstone riskerat att lida skada genom att möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud har begränsats. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LUF. Då det rör sig om en brist vad gäller förfrågningsunderlagets utformning finns inte skäl att förordna om en mindre ingripande åtgärd än att upphandlingen ska göras om. Ansökan ska därför bifallas på det sättet.

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

  
Anders Mattsson

David Björfeldt har föredragit målet.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.