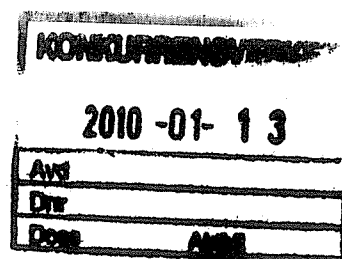


**LÄNSRÄTTEN I  
UPPSALA LÄN**

**DOM**  
2010-01-12  
Meddelad i  
Uppsala

Mål nr  
2196-09 E



**SÖKANDE**

Nordplan Inredningar AB, 556207-1729

**Ombud:**

Advokaten Carl Bokwall och jur. kand. Per-Owe Arfwedson  
Advokatfirman Cederquist KB  
Box 1670  
111 96 Stockholm

**MOTPART**

Uppsala universitet  
Avdelningen för IT och Inköp  
Upphandlingsenheten  
Box 887  
751 08 Uppsala

**ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING**

Bokdepå Celsiushallen, Engelska parken vid Uppsala universitet  
Dnr UH 2009/24, UUMS/09-9

**SAKEN**

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

**LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Länsrätten avslår ansökan om åtgärder enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut som meddelats den 9 oktober 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 51549

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Kungsgatan 49	018-16 73 00 E-post: lansratteni uppsala@dom.se	018-16 73 43	måndag – fredag 08:30-16:25

## BAKGRUND

Uppsala universitet (universitetet) har begärt in anbud i en öppen offentlig upphandling av erforderlig projektering för bjälklag och hyllinredning i depålokal med elmotordrivna hyllor, komplett med tillverkning, leverans och montering i bokdepå Celsiushallen, Engelska parken vid Uppsala universitet. Tilldelningsbeslut meddelades den 29 september 2009, varvid Constructor Sverige AB (Constructor) tilldelades upphandlingen.

## YRKANDEN M.M.

Nordplan Inredningar AB (bolaget) ansöker om överprövning av universitetets upphandling och yrkar att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

### *Otillåtet utvärderingskriterium*

Universitetet har tillämpat ett otillåtet och ovidkommande kriterium för utvärdering av anbuden, vilket strider mot principen om likabehandling och transparens. Omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen har sammanblandats med anbudsutvärderingen i strid med 12 kap. 1 § LOU och EG-domstolens domar i målen C-31/87 *Beentjes*, C315/01 *GAT* samt C 532/06 *Lianakis*.

Universitetet har tillämpat kravet i punkten 10.1.2.2 i Anbudsinbjudan som avser vilka likvärdiga uppdrag anbudsgivaren utfört både som kvalificeringskriterium och som utvärderingskriterium, trots att kravet endast får tillämpas vid kvalificeringsfasen. Tillämpningen av utvärderingskriteriet likvärdiga uppdrag har inneburit att anbudsutvärderingen påverkas av ovidkommande hänsyn, vilket strider mot LOU. Vid utvärderingen får en prövning inte ske av anbudsgivarens lämplighet eller förmåga att leva upp till sina åtaganden, då utvärderingen ska ta sikte på den specifika metod eller motsvarande som anbudsgivaren faktiskt offererar. Referenser som utvärderas och innehåller allmänna omdömen om en anbudsgivare och

dennes tidigare uppdrag har ingen som helst relevans för utvärderingen av ett annat anbud, eftersom utförandet inte är detsamma.

Det är oklart vilka egenskaper hos anbudsgivarna som universitetet egentligen har utvärderat. En trolig hypotes är att utvärderingen kretsat kring den erfarenhet och kvalifikationer anbudsgivaren besitter att utföra liknande uppdrag av hyllinredning och bjälklag som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Universitetet har med likvärdiga uppdrag endast avsett att fastställa anbudsgivarens allmänna förmåga att utföra uppdraget. Kriteriet är således otillåtet och kan endast tillämpas som ett kvalificeringskrav.

De referenser/förteckningar på utförda uppdrag som anbudsgivarna lämnat in innehåller endast rudimentära uppgifter som i princip endast ger kontaktuppgifter till uppdragsgivarna, tidsperiod och omfattning av uppdragen. Dessa uppgifter medger inte någon som helst kvalitativ bedömning av anbudsgivarnas anbud och kriteriet kan därmed inte identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Distinktionen mellan referenser eller en förteckning av utförda arbeten är inte relevant i målet. Universitetet har vitsordat att man lagt en enkel förteckning över tidigare uppdrag till grund vid utvärderingen av anbuden och inte gjort en kvalitativ bedömning av dessa uppdrags relevans för bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller hur uppdragen genomförts. Det föreligger en skyldighet att ange grunderna för värderingen i förfrågningsunderlaget och en kvalitativ värdering av anbuden måste alltid ske.

Med en relativ bedömning avses en kvalitativ bedömning, innebärande en bedömning av hur väl anbuden uppfyller utvärderingskriteriet i motsats till en binär bedömning av om kriteriet är uppfyllt eller inte. En enkel förteckning, likt den som universitetet har begärt in, ger ingen information som gör det möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Universitetet har tillämpat lägsta pris som tilldelningskriterium, eftersom

utvärderingskriteriet likvärdiga uppdrag inte är något annat än ett kvalificeringskrav. Universitetet har konstaterat att anbudsgivarna uppfyllt kvalificeringskravet likvärdiga uppdrag och samma binära bedömning har skett vid utvärderingsfasen genom att universitetet har lagt samma förteckning över tidigare uppdrag till grund vid utvärderingen av anbudet. Universitetet har återanvänt ett identiskt kvalificeringskrav i utvärderingsfasen och inte gjort en kvalitativ bedömning av uppdragens relevans för bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller hur väl uppdragen genomförts.

*Fritt skön vid utvärderingen av referenserna*

Universitetet har utvärderat referenser under utvärderingskriteriet likvärdiga uppdrag på ett sätt som ger universitetet fritt skön att bedöma referenserna. Genom utvärderingen av referenserna har universitetet i praktiken frångått utvärderingskriteriet likvärdiga uppdrag betydelse i upphandlingen och har härigenom frångått sitt eget förfrågningsunderlag. Förfarandet strider mot principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Universitetet har i sitt förfrågningsunderlag fastslagit att likvärdiga uppdrag är den viktigaste parametern när det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska bestämmas och att detta sker genom någon slags bedömning av den förteckning över uppdrag som anbudsgivaren skickar med sitt anbud.

Det framgår dock inte någonstans i förfrågningsunderlaget hur referenstagningen ska gå till förutom att referenserna ska avse en viss typ av hyllinredningar och bjälklag. Det framgår inte heller vilka frågor som kan ställas till referenspersonerna, hur frågorna ställdes (per telefon eller med hjälp av en skriftlig enkät), vad referenspersonerna kan komma att uttala sig om eller hur referenserna ska poängsättas eller bedömas av universitetet. Det är vidare oklart vilka omständigheter som referenspersonerna faktiskt har redogjort för och vilken betydelse detta haft för att styrka eller försvaga

universitetets bedömning av anbudsgivarna. Det är likaså oklart om det är antalet referenser, storleken på uppdraget som referenserna är kopplade till, kvaliteten på utförda uppdrag som varit avgörande för om universitetet höjt eller sänkt sin bedömning av anbudsgivaren och därmed avgjort den viktigaste parametern i upphandlingen.

De enda kommentarerna som finns kring hur universitetet har bedömt referenserna återfinns i tilldelningsbeslutet där universitetet slår fast att bolaget och Constructor ”har erforderlig kompetens och kapacitet”, samt att båda anbudsgivarna vid utvärderingen av kriteriet likvärdiga uppdrag bedömdes ”likvärdiga” och ”OK”. På vilka grunder universitetet kommit till dessa slutsatser eller vad som krävts för maximal poäng eller vilka omständigheter som har försvagat omdömet om anbudsgivaren är inte känt.

I förevarande upphandling finns inte någon poängmodell eller liknande underlag som möjliggör för anbudsgivarna att bedöma vilka uppgifter som universitetet kommer efterfråga i sina kontakter med referenspersonerna. Det framgår inte heller vilken betydelse universitetet kommer att lägga vid de uppgifter som referenspersonerna lämnat eller hur värderingen av anbudsgivarna under utvärderingskriteriet likvärdiga uppdrag skulle gå till. Det är således inte möjligt varken för en domstol eller bolaget att bedöma hur universitetet kommit till slutsatsen att båda anbudsgivarnas referenser varit så identiska att anbudsgivarna vid utvärderingen av likvärdiga uppdrag var ”likvärdiga”. Utformningen och tillämpningen av utvärderingskriteriet medger universitetet att helt fritt bedöma uppgifterna från referenspersonerna, vilket utgör en allvarlig brist i förfrågningsunderlaget.

Bolagets efterforskningar visar att universitetet inte utvärderat samtliga av bolaget åberopade referenser. Det är ett grundläggande krav att anbudsgivarna på förhand vet hur deras anbud kommer att bedömas och i detta fall hur de referenser som uppges kommer att bedömas. Om referenser ska

utvärderas har universitetet en skyldighet att kontakta samtliga de referenser som anbudsgivaren erbjuder, såvida inte den upphandlande myndigheten begränsat antalet referenser. Eftersom universitetet inte begränsat antalet referenser måste samtliga utvärderas. I annat fall genomförs inte en allsidig, representativ och likvärdig utvärdering av referenserna. Anbudsgivarna riskerar då att behandlas helt olika. Det sätt på vilket universitetet tillämpat utvärderingskriteriet innebär att resultatet av utvärderingen till stora delar blir beroende av slumpen, det vill säga om universitetet kontaktade "rätt" eller "fel" referensperson. Att universitetet endast kontaktar vissa referenser ger universitetet ett fritt skön att bedöma de referenserna i strid mot de grundläggande principerna i LOU. Universitetets bedömning under utvärderingskriteriet likvärdiga uppdrag att anbudsgivarna var "likvärdiga" bygger inte på annat än en subjektiv, ytlig, samt i bästa fall slumpartad bedömning som inte når upp till det minimikrav på förutsägbarhet och likabehandling som LOU kräver.

Sammanfattningsvis står det klart att universitetet genomfört en ogenomtänkt utvärdering av kriteriet likvärdiga uppdrag. Att universitetet vid utvärderingen möjligen kan ha kommit till insikt att det inte gick att utvärdera de efterfrågade referenserna på ett objektivt och likvärdigt sätt och därför bedömt anbudsgivarna som "likvärdiga" är inte förenligt med LOU. Ett sådant förfarande innebär att olika situationer behandlas lika, vilket strider lika fullt mot likabehandlingsprincipen. Det innebär att universitetet frångått sitt eget förfrågningsunderlag och medgivit att utvärderingsparametern pris fått bli det mest betydelsefulla kriteriet för vem som ska tilldelas kontrakt i upphandlingen.

#### *Viktning eller rangordning av utvärderingskriterier*

Universitetet har underlåtit att vikta utvärderingskriterierna och har inte haft godtagbara skäl till varför rangordning tillämpas i stället för viktning, vilket har skett i strid mot principen om transparens och mot bestämmel-

serna i 12 kap. 2 § och 1 kap. 9 § LOU. Universitetet har underlåtit att ange utvärderingskriteriernas relativa vikt enligt 12 kap. 2 § LOU och utan påvisbara skäl angett kriterierna i fallande ordning. Förfarandet strider mot principerna om transparens. Den upphandlande myndigheten ska, när den tilldelar kontrakt till det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ange hur kriterierna kommer att viktas inbördes. Kriterieviktningen får även anges som en intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna enligt dessa två föregående alternativ, ska kriterierna anges i fallande rangordning. Enligt förarbetena till bestämmelsen åligger det den upphandlande myndigheten att påvisa att den inte kan ange vikt eller ens vikt i intervall. Den upphandlande myndigheten är således skyldig att ange godtagbara skäl till varför transparensen måste inskränkas i förhållande till anbudsgivarna. Enligt bolaget saknas det något som helst skäl till att begränsa transparensen på sätt som skett.

Universitetet har valt rangordning framför viktning då det inte varit möjligt att ”gradera kravuppfyllelsen”. Det är aldrig ett godtagbart skäl att använda rangordning för att det är svårt att betygsätta eller bedöma anbudsgivarnas anbud. Rangordning av kriterierna kan endast tillämpas om upphandlingen är så komplicerad att det är svårt att ange vilken relativ betydelse den upphandlande myndigheten ska lägga vid respektive utvärderingskriterium. Detta har visat sig möjligt i långt mer komplicerade upphandlingar än denna. I och med att universitetet har angivit att kontrakt ska tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska en relativ bedömning av anbudens kvalitet som avgör hur väl anbudet uppfyller angivna utvärderingskriterium.

Någon sådan utvärdering har ostridigt inte skett eftersom universitetet har en binär syn på kriteriet likvärdiga uppdrag – antingen är kriteriet uppfyllt eller inte. Om kriteriet inte är uppfyllt utvärderas inte anbudet vidare. Om kriteriet är uppfyllt av alla anbudsgivare blir priset allenarådande. Detta

utgör sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier där universitetet i stället för att tillmäta kriteriet likvärdiga uppdrag mest betydelse, låtit kriteriet pris avgöra utgången av upphandlingen. En binär utvärdering är inte tillåten eftersom det innebär att den upphandlande myndigheten avstår från att bedöma i vilken utsträckning som anbudet uppfyller den upphandlande myndighetens behov och därmed är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Om universitetet ville utvärdera binärt borde de i stället valt att tilldela kontrakt till det lägsta priset enligt 12 kap. 1 § punkt 2 LOU. Att endast utvärdera lägsta pris när förfrågningsunderlaget anger det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningskriterium är ett allvarligt brott mot transparensprincipen. Oavsett hur det förhåller sig med att universitetet inte kunnat göra en relativ bedömning, beror det på universitetets eget val av ett otillåtet utvärderingskriterium och hur detta tillämpats.

De omständigheter som universitetet åberopar har ingen koppling till hur komplex upphandlingen varit utan har att göra med universitetets val av utvärderingskriterium. Mot bakgrund av förfrågningsunderlagets utformning, upphandlingsföremålet samt innehållet i universitetets senaste yttrande är det bolagets uppfattning att upphandlingen inte är av komplicerad natur som motiverar att transparensen inskränks. Bevisbördan för att viktning inte är möjlig att genomföra åvilar helt universitetet. Universitetet har dock inte anfört något som utgör godtagbart stöd för sitt påstående att viktning inte varit möjligt.

#### *Skada*

Som en följd av att universitetet har brutit i sina förpliktelser enligt LOU har bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada, genom att bolaget vid ett korrekt utformat förfrågningsunderlag skulle ha haft bättre möjligheter att utforma sitt anbud och därigenom kunnat erhålla kontraktet i upp-



handlingen. Felet innebär att universitetet har frångått sitt förfrågningsunderlag, att universitetet omöjliggjort det för någon att avgöra hur anbudet skulle komma att bedömas samt att den bedömning som trots allt skett har varit ovidkommande för upphandlingen. Om felet inte förekommit och universitetet tillämpat ett förfrågningsunderlag som bättre stämmer överens med de grundläggande principerna i LOU skulle bolaget haft bättre förutsättningar att utforma sitt anbud och därigenom ökat sina möjligheter att erhålla kontraktet. Eftersom bolaget inte givits denna möjlighet lider de skada och upphandlingen ska göras om.

#### *Bifogade handlingar*

Till ansökan om överprövning har bifogats tilldelningsbeslut/anbudsprotokoll, förfrågningsunderlag, bolagets och Constructors referenslistor, EG-domstolens domar i målen *Beentjes*, *GAT* och *Lianakis*, Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 mars 2009 (mål nr 6996-08) och den 10 juli 2009 (mål nr 2295-09), Kammarrätten i Stockholms dom den 19 december 2008 (mål nr 5512-08) samt Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 oktober 2009 (mål nr 2187-09).

**Universitetet** bestrider bifall till ansökan och yrkar att länsrätten avslår bolagets ansökan om överprövning. Till stöd härför anförs bl.a. följande.

#### *Otillåtet utvärderingskriterium*

Universitetet har rangordnat kriterierna så att förmågan att leverera lösning likvärdig med bolaget eller Constructor är viktigare än pris. Eftersom inte viktning används, blir konsekvensen av alternativen följande.

1. Ett eller flera anbud uppfyller utvärderingskriteriet nr 1 och det eller dessa anbud går vidare till utvärderingskriteriet nr 2, pris. De anbud som inte uppfyller fabrikat bolaget eller Constructor eller likvärdig konstruktion går ej vidare till prisutvärdering eftersom kravet i utvärderingskriteriet nr 1

är nödvändigt för att erhålla en för universitetet godtagbar lösning. Kravet i utvärderingskriteriet nr 1 är av art att det inte går att gradera kravuppfyllelse, utan kravet är antingen uppfyllt eller ej uppfyllt. Därav rangordning i stället för viktning.

2. Inget anbud uppfyller kravet i utvärderingskriteriet nr 1. I detta fall hade universitetet varit tvunget att endera avbryta upphandlingen eller att övergå till förhandlad upphandling utan föregående annonsering för att därigenom försöka få till stånd kompletteringar på sätt så att kravet blivit uppfyllt.

Eftersom bedömningen är densamma som om kravet på likvärdighet legat enbart i kvalificeringsfasen har utvärderingen inte påverkats av ovidkommande hänsyn. Ett rangordnat kriterium som måste vara uppfyllt har samma effekt som ett kvalificeringskrav. Bolagets påpekande om otillåtna utvärderingskrav har betydelse endast om kraven är av en typ som kan viktas och därför kan direkt sammanvägas med pris. Då det endast finns ett sätt att bedöma kravet i utvärderingskriteriet nr 1 är universitetets bedömning transparent och anbudsgivarna har likabehandlats.

Universitetet värjer sig bestämt mot att nyttja relativ betygssättning. Det är universitetets uppfattning att betyg ska vara oberoende av betyg som tilldelas övriga anbudsgivare. Det är inte korrekt att pris varit allenarådande. En anbudsgivare som inte i sitt anbud har lämnat en förteckning över uppdrag som visar att anbudsgivaren har utfört arbeten med efterfrågad kvalitet hade inte medtagits i prisutvärderingen.

*Fritt skön vid utvärderingen av referenserna*

Två anbud har inkommit. Ett anbud var av fabrikat bolaget och ett anbud var av fabrikat Constructor. Båda anbuderna uppfyllde kraven på exakt likvärdigt sätt. Det var och är därför uteslutet att gradera anbuderna med avseende på hur de uppfyllde kravet.

Det är avsevärd skillnad mellan referens och förteckning över utförda arbeten. Referenser är ett begrepp som allmänt används när avsikten är att referensen ska få uttrycka sin mening om kvaliteten av uppdragets utförande. Förteckning används om avsikten är att säkerställa existensen av en viss typ av uppdrag. Universitetet har aldrig i underlaget använt ordet referens, vad som har efterfrågats är en förteckning över de uppdrag som visar att anbudsgivarna har utfört uppdrag med efterfrågad kvalitet. Det är främmande för universitetet att på godtyckligt sätt i efterhand tillföra bedömningsgrunder baserade på referenser som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Universitetet har endast efterfrågat och bedömt förmågan att utföra uppdrag med specificerad kvalitet, vilket har gjorts genom omnämnande av fabriken bolaget och Constructor i förfrågningsunderlaget. De båda anbudsgivarna är just bolaget och Constructor. Båda har lämnat efterfrågad förteckning och uppfyller därför kravet på likvärdigt sätt.

Universitetet har haft en e-postkontakt med de personer som varit möjliga att nå av de angivna kontaktpersonerna i förteckningen över uppdrag. Denna kontakt har endast haft syftet att verifiera existens av genomförda uppdrag. Bolaget uppger felaktigt att referenser efterfrågas. Det som endast efterfrågas är en förteckning över de uppdrag av liknande art och omfattning som entreprenören genomfört, vilket har haft till syfte att styrka kravuppfyllelse. Universitetet har inte planerat att ställa frågor till tredje part där svar ska utvärderas. Det finns därmed ingen oklarhet avseende bedömningen av liknande uppdrag. Universitetet har inte heller bedömt någonting som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Universitetet anser inte att det har någon som helst skyldighet att intervjua alla i uppdragsförteckningen, tvärtom anser universitetet att tredje part så lite som möjligt ska påverka utvärderingen med information infordrad efter sista anbudsdagen.

Det finns bara ett sätt att utvärdera kravet. Utvärdering har således inte skett efter universitetets skön utan på enda möjliga sätt. Att förfrågnings-

underlaget frångåtts stämmer inte eftersom universitetet utvärderat kravet på det enda möjliga sättet med utgångspunkt från förfrågningsunderlaget.

*Viktning eller rangordning av utvärderingskriterier*

Eftersom kravet om likvärdiga uppdrag endera är uppfyllt eller inte uppfyllt och uppfyllelse är nödvändigt för tilldelning av kontrakt är det inte möjligt att vikta kravet mot andra utvärderingsparametrar. Det är därför uteslutet att använda viktning i detta fall.

Universitetet har inte tagit med något i sin bedömning som inte har framgått i förfrågningsunderlaget. Därmed har endast förmågan att utföra uppdrag med godkänd kvalitet bedömts. Kriteriet är sådant att formuleringen inte medger annan kvalitativ bedömning än uppfyllt eller ej uppfyllt. Förmågan att leverera rätt kvalitet har bedömts på samma sätt som ett kvalificeringskrav, vilka alltid är binära. Sättet att bedöma kriteriet skiljer sig därför inte från vad som kan tillämpas för kvalificeringskrav, det vill säga den typ av krav som universitetets kvalitetskrav kan hänföras till. Universitetet har inte utvärderat något som inte framgår av förfrågningsunderlaget och har därför inte gjort någon inskränkning av transparensen då utvärdering har skett på enda tänkbara sätt.

*Skada*

Bolaget har inte anfört någonting som utvisar en möjlighet att det skulle komma att tilldelas uppdraget om upphandlingen skulle rättas eller göras om. Universitetet har gjort två olika prisutvärderingar av lämnade anbudspriser. Prisutvärdering nr 2 har gjorts efter önskemål vid träff från bolaget. Universitetet träffade de båda anbudsgivarna för att stämma av att de hade uppfattat uppdraget rätt. Båda prisutvärderingarna har resulterat i att Constructors anbudspris har lägst pris. Det är således inte korrekt att bolaget vid alternativ utformning av underlaget hade haft bättre möjligheter att tilldelas kontraktet. Vid ett alternativt utförande hade priset ensamt varit

avgörande, vilket inneburit att Constructor även i detta fall skulle ha vunnit upphandlingen. Bolaget har därför inte visat att det lidit någon skada.

Universitetet har visat att bedömningen hade blivit identisk var kravet om likvärdig kvalitet än hade placerats. Bolaget hade således inte vunnit utvärderingen även om kravet placerats där bolaget hävdar att det hör hemma. Bolaget har inte visat att universitetets agerande under upphandlingen skulle ha förhindrat bolaget att delta i upphandlingen på ett rättvist sätt. Universitetet har inte frångått sitt förfrågningsunderlag. Placeringen av kravet på likvärdiga uppdrag är ingenting som på något sätt påverkar bolagets kostnader för att fullfölja uppdraget och därmed inte heller priset i anbudet. Påståendet att bolaget med en annan placering av kravet kunnat ge ett fördelaktigare anbud saknar därför grund.

**Länsrätten** förordnade genom interimistiskt beslut den 9 oktober 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat.

## SKÄL

### **Tillämpliga bestämmelser**

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

I 12 kap. 1 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till fö-

remålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

### **Utredningen i målet**

*I förfrågningsunderlaget anger universitetet bl.a. följande.*

#### 10.1.1 Krav

4. Anbudsgivaren skall ha erforderlig kompetens för att genomföra uppdraget. Detta betyder att anbudsgivaren skall ha utfört uppdrag av liknande art och omfattning på ett för beställaren tillfredsställande sätt under de senaste fyra åren.

#### 10.1.2 Bevis

2. Förteckning över de uppdrag av liknande art och omfattning som entreprenören (och ev. underentreprenören) genomfört under de senaste fyra åren, inklusive uppgift om kontaktperson och telefonnummer.

### 10.2 Anbudsutvärdering

I andra steget värderas anbudet.

#### 10.2.1 Skall-kraven

Samtliga skall-krav måste vara uppfyllda.

#### 10.2.2 Utvärderingskriterier

Vid anbudsutvärderingen kommer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att antas. Följande kriterier är rangordnade. Bedömningskriteriet nr 1 kommer att värderas högre än kriteriet nr 2:

1. Likvärdiga uppdrag, se punkt 10.1.2.2.

Utvärdering av likvärdiga uppdrag:

Hyllinredning och bjälklag ska vara utförda likvärdigt med fabrikat Constructor AB eller Nordplan Inredningar AB kompaktinredning på två plan med fribärande entresolbjälklag.

2. Pris.

I *tilldelningsbeslut/anbudsprotokoll* den 29 september 2009 anges bl.a. följande. Nordplan Inredningar AB och Constructor Sverige AB går vidare till utvärderingsfasen. De uppfyller även ställda skall-krav och går vidare till nästa steg i utvärderingsfasen. Nordplan Inredningar AB och Constructor Sverige AB bedöms som likvärdiga. Utvärdering har skett av Nordplan Inredningar AB och Constructor Sverige AB:s lämnade priser. Två utvärderingar har gjorts. En utvärdering där pris per hyllmeter räknats fram på lämnat totalpris. En utvärdering där pris per hyllmeter räknats fram på lämnat pris för endast hyllinredning + pris för hiss, entresol, trapp m.m. Anbudet från Constructor Sverige AB bedöms som ekonomiskt mest fördelaktigt och kommer därmed att antas som entreprenör.

### **Länsrättens bedömning**

Länsrätten har att ta ställning till huruvida den överklagade upphandlingen, härrörande till en bokdepå i Celsiushallen vid Uppsala universitet, ska göras om eller inte. Enligt Nordplan Inredningar AB, det bolag som förlorade upphandlingen, har universitetet tillämpat ett otillåtet utvärderingskriterium i strid mot principen om likabehandling och transparens genom att ha sammanblandat leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen. Bolaget ifrågasätter även universitetets förfarande med referenser/förteckningar på utförda uppdrag under anbudsutvärderingen.

### *Otillåtet utvärderingskriterium*

I ett upphandlingsförfarande ska ingå en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. Prövningen under kvalificeringsfasen syftar till att säkerställa leverantörens förmåga att leverera det som ska upphandlas enligt förfrågningsunderlaget. Prövningen i detta skede tar således sikte på leverantörerna och inte deras anbud. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderingsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller, som i förevarande fall, det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Prövningen under utvärderingsfasen gäller således de anbud som lämnats, inte leverantörerna som lämnat anbuden. Prövningen under utvärderingsfasen avser att utifrån de krav på tjänsten eller produkten som framgår av förfrågningsunderlaget, värdera de anbud som kvalificerat sig till utvärderingen utifrån angivna utvärderingskriterier. Det är viktigt att hålla isär de båda faserna. Vid utvärderingsfasens poängsättning och rangordning får enbart de faktorer som rör varans eller tjänstens pris och kvalitet beaktas.

Länsrätten kan konstatera att något generellt förbud mot att använda referenser i utvärderingsfasen inte finns så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EG-domstolens avgörande *Lianakis* framgår emellertid att kriterier som huvudsakligen



avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Syftet med att inte sammanblanda de olika faserna är att den upphandlande myndigheten ska få bästa möjliga kvalitet till lägsta möjliga pris. Tanken är således att de anbudsgivare som kvalificerat sig till utvärderingsfasen ska betraktas som jämbördiga vad avser de faktorer som enbart rör själva företaget. Annars skulle exempelvis etablerade företag med stora finansiella resurser gynnas i förhållande till mindre företag med små finansiella resurser, vilket skulle vara negativt för konkurrensen.

Detta kan emellertid inte anses innebära att det skulle vara otillåtet att i utvärderingsfasen beakta t.ex. personalens kompetens, om tidigare uppdrag har utförts i rätt tid och med viss kvalitet, anbudsgivarens bemötande och så vidare. Sådana kriterier, som alltså har koppling till kvalitetsnivån, får anses vara hänförliga till föremålet för upphandlingen, dvs. tjänsten eller produkten, och inte anbudsgivarens kvalifikationer och kapacitet. I annat fall skulle exempelvis upphandlingar av konsulttjänster i praktiken avgöras av kriteriet lägsta pris och inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I Lianakis-avgörandet var det dessutom tydligt att kriterierna för tilldelning inte hade något samband med kvalitet, utan hänförde sig till leverantörens kapacitet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7332-08).

I EG-domstolens avgörande *GAT* punkten 66 anges följande. En enkel förteckning över referenser, som den som krävdes i den anbudsinfordran som var aktuell i målet vid den nationella domstolen, som endast innehåller uppgifter om identitet och antal beträffande anbudsgivarnas tidigare kunder, men som inte innehåller andra uppgifter om leveranser som gjorts till dessa kunder, ger ingen information som gör det möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga budet i den mening som avses i artikel 26.1 b i direktiv 93/36 (Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om

samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor). Förteckningen kan därför inte i något fall utgöra ett tilldelningskriterium enligt denna bestämmelse.

I förevarande fall har anbudsgivarna uppmanats att insända en förteckning över tidigare uppdrag, som bevis för kvalificeringskravet att anbudsgivaren ska ha utfört uppdrag av liknande art och som bevis för utvärderingskriteriet likvärdiga uppdrag. Universitetet har sedan kontaktat några av kontaktpersonerna, endast för att verifiera existensen av genomförda uppdrag. Detta kan således inte vara ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i utvärderingsskedet, då ingen kvalitativ bedömning har skett.

Om tilldelningen sker på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det mest fördelaktiga, ska det bedömas på olika kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet, till exempel pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet (jfr prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, s. 244).

Universitetet har angett att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Som utvärderingskriterier har universitetet valt likvärdiga uppdrag och pris. Kriteriet likvärdiga uppdrag, att hyllinredning och bjälklag ska vara utförda likvärdigt med fabrikat Constructor AB eller Nordplan Inredningar AB, är enligt länsrättens mening hänförligt till utförandet av anbudsgivarens tidigare uppdrag och inte kopplat till kvaliteten på föremålet för upphandlingen. Kriteriet likvärdiga uppdrag hade därför lämpligen placerats enbart som ett kriterium i kvalificeringsfasen och inte som ett utvärderingskriterium, då det enligt länsrättens mening inte syftar

till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Universitetet har vidare angett att kriteriet har bedömts som om det vore ett kvalificeringskrav.

Mot bakgrund härav finner länsrätten det visat att förfrågningsunderlaget utformats felaktigt då ett av kriterierna hemmahörande i kvalificeringsfasen placerats i utvärderingsfasen. Detta har även medfört att universitetet som grund vid tilldelningen av kontraktet i praktiken tillämpat lägsta pris istället för det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, såsom angetts i förfrågningsunderlaget.

*Fritt skön vid utvärderingen av referenserna*

Bolaget har vidare anfört att universitetet har utvärderat referenser under likvärdiga uppdrag på ett sätt som ger universitetet fritt skön att bedöma dessa, då det inte framgår hur referenstagningen ska gå till och då de har inte utvärderat samtliga referenser.

Universitetet har begärt in en förteckning över uppdrag av liknande art inklusive uppgifter om kontaktpersoner och telefonnummer. Enligt universitetet har detta endast varit i syfte att verifiera existensen av tidigare uppdrag och således inte att göra någon kvalitativ bedömning av de tidigare uppdragen. Det har inte angetts huruvida dessa kontaktpersoner skulle komma att vidfrågas om tidigare uppdrag eller hur bedömningen i detta hänseende skulle gå till.

Länsrätten finner att genom den utformning som likvärdiga uppdrag har fått i förfrågningsunderlaget, kan kriteriet endast anses vara antingen uppfyllt eller inte uppfyllt. I detta avseende kan inte kriteriet anses lämna utrymme för subjektiva värderingar. Länsrätten finner dock att universitetet i förfrågningsunderlaget lämpligen borde ha specificerat ändamålet med förteckningen över tidigare uppdrag och kontaktpersoner. Att inte alla kon-

taktpersoner tillfrågats kan inte anses strida mot LOU, då syftet inte var att de skulle lämna en bedömning av tidigare uppdrags kvalitet. Vidare kan här noteras att bolaget uppfyllde kriteriet likvärdiga uppdrag och det var därmed inte det kriteriet som avgjorde upphandlingen.

*Viktning eller rangordning av utvärderingskriterier*

Bolaget har vidare anfört att universitetet har underlåtit att ange utvärderingskriteriernas relativa vikt och utan påvisbara skäl angett kriterierna i fallande ordning.

I de nya upphandlingsdirektivens bestämmelser om kontraktstilldelning föreskrivs viktning av kriterierna vid tillämpning av grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Med viktning förstås att det inbördes förhållandet mellan utvärderingskriterierna anges. Kriteriernas vikt får anges som intervall men spridningen i intervallen får inte vara så stor att det i realiteten innebär att informationen förlorar sin betydelse. Om den upphandlande myndigheten anser att viktning inte är möjlig ska den ange kriterierna i fallande prioriteringsordning. Det ankommer då på den upphandlande myndigheten att visa att det inte varit möjligt att ange den relativa viktningen (jfr prop. 2006/07:128 s. 249).

Enligt ovan finner länsrätten att universitetet har visat att det inte varit möjligt att vikta utvärderingskriteriet likvärdiga uppdrag, då det antingen varit uppfyllt eller inte och således måste utvärderas binärt. Att kriteriet endast kan utvärderas binärt och inte kan viktas ger även det stöd för länsrättens bedömning att kriteriet rätteligen skulle ha hört hemma under kvalificeringsfasen.

*I strid med LOU eller gemenskapsrätten*

De inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet har i praxis ansetts kräva att ett förfrågningsunderlag ska

vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principen om transparens enligt gemenskapsrätten. Anbudsgivarna bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur utvärderingen kommer att gå till. Detta är en förutsättning för att anbudsgivarna ska förstå konsekvenserna av att välja den ena eller den andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt.

Regeringsrätten har dock i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av detta följer att inte varje brist i ett förfrågningsunderlag utgör grund för ingripande enligt LOU.

Vid en bedömning av samtliga omständigheter i målet finner länsrätten att universitetets förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell inte är optimala och att kriteriet likvärdiga uppdrag rätteligen skulle ha hänförts till kvalificeringsfasen. Bolaget har dock inte visat att universitetet, i och med detta, har tagit ovidkommande hänsyn eller att förfrågningsunderlaget har frångåtts. Universitetet har funnit att bolaget och Constructor har uppfyllt kriteriet likvärdiga uppdrag på ett likvärdigt sätt. Bolaget har heller inte visat att universitetet har utvärderat referenser efter fritt skön.

Trots bristerna i förfrågningsunderlaget, är det länsrättens uppfattning att bolaget ändå måste ha förstått att de skulle uppfylla kriteriet likvärdiga uppdrag, i och med att de utgör ett av de angivna fabrikaten, och att priset således skulle vara avgörande. Bolaget har inte anfört något gällande uni-

versitetets utvärdering av kriteriet pris. Länsrätten finner därmed att förfrågningsunderlaget inte brister i förutsägbarhet och transparens. Constructor och bolaget har behandlats på likvärdigt sätt och likabehandlingsprincipen har således inte heller frångåtts. Mot denna bakgrund finner länsrätten att bristerna i förfrågningsunderlaget inte är sådana att principerna i LOU och gemenskapsrätten har åsidosatts. Det konstateras vidare att omständigheterna i vart fall inte är sådana att bolaget kan anses ha lidit någon skada till följd av bristerna i förfrågningsunderlaget då dessa, enligt länsrättens bedömning, inte påverkat bolagets möjligheter att lämna ett mer fördelaktigt anbud.

Länsrätten finner sammantaget att förutsättning för att länsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU inte föreligger, varför bolagets ansökan därom ska avslås. Länsrätten interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

Länsrätten erinrar om att i och med att det interimistiska beslutet upphör att gälla, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Fristen löper från dagen för domen, oavsett vad som anges om överklagandetid i besvärshänvisningen.

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



Linda Åslin

länsrättsfiskal

LF