



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2017-05-22  
Meddelad i Linköping

Mål nr  
2174-17

1

**SÖKANDE**

ePassi Min Friskvård Sverige AB, 556617-0030  
Föreningsgatan 9  
461 30 Trollhättan

Ombud: Advokaten Johan Lindwall  
J. Lindwall Law Group Advokatbyrå AB  
Åsögatan 119  
116 24 Stockholm

**MOTPART**

Linköpings universitet  
581 83 Linköping

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2017-05-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts i enlighet med domskälen.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

Dok.Id 287678

Postadress  
Box 406  
581 04 Linköping

Besöksadress  
Brigadgatan 3

Telefon  
013-25 11 00  
E-post: [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)  
[www.forvaltningsratten@linkoping.dom.se](http://www.forvaltningsratten@linkoping.dom.se)

Telefax  
013-25 11 40

Expeditionstid  
måndag-fredag  
08:00-16:00

### BAKGRUND OCH YRKANDEN

Linköpings universitet (Universitetet) genomför en direktupphandling avseende systemstöd för friskvård, dnr LiU-2016-01692, enligt LOU. Universitetet meddelade den 23 mars 2017 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Actiway AB (Actiway) tilldelades kontrakt i upphandlingen. Efter påpekanden från anbudsgivare drog Universitetet tillbaka sitt tilldelningsbeslut och efter en rättelse av felaktigheter avseende beräkningsmatrisen meddelade ett nytt tilldelningsbeslut den 24 mars 2017. Av beslutet framgår att det vid anbudstidens utgång hade inkommit tre anbud som samtliga bedömdes uppfylla ställda obligatoriska krav och gick vidare till utvärdering. Vid utvärderingen hamnade Actiway och ePassi Min Friskvård Sverige AB (Bolaget) på samma totalpoäng. Universitetet bedömde då att Actiway hade den bästa lösningen, varför Actiway tilldelades kontraktet.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand förordnar om rättelse och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Universitetet anser att ansökan om överprövning ska avslås.

Förvaltningsrätten har interimistiskt förordnat att Universitetet inte får ingå avtal i upphandlingen.

### VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

#### **Bolaget**

Hur utvärderingen av anbuden i upphandlingen kommer att gå till framgår av punkten 1.9.4 *Utvärdering av anbud* i förfrågningsunderlaget.

Förfrågningsunderlaget saknar information om vad som gäller om flera anbudsgivare får samma totalpoäng.

Av tilldelningsbeslutet framgår att Bolaget har lämnat det lägsta priset, 90 000 kr, jämfört med Actiways pris på 116 000 kr. Bolaget och Actiway har fått samma totalpoäng. Universitetet har vid tilldelningsbeslutet bestämt att kontraktet ska tilldelas den anbudsgivare som sammantaget bedömdes ha offererat det funktionellt bästa systemet och som också erhållit högst poäng för funktionalitetsaspekten.

Upphandlingen har genomförts i strid mot gällande upphandlingsregler då Universitetet vid tilldelning har tillämpat fri prövningsrätt istället för lägsta pris vid bestämmande av vilket anbud som ska antas vid lika totalpoäng. Universitetet har därmed brutit i kraven på öppenhet och förutsebarhet, icke-diskriminering och likabehandling enligt 1 kap. 9 LOU. Trots att det inte finns några lagkrav på formen för anbud i direktupphandlingar ska de grundläggande principerna för all EU-rätt och för upphandlingsdirektiven alltid beaktas.

I Högsta domstolens avgörande NJA 1998 s. 873 har domstolen meddelat att en upphandlande myndighet inte fritt får pröva anbud utan ska vid utvärderingen tillämpa lägsta pris. Direktupphandling (och förenklad upphandling) regleras av 15 kap. LOU. Enligt 15 kap. 16 § LOU är en upphandlande myndighet skyldig att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till samtliga omständigheter eller det anbud som har lägst anbudspris. De utvärderingskriterier som en upphandlande myndighet tänker beakta vid prövning och antagande av det "ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" enligt paragrafen måste anges och om möjligt rangordnas efter angelägenhetsgrad i förfrågningsunderlaget. 15 kap. 16 § LOU innehåller ingen särreglering för direktupphandlingar. Rättsfallet NJA

1998 s. 873 är därför av intresse trots att det gäller förenklat förfarande och inte direktupphandling.

Universitetet har inkluderat utvärderingskriterier i sitt underlag, men det går inte att av de i underlaget lämnade uppgifterna fastställa rangordningen eller hur stor betydelse som Universitetet tillmätte de olika kategorierna vid upphandlingen. Det faktum att Universitetet inte angett vilka av kriterierna som skulle gälla för det fall två bolag fick samma poäng, har i praktiken inneburit att Universitetet förbehållit sig, och sedermera tillämpat, fri prövningsrätt vid avgörande av vilka kriterier som ska ha starkast genomslag. Det faktum att prisskillnaden enligt Universitetets uppfattning varit marginell har ingen betydelse för tillämpningen av regelverk och etablerad praxis.

Universitetet har mot bakgrund av ovan inte haft rätt att anta något annat anbud än det med lägsta anbudspris i den uppkomna situationen. Det aktuella uppdraget tilldelades genom nu överprövat beslut den anbudsgivare som sammantaget bedömdes ha offererat det funktionellt bästa systemet och som också erhållit högst poäng för funktionalitetsaspekten, således inte priset. Bolaget, vilket är att definiera som leverantör, har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av Universitetets felaktigt utförda upphandling.

#### **Universitetet**

Universitetet genomför en direktupphandling av ett systemstöd för friskvård till beräknad kostnad om cirka 100 000 kr under avtalsperiod om fyra år. Systemet ska i huvudsak bidra till en minskad administrativ hantering vid beviljande av friskvårdersättning till anställd personal på Universitetet. Offertförfrågan skickades till tre företag och samtliga tillfrågade

leverantörer inkom med anbud. Utöver funktionaliteten i offererade system har Universitetet utvärderat anbudspriset och tidigare uppdrag (referenser).

Bolaget och Actiway erhöll samma totalsumma i poängsummering av samtliga utvärderingsaspekter. Poängen fördelades dock olika för funktionalitet och pris (referenspoäng var lika för båda anbudena). Uppdraget tilldelades då till den anbudsgivare som Universitetet sammantaget bedömde ha offererat det funktionellt bästa systemet och som också erhållit högst poäng för funktionalitetsaspekten.

Universitetet har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU. Det föreligger därför inte någon överträdelse av bestämmelserna i LOU och Bolaget kan under sådana förhållanden varken lida eller riskera att lida skada i den meningen som avses i 16 kap. 6 § LOU.

Primärt är det av vikt att påtala att Universitetet är berättigad att anskaffa aktuellt systemstöd genom en direktupphandling, då kontraktsvärdet inte överstiger beloppsgränsen för tillåten direktupphandling. En direktupphandling är per definition en upphandling utan krav på anbud i viss form. Vid direktupphandling gäller inte några särskilda regler kring hur upphandlingen ska genomföras. Kraven på förfarandet kan av naturliga skäl inte ställas lika högt vid en direktupphandling som vid övriga upphandlingsförfaranden. Däremot ska upphandlande myndigheter alltid utgå från de upphandlingsrättsliga principerna. Vad de EU-rättsliga principerna mera exakt innebär för direktupphandlingar är inte helt klarlagt. En bedömning av vad som krävs måste göras i varje enskilt fall. Den upphandlande myndighetens val av leverantör måste dock kunna motiveras på objektiv och affärsmässig grund.

Av 15 kap. 19 § 1 st. (förenklad- och urvalsförfarande) med hänvisning till 9 kap. 9–10 §§ och 15 kap. 19 § 2 st. (direktupphandling) framgår det tydligt att upphandlande myndigheter, vid underrättelse om beslut i direktupphandlingsärenden, inte är ålagda att redovisa skäl för vald leverantör i samma utsträckning som vid förenklade/urvalsförfaranden. Universitetet har ändå angivet skälen för beslut om att tilldela annan anbudsgivare än Bolaget uppdraget.

Vad avser rättsfallet NJA 1998 s. 873 som Bolaget hänvisar till kan sägas att Högsta domstolens uttalanden i det målet är utan relevans för sakfrågan i det nu aktuella målet då föreligger viktiga särskiljande drag målen emellan för att det ska kunna tillämpas som stöd för Bolagets argumentation då (1) fråga är om olika upphandlingsförfaranden, (2) det finns specifika bestämmelser för förenklad upphandling kontra Universitetets skyldighet att beakta de upphandlingsrättsliga principerna på ett övergripande plan samt (3) Universitetet har angett tydliga utvärderingskriterier.

Bedömningen, utifrån Universitetets perspektiv, är således att utformningen av offertförfrågan och beslutet om tilldelad leverantör följer de upphandlingsrättsliga principerna i den utsträckning som är rimligt med hänsyn till att det är en enklare form av upphandling. Universitetet har utvärderat anbuderna i enlighet med de krav och förutsättningar som var angivna i offertförfrågan. När det stod klart att poängberäkningen resulterade i två offerter med samma slutpoäng, är det Universitetets bedömning att beslut om vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontrakt kan grundas på en avvägning mellan de båda särskiljande kriterierna, anbuderna emellan, vilket är pris och kvalitet. Universitetet har således grundat sitt beslut på objektiv grund, dvs. de uppgifter som Bolaget och övriga företag har lämnat i sina offerter. Beslutet är också affärsmässigt motiverat genom en avvägning mellan att anskaffa en programvara till en något högre kostnad ställt mot värdet av att anskaffa en vara med bedömd högre kvalitet.

Någon skyldighet att tillämpa en annan ordning, såsom lägsta pris, som Bolaget gör gällande, finns det inte stöd för enligt gällande regelverk. Vad Bolaget hävdar är gällande rätt avseende skyldigheten för en upphandlande myndighet att specificera om man tillämpar tilldelning av kontrakt baserat på lägst pris eller ekonomiskt mest fördelaktigt anbud, med angiven viktning eller rangordning, avser endast annonspliktiga upphandlingsförfaranden. Detta framgår av 15 kap. 16 § LOU där det anges att kriterieviktningen eller prioriteringsordningen ska anges i annonsen om upphandlingen, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Avsaknaden av information vid ett lika läge av totalpoäng medför inte att Universitetet begår en överträdelse av LOU eller att Universitetet är förpliktigt att utse anbudsgivare med lägst pris som vinnare. Vid en så pass marginell prisskillnad mellan vinnande anbud och Bolagets anbud torde det vara motiverat att beakta funktionalitet vid val av leverantör.

Sammanfattningsvis är Universitetets bedömning att genomförandet och handläggningen av direktupphandlingen följer de upphandlingsrättsliga principerna.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Tillämpliga bestämmelser

LOU upphörde att gälla och ersattes den 1 januari 2017 av lagen om offentlig upphandling (2016:1145). Den upphävda lagen tillämpas dock alltjämt för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Av utredningen framgår att upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017 varför LOU är tillämplig för den.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 2 kap. 8 § LOU avses med förfrågningsunderlag sådant underlag för anbud som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör.

Enligt 2 kap. 23 § LOU avses med direktupphandling en upphandling utan krav på anbud i viss form.

I 15 kap. 16 § LOU anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket. Den upphandlande myndigheten ska antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.



### Förfrågningsunderlaget

Av punkten 1.9.4 *Utvärdering av anbud* framgår följande.

*Utvärdering av inkomna anbud kommer att göras baserat på följande kriterier:*

- *Erbjuden funktionalitet och användbarhet, t.ex. så få "klick" som möjligt (1–5 poäng)*
- *Totalt pris för alla åren, (Lägst pris 10 poäng, näst lägst pris 8 poäng o.s.v.)*
- *Referenser: Hur har systemet förenklat er hantering av friskvårdsbidrag? (mindre bra 1 poäng, bra 2 poäng och mycket bra 3 poäng.)*

*Högst totalpoäng vinner utvärderingen.*

### Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att en direktupphandling kan innebära att den upphandlande myndigheten träffar avtal om köp direkt med en leverantör utan någon form av konkurrensutsättning. Inget hindrar dock att en direktupphandling föregås av att skriftliga anbud begärs in från flera leverantörer. När en upphandlande myndighet direktupphandlar har den att iaktta de bestämmelser som gäller för upphandlingsformen däribland de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens även om kraven på förfarandet av naturliga skäl inte bör ställas lika högt som vid upphandlingsförfaranden med krav på annonsering. En direktupphandling som myndigheten valt att genomföra med konkurrensutsättning innebär enligt förvaltningsrätten dessutom att de regler i LOU som avser den upphandlande myndighetens förfarande i processen att tilldela upphandlingskontraktet, däribland regeln i 15 kap. 16 § LOU, blir tillämpliga för upphandlingen.

I upphandlingen har Universitetet valt att tillhandahålla leverantörer ett förfrågningsunderlag (se 2 kap. 8 § LOU), av vilket, trots att begreppet i sig inte använts, framgår att tilldelningsgrunden i upphandlingen är det

ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt 15 kap. 16 § LOU ska förfrågningsunderlaget i ett sådant fall innehålla uppgift om kriterieviktningen eller prioritetsordningen genom vilken det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utses. Universitetet har i förfrågningsunderlaget angett vilka kriterier som kommer att ligga till grund för utvärderingen av anbuden och hur dessa viktas men däremot inte vad som gäller för det fall att flera anbud erhåller samma totalpoäng.

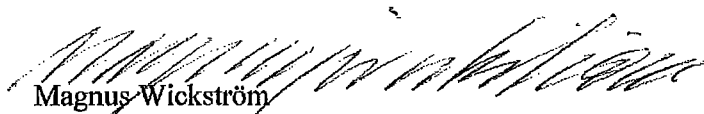
Eftersom syftet med den aktuella bestämmelsen får anses vara att säkerställa att den upphandlande myndigheten utser den leverantör som ska tilldelas kontraktet på ett transparent och objektivt sätt, omfattar den alla leder i myndighetens förfarande från utformningen av utvärderingsmodellen fram till att vinnande leverantör utnämns. Det är således enligt förvaltningsrättens mening inte tillräckligt att en upphandlande myndighet anger vilka kriterier som ska ligga till grund för utvärderingen av anbuden men i praktiken förbehåller sig rätten att, för det fall utvärderingen resulterar i att flera anbudsgivare hamnar på samma poäng, själv och utifrån överväganden som inte framgår av förfrågningsunderlaget, bestämma vem av dessa som kommer att tilldelas kontraktet. Ett sådant tillvägagångssätt, oberoende av vilket upphandlingsförfarande myndigheten använt, får anses strida mot principerna om transparens och likabehandling.

Då en sådan situation uppkommit att upphandlande myndigheten genom den beskrivna utvärderingsmodellen inte kan skilja anbuden åt har den att antingen avbryta upphandlingen och göra om den efter justering av förfrågningsunderlaget där frågan regleras eller att använda sig av lottning som enligt rättspraxis (se RÅ 2009 ref. 60) är ett allmänt vedertaget förfarande för att utan olikbehandling avgöra utgången när lika fall står mot varandra och som kan användas utan att myndigheten i förfrågningsunderlaget uttryckligen angett att lottning skulle komma att göras om övriga angivna urvalsmekanismer inte gav avsett resultat.

Mot bakgrund av det anförda har Universitetet förfarit i strid med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling och det finns därför skäl att bifalla ansökan och förordna om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Vad gäller val av åtgärd finner förvaltningsrätten att det är tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid leverantören som tilldelas kontraktet utses utifrån objektiva kriterier.

#### HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

  
Magnus Wickström  
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.