

LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN

**DOM**  
2008-12-19  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
23765-08  
Rotel 202

**SÖKANDE**

E.ON ES Sverige AB, 556075-7287

Ombud: Advokaten Martin Levinsohn  
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB  
Box 4501  
203 20 Malmö

Ombud: Lynda Ondrasek Olofsson  
Setterwalls Advokatbyrå  
Box 1050  
101 39 Stockholm

**MOTPART**

Fortum Distribution AB, 556037-7326

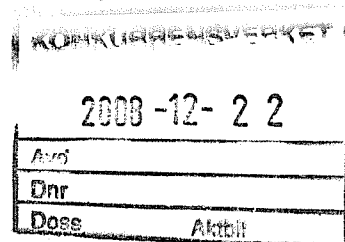
Ombud: Bolagsjuristen Patricia Nilsson  
Hangövägen 19  
115 77 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi,  
transporter och posttjänster

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår begäran om överprövning.



### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Fortum Distribution AB genomför en upphandling av energimättjänster, ”Energimättjänster – insamling och avräkning 2009”. Tilldelningsbeslut fattades den 21 november 2008.

E.ON ES Sverige AB (E.ON) har ansökt om överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUFSS, och därvid i första hand yrkat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att E.ON:s anbud inte diskvalificeras i upphandlingen. I andra hand yrkar E.ON att länsrätten skall besluta att upphandlingen skall göras om.

Fortum Distribution AB bestrider bifall till E.ON:s yrkanden.

Länsrätten har genom interimistiskt förordnande den 1 december 2008 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

### GRUNDER

Till stöd för sin talan har E.ON anfört bl.a. följande.

Genom att diskvalificera E.ON:s anbud, trots att det uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen, har Fortum agerat i strid med 1 kap. 24 § LUFSS och de grundläggande EG-rättsliga principer som skall ligga till grund för all upphandling. Genom att i kvalificeringsfasen ta hänsyn till omständigheter som avser annat än anbudsgivaren, och genom att i denna fas jämföra anbud, har Fortum sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen.

Fortum har upphandlat tjänsten att dygnvis elektroniskt samla in timvärden från elmätare och överföra dessa till beställarens system. Tjänsten innefattar även bl.a. rättning av mätvärden, support, systemövervakning och att administrera felavhjälpning i fält. Insamlingen skall ske i leverantörens egna system. Det upphandlade uppdraget avser att tjänsterna skall utföras som en total tjänst för beställarens räkning. Upphandlingen har genomförts med ett förhandlat förfarande och det ramavtal som blir följden av upphandlingen skall gälla fr.o.m. den 1 april 2009 t.o.m. den 31 mars 2011. Beställaren har optioner på förlängning i upp till fyra år (2+2 år). I förfrågningsunderlagets punkt U5.2 anges att anbudsgivare skall uppfylla kraven i 10 och 11 kap. LUF5 och förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlagets punkt U5.3 reglerar hur prövningen av anbud skall gå till. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn tagen till samtliga omständigheter. Därtill anges:

1. Priser: 50 procent
2. Implementeringsplan: utförande och tider 20 procent
3. Bemanningförslag och organisation inklusive CV för detta uppdrag 15 procent
4. Förslag och utveckling av avtalet för sänkta kostnader, höjd kvalitet och eventuell vinstdelning 10 procent
5. Rapporteringsgrad 2007/2008 enligt Svenska Kraftnät, med kommentar 5 procent.

Av förfrågningsunderlagets punkt U6 framgår att det är möjligt att det till förfrågningsunderlaget bifogade förslaget till ramavtal kan komma att ändras. Av anbudsformuläret, s. 1 och 2, framgår att anbudsgivarna har möjlighet att ange eventuella reservationer mot kraven i specifikationen i förfrågningsunderlaget. Av anbudsformuläret, s. 3, framgår att anbudsgivaren skall lämna förslag på hur avtalet/samarbetet kan utvecklas för att nå sänkta kostnader, höjd kvalitet och eventuell vinstdelning.

Endast två leverantörer lämnade anbud i upphandlingen, E.ON och Rejlers Energitjänster AB (Rejlers). E.ON angav fyra reservationer i sitt anbud:

- a) I anbuds brevet, s. 2, angav E.ON att bolaget inta ansvarar för skada i form av produktionsbortfall, avbrott, utebliven vinst eller annan liknande ekonomisk skada.
- b) I anbudsformuläret, s. 1, angav E.ON att meningen "Leverantören äger ej rätt till ersättning utöver anbudspris för omständigheter som rimligen borde kunnat bedömas under anbudstiden" under punkten U3 i förfrågningsunderlaget skulle tas bort.
- c) I e-post den 27 oktober 2008 föreslog E.ON att förfrågningsunderlagets punkt A6.2 skulle ändras till att endast gälla skadestånd som beställaren nödgas utge till tredje man med anledning av skada som leverantören orsakat vid genomförandet av sitt uppdrag.
- d) I e-post den 24 oktober 2008 föreslog E.ON följande ändringar till förfrågningsunderlagets punkt A6.3: att det efter skäligt avdrag skulle stå "för fel och brister i tjänsten", att beställaren skulle ha rätt att kräva rättelse inom skälig tid samt tillägget "Då felet är åtgärdat skall beställaren utan onödigt dröjsmål betala innehållet belopp till leverantören".

*Reservationer är tillåtna i upphandlingen*

Den 13 november 2008 beslutade Fortum att diskvalificera E.ON. Som skäl för detta beslut angav Fortum att E.ON hade lämnat ett antal reservationer och att dessa hade bedömts vara allt för stora. Reservationer var tillåtna i upphandlingen. Detta framgår tydligt bl.a. av anbudsformuläret, s. 1, där det framgår att krav kunde accepteras med reservationer och att reservationer i så fall skulle anges, av det faktum att Fortum och E.ON har förhandlat om reservationerna, av förfrågningsunderlagets punkt U6 där det framgår att det till förfrågningsunderlaget bifogade förslaget till ramavtal kunde ändras, samt av anbudsformuläret, s. 2, där det framgår att anbudsgivare skall lämna förslag på hur avtalet/samarbetet kan utvecklas. Alla dessa omständighe-

ter visar att reservationer var tillåtna i upphandlingen och Fortum har därför agerat felaktigt när E.ON diskvalificerats pga. sina reservationer.

Vad som utgör skall-krav i upphandlingen framgår av förfrågningsunderlagets punkt U5.2. Dessa skall-krav avser anbudsgivaren. Ingen av E.ON:s reservationer avser bolaget i dess egenskap av anbudsgivare. Samtliga reservationer är istället förslag på förändringar av det till förfrågningsunderlaget bifogade förslaget till ramavtal. E.ON:s reservationer är därför inte ett brott mot ställda skall-krav och kan inte motivera en diskvalificering.

*Fortum har förfarit felaktigt vid kvalificeringen*

Kvalificering av leverantörer och utvärdering av anbud utgör två olika delar av upphandlingsprocessen. Kvalificeringen syftar till att bedöma om en leverantör har tillräcklig förmåga att klara av att genomföra den tjänst som upphandlas. Diskvalificering av anbudsgivare skall således ske i kvalificeringsfasen och hänsyn skall endast tas till krav ställda på anbudsgivaren. Detta framgår av förfrågningsunderlagets punkt 5.2 där det anges ”Anbudsgivare skall”. E.ON:s reservationer avser inte på något sätt bolaget i dess egenskap av anbudsgivare eller dess förmåga att genomföra de tjänster som upphandlas. Fortum har därför handlat i strid mot bestämmelserna i LUFSS och grundläggande EG-rättsliga principer när man redan i kvalificeringsfasen tog hänsyn till E.ON:s reservationer. Det framgår av motiveringen till beslutet att Fortum i kvalificeringsfasen har jämfört E.ON:s anbud med Rejlers anbud. Det får i kvalificeringsfasen inte förekomma någon jämförelse mellan anbud. Kvalificeringen skall ske gentemot på förhand fastställda krav som tydligt skall framgå av förfrågningsunderlaget. Genom att i kvalificeringsfasen ta hänsyn till andra omständigheter än enbart sådana som avser anbudsgivaren, och genom att i kvalificeringsfasen jämföra E.ON:s anbud med det andra anbudet, har Fortum sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen.

*Om reservationer inte var tillåtna var förfrågningsunderlaget oklart*

Enligt 1 kap. 24 § LUFSS skall upphandlande myndigheter genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Detta innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna, samt en rätt för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen.

E.ON har utgått från att reservationer var tillåtna i upphandlingen och har utformat sitt anbud därefter. Om det hade stått klart för bolaget att reservationer inte var tillåtna hade bolaget anpassat sitt anbud därefter. Eftersom bolagets anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga har diskvalificeringen av anbudet inneburit skada för bolaget.

**Fortum** har till stöd för sin inställning anfört bl.a. följande. E.ON:s anbud har diskvalificerats då det inte har ansetts uppfylla samtliga de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. De reservationer som E.ON har lämnat i sitt anbud har varit av sådan karaktär att bolaget, även efter förhandlingar med Fortum, inte har bedömts uppfylla samtliga angivna kriterier.

Fortum har i den aktuella upphandlingen valt att använda sig av förhandlad upphandling, då det inför upphandlingen bedömdes att det sannolikt skulle behöva föras förhandlingar med anbudsgivarna avseende de tekniska lösningarna samt hur de kommersiella villkoren skulle knytas här till. Förhandlingarna med E.ON har i upphandlingen, sammanfattningsvis, gått till på följande sätt:

- Sista dag för anbudsinslämnande var den 25 augusti 2008. Anbudsgenomgång med E.ON ägde rum den 5 september 2008 hos Fortum där en preliminär frågelista (framför allt rörande tekniska frågor) gick igenom samt muntlig diskussion skedde. E.ON. besvarade skriftligen, per

e-post, frågorna från mötet. Något ytterligare möte har därefter inte hållits med E.ON.

- Teknisk genomgång mellan Fortums och E.ON:s ingenjörer hölls per telefon och webb den 17 september respektive den 24 september 2008 för att utröna om E.ON:s system klarar av Fortums behov.
- Kompletteringar/förtydliganden av anbudet har därutöver begärts in per telefon samt i skrift av Fortum. E.ON har svarat på dessa förfrågningar via e-post.
- Fortum har diskuterat E.ON:s reservationer per telefon med E.ON. E.ON har därefter lämnat förslag på ändrade skrivningar skriftligen per e-post. Fortum har vid dessa kontakter förklarat att man ser problem med en del av reservationerna.
- Avstämningsbrev skickades till E.ON, per e-post, den 4 november 2008 för att klargöra återstående reservationer innan förhandlingarna avslutades. Brevet besvarades skriftligen av E.ON, per e-post den 5 november 2008.
- Förhandlingarna avslutades och den 13 november 2008 fattade Fortum beslutet att diskvalificera E.ON från upphandlingen då samtliga uppställda krav i förfrågningsunderlaget inte uppfyllts.

Förhandlingar har även skett med övriga anbudsgivare för att klargöra oklarheter i deras anbud, på ett för samtliga anbudsgivare lika och icke-diskriminerande sätt. Förhandlingarna har regelmässigt dokumenterats, antingen genom mötesanteckningar eller genom e-postmeddelanden med frågor som skickats till anbudsgivaren efter förhandlingstillfället. Det har under förhandlingarna inte framkommit något som tyder på att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt eller att det skulle vara oklart för anbudsgivarna vad som efterfrågas. Förhandlingarna har haft till syfte att försöka anpassa anbuden till de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget vad gäller såväl projektorganisation, uppdragets omfattning och genomförande som tidplan och ansvar för att på så sätt försöka få fram det bästa anbudet.

Det finns inga bestämmelser i LUFSS eller i praxis när för handlingarna inom ramen för en förhandlad upphandling skall avslutas, utan det får antas vara upp till varje upphandlande myndighet att fatta beslut om avbrytande av förhandlingarna. Förhandlingarna har i upphandlingen avslutats vid en tidpunkt då Fortum har bedömt att man inte skulle nå framgång med ytterligare diskussioner.

#### *Förfrågningsunderlaget*

Förfrågningsunderlaget består av ett flertal handlingar, bl.a. administrativa föreskrifter ("AF"), ramavtalsförslag, anbudsformulär mm. Samtliga dessa handlingar benämns gemensamt "FU". För tydlighetens skull utgör ramavtalsutkastet en del av FU-handlingarna men är inte en del av AF. Ramavtalet hänvisar dock i många delar till AF. AF består i sin tur av flera delar – under avsnitt B ges bl.a. en orientering om beställaren och projektet, under avsnitt U följer information om upphandlingen och under avsnitt A återges avtalsföreskrifter. Avsnitten U och A innehåller båda ett antal skall-krav som skall vara uppfyllda i upphandlingen och som tar sikte på såväl formella som kommersiella villkor. De kommersiella villkoren skall sedan, efter upphandlingens avslutande, arbetas in i det bifogade utkastet till ramavtal. Samtliga krav under punkten U5.2 skall vara uppfyllda för att anbudsgivarens anbud skall kunna prövas under punkten U5.3. Anbudsgivarna skall således, innan det kan bli aktuellt att utvärdera deras anbud,

- uppfylla kraven i LUFSS 10 och 11 kap.
- uppfylla förfrågningsunderlaget.

Regleringar avseende "ansvar" återfinns under avsnitt A6 i FU samt punkten 10 i ramavtalsförslaget (som hänvisar tillbaka till AF och ABK 96). Något uttryckligt "skall" återfinns inte i paragraferna under avsnitt A6 med undantag för regleringen i första stycket i A6.3. Det har dock ingen betydelse för bedömningen av huruvida hela FU är uppfyllt (avsnitt U5.2 punkten 2) huruvida något skall återfinns i de enskilda paragraferna eller inte. Fortum



och anbudsgivarna måste vara överens om samtliga regleringar i FU för att detta skall kunna anses uppfyllt, dvs. de enskilda anbudsgivarna kan inte göra reservationer mot FU samt därtill vidhålla dessa reservationer under förhandlingsskedet, om reservationerna ändrar FU:s innehåll i sak.

Fortum har ingen möjlighet att under förhandlingarna med anbudsgivarna föra in nya krav i FU, som inte redan ryms inom den av FU angivna ramen. De av E.ON föreslagna ändringarna i de kommersiella villkoren avseende ”ansvar” under punkterna A6.2 och A6.3 i FU samt framför allt den föreslagna skrivningen i E.ON:s anbudsbrief skulle medföra att ansvar för ekonomisk skada gentemot tredje man hamnar hos Fortum istället för hos E.ON. En sådan ändring har av Fortum inte bedömts falla inom den angivna ramen för FU då den kan vara prispåverkande. Reservationen är prispåverkande på så sätt att om en anbudsgivare inte behöver kalkylera med risken att utge skadestånd till tredje man för ekonomisk skada så skulle troligtvis anbudspriset kunna sänkas. Genom att godta en prispåverkande reservation från E.ON skulle Fortum dessutom ha gjort sig skyldig till brott mot likabehandlingsprincipen då inte övriga anbudsgivare haft denna förutsättning klart för sig vid ingivandet och beräkandet av sina anbud. Fortum har flera gånger under förhandlingarnas gång påpekat för E.ON att bolagets reservationer avseende ansvar är problematiska. Fortum har dock, återigen mot bakgrund av likabehandlingsprincipen, inte haft någon möjlighet att tala om för E.ON hur de skulle ändra sina reservationer eller att för det fall de inte ändrade eller drog tillbaka just dessa reservationer deras anbud löpte risken att diskvalificeras.

Det måste ha stått klart för E.ON att bolagets reservationer avseende ansvar inte kunde accepteras av Fortum i den föreslagna formen. E.ON måste ha kalkylerat med risken att diskvalificeras då bolaget vidhöll sina reservationer i detta avseende. Det har ingen betydelse om E.ON:s föreslagna ändringar avser AF-delen eller ramavtalsförslaget eftersom båda två är delar av

FU. E.ON:s föreslagna ändringar avseende ansvar skulle ha ändrat FU på ett sådant sätt att nya förutsättningar för upphandlingen fördes in som vare sig övriga anbudsgivare eller potentiella leverantörer som valt att stå utanför upphandlingen haft att kalkylera med.

Fortum har, inom ramen för den förhandlade upphandlingen, först haft en pre-kvalificeringsfas där anbudsgivare har fått anmäla intresse att delta i upphandlingen. Ett antal formella krav har här ställts upp på leverantören, t.ex. att denne skall ha uppfyllt bestämmelserna i 10 kap. LUF5. Därefter har förfrågningsunderlaget skickats ut till de leverantörer som uppfyllt ställda krav. Efter att anbudet lämnats in har det återigen skett en prövning av leverantörerna för att säkerställa att inga av de uppställda kraven i pre-kvalificeringen har förändrats. Denna leverantörskvalificering hittar man under avsnitt U5.2 punkt 1 i förfrågningsunderlaget under rubriken "Prövning av anbudsgivaren". Under samma rubrik, punkten 2, finner man även själva anbudsprövningen. Vid anbudsprövningen, som inte skall förväxlas med utvärderingen, skall den upphandlande myndigheten kontrollera att anbudet uppfyller de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Myndigheten skall därmed dels pröva om anbudet uppfyller de formella kraven (skall-kraven), om anbudsgivarna accepterat de kommersiella villkoren samt dels om det som offereras i anbudet uppfyller kraven på föremålet för upphandlingen som det uppställts i förfrågningsunderlaget. Någon jämförelse av anbudet sker inte under denna fas. Däremot har anbudsgivarnas reservationer, i samband med förhandlingar, diskuterats med varje enskild anbudsgivare under denna fas. Under avsnitt U5.3 i förfrågningsunderlaget finner man slutligen bestämmelser avseende själva anbudsutvärderingen.

Fortum medger att rubriksättningen i förfrågningsunderlaget kan ha varit otydlig, men det måste ha varit uppenbart för E.ON vad som avsågs, dvs. för att gå vidare till utvärderingen måste anbudsgivaren uppfylla såväl kvalificeringskraven som krav uppställda i förfrågningsunderlaget. De eventu-

ella bristerna har i vart fall inte varit av sådan art eller omfattning att principerna för upphandling har åsidosatts.

E.ON har helt riktigt utgått från att reservationer var tillåtna i upphandlingen. Däremot har Fortum ingen skyldighet att godta samtliga lämnade reservationer från en anbudsgivare utan dessa måste, inom ramen för den förhandlade upphandlingen, diskuteras och genomgås med varje enskild anbudsgivare. När parterna inte enighet kring en reservation är det rimligt att det aktuella anbudet riskerar diskvalificering pga. att det inte uppfyller samtliga ställda krav i förfrågningsunderlaget.

**E.ON** har härefter anfört bl.a. följande. Fortums resonemang är långsökt och motsägelsefullt. Antingen har endast de särskilt markerade skall-kraven utgjort skall-krav och i så fall har Fortum helt saknat grund för att diskvalificera E.ON:s anbud. Alternativt har det utgjort ett skall-krav att hela förfrågningsunderlaget skulle vara uppfyllt och i så fall har skall-kravet varit oförutsebart, otydligt och oproportionellt och därför stått i strid mot 1 kap. 9 § LUFS. Den enda rimliga tolkningen av förfrågningsunderlaget är att det inte utgjort ett skall-krav att anbudet skulle uppfylla såväl uttryckligt angivna skall-krav som övriga villkor i förfrågningsunderlaget. E.ON hade givetvis utformat sitt anbud annorlunda om det stått klart för E.ON att anbud som innefattade reservationer mot övriga villkor i förfrågningsunderlaget kunde diskvalificeras. Ett skall-krav måste utformas så att det står klart vad som krävs för att undgå diskvalificering. Anbudsgivares överväganden gällande huruvida en reservation skall tas med och vidhållas skiljer sig åt beroende på om konsekvensen är diskvalificering eller poängavdrag vid utvärdering. Med stöd av det övergripande skall-kravet att hela förfrågningsunderlaget skulle vara uppfyllt kunde Fortum avgöra från fall till fall om Fortum ansåg det vara lämpligt att diskvalificera anbudsgivaren eller utvärdera anbudet. Denna metod strider mot LUFS. Risken för diskvalificering var inte känd för E.ON under förhandlingarna med Fortum. E.ON räk-

nade möjligen med att reservationerna skulle kunna ha en negativ påverkan vid utvärderingen, men valde att inte ”korrigera” anbudet med beaktande av att reservationernas negativa påverkan borde kompenseras av priset och anbudets övriga förtjänster. De reservationer som E.ON gjort i den aktuella upphandlingen är inte av sådan karaktär att förutsättningarna för förfrågningsunderlaget ändrades på något avgörande sätt. Tvärtom rör reservationerna sådana ansvarsbestämmelser som regelmässigt blir föremål för förhandlingar mellan avtalsparter. Reservationerna innebär inte någon genomgripande förändring av ansvarsbestämmelserna, utan medför endast en begränsad förskjutning av ansvaret från E.ON till Fortum.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap 24 § lagen (2007:1092) om lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUFSS) skall upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

I 16 kap. 2 § LUFSS anges bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

*Utredningen i målet*

I förfrågningsunderlaget till Fortums upphandling av energimättjänster, insamling och avräkning anges bl.a. följande.

**U2 Förfrågningsunderlag**

**U2.2 Förteckning över förfrågningsunderlag**

1. Dessa administrativa föreskrifter, daterade 2008-06-10, inkl bilagor (...)
2. Ramavtalsförslag
3. Beskrivning insamling och avräkning, dat 2008-06-10 ink bilagor (...)
4. Beställarens miljöplan (...)
5. Anbudsformulär (...)

**U5.2 Prövning av anbudsgivaren**

Anbudsgivare skall:

- uppfylla kraven i LUFSS 10 kap. och 11 kap.
- uppfylla förfrågningsunderlaget

**A Avtalsföreskrifter**

ABK 96 gäller för uppdraget.

**A6 Ansvar**

Se även U2.2

**A6.2 Skadeståndsskyldighet**

Med tillägg till ABK 96 kap. 6 § 1 föreskrivs: Skadestånd som beställaren nödgas utge till tredje man, med anledning av leverantörens genomförande av sitt uppdrag, förbehåller sig beställaren rätten att utkräva av leverantören oavkortat.

Beställarna skall utan onödigt dröjsmål underrätta leverantör om eventuella anspråk.

**A6.3 Ansvar och brist i utförd tjänst**

Utförd tjänst skall anses vara felaktig eller bristfälligt utförd om den inte uppfyller de krav från vedertagen branschsedvänja eller om den på annat sätt avviker från detta avtal eller vad som särskilt överenskommits.

Om arbetet är felaktigt eller bristfälligt utfört får beställarna innehålla så mycket av betalningen som svarar mot skäligt avdrag. Om rättelse inte sker inom skälig tid och felet är av väsentlig betydelse för beställarna innehålla hela betalningen. Beställarna har också rätt att kräva att leverantören omedelbart rättar felet utan ytterligare krav på ersättning.

Av en skrivelse daterad den 5 november 2008 framgår att E.ON, efter diskussioner med Fortum angående innehållet i E.ON:s anbud, vidhåller följande reservationer/avvikelser mot Fortums i förfrågningsunderlaget ställda krav.

**Anbudsbrief:** ansvar: E.ON ansvarar inte för skada i form av produktionsbortfall, avbrott, utebliven vinst eller annan liknande ekonomisk skada.

**Anbudsformulär:** E.ON anser att meningen under punkten U3 Anbudsgivning "Leverantören äger ej rätt till ersättning utöver anbudspris för omständigheter som rimligen borde kunnat bedömas under anbudstiden" skall tas bort från förfrågningsunderlaget.

**A6.2 Skadeståndsskyldighet:** E.ON:s förslag på skrivning:  
Med tillägg till ABK 96 kap. 6 § 1 föreskrivs: Med tillägg till ABK 96 kap. 6 § 1 föreskrivs: Skadestånd som beställaren nödgas utge till tredje man, med anledning av *skada som leverantören orsakat* vid genomförande av sitt uppdrag, förbehåller sig beställaren rätten att utkräva av leverantören oavkortat. Beställarna skall utan onödigt dröjsmål underrätta leverantör om eventuella anspråk.

**A6.3 Ansvar och brist i utförd tjänst:** E.ON:s förslag på skrivning:  
Utförd tjänst skall anses vara felaktig eller bristfälligt utförd om den inte uppfyller de krav från vedertagen branschsedvänja eller om den på annat sätt avviker från detta avtal eller vad som särskilt överenskommits. Om arbetet är felaktigt eller bristfälligt utfört får beställarna innehålla så mycket av betalningen som svarar mot skäligt avdrag *för fel och brister i tjänsten*. Beställaren har rätt att kräva att leverantören, *inom skälig tid*, rättar felet. *Då felet är åtgärdat skall beställaren utan onödigt dröjsmål betala innehållet belopp till leverantören.*

#### *Länsrättens bedömning*

Av punkten U2.2, "förteckning över förfrågningsunderlag" i förfrågningsunderlaget framgår att handlingen "ramavtalsförslag" utgjort en del av förfrågningsunderlaget. Enligt punkten U5.2 *skall* anbudsgivare uppfylla kraven i 10 och 11 kap. LUFSS samt uppfylla förfrågningsunderlaget. Den enda rimliga tolkningen av denna formulering i förfrågningsunderlaget är enligt länsrättens mening att det är det *lämnade anbudet* som skall uppfylla förfrågningsunderlaget. Även om formuleringen således inte varit helt tydlig anser länsrätten att otydligheten inte varit av sådan art att anbudsgivarna

kunnat missuppfatta vad som krävts. Länsrätten finner därmed att det i upphandlingen utgjort ett skall-krav att anbuden skall uppfylla det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner vidare att E.ON:s reservationer mot vissa delar av förfrågningsunderlaget medför att bolagets anbud inte uppfyller detta skall-krav.


E.ON har anfört att det faktum att det rör sig om en förhandlad upphandling, och att det i förfrågningsunderlaget uppgetts att reservationer är tillåtna, innebär att Fortum inte har haft rätt att diskvalificera E.ON:s anbud. En upphandlande enhet inom försörjningssektorerna kan fritt välja mellan öppen, selektiv och förhandlad upphandling med föregående annonsering. En förhandlad upphandling kan inte ersätta kravet på klara, fullständiga och tydliga förfrågningsunderlag. En förhandling får således inte uppväga brister i förfrågningsunderlaget och leverantörerna skall inte behöva vara osäkra på vad det är som den upphandlande myndigheten efterfrågar. Förhandlingarna skall inte heller användas till att föra in nya krav eller alternativa utföranden, vilka inte ryms inom den av förfrågningsunderlaget angivna ramen (se t.ex. dom från Kammarrätten i Sundsvall den 27 april 2004, mål nr 3441-03). Även om upphandlingen i fråga varit en förhandlad upphandling innebär detta således inte att det är möjligt att förhandla om uppfyllandet av skall-kraven i förfrågningsunderlaget, med hänsyn till principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling av anbudsgivare. Länsrätten finner därför att Fortum Distribution AB har haft fog för att diskvalificera E.ON:s anbud.

E.ON har bl.a. anfört att förfrågningsunderlaget varit så otydligt att det inte kan godtas, bl.a. eftersom det i förfrågningsunderlaget uppgetts att reservationer varit tillåtna. I fråga om förfrågningsunderlag och tillämplig utvärderingsmodell i visst fall uppfyller lagens krav har Regeringsrätten i avgörandet RÅ 2002 ref 50, gällande den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, uttalat bl a följande. LOU ger inte närmare besked

om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i bl.a. 1 kap 4 och 22 §§ LOU. 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.

Länsrätten finner att det inte har framkommit sådana brister i det aktuella förfrågningsunderlaget som kan medföra att upphandlingen strider mot bestämmelserna i LUFSS. Det har inte heller visats att bedömningen av anbudet eller Fortums handläggning i övrigt skett i strid mot LUFSS. Skäl för ingripande enligt LUFSS saknas därmed och E.ON:s ansökan skall därför avslås.

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



Peter Lif  
rådman

Föredragande har varit Erica Nyström.





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

