

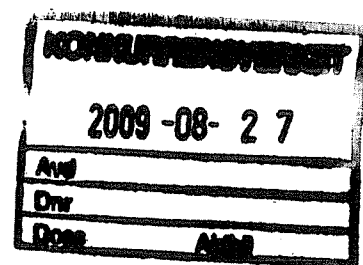
LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN

DOM  
2009-08-26  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
14702-09  
Rotel 555

**KLAGANDE**  
Peab Asfalt AB, 556098-8122

Ombud: Bolagsjuristen Fredrik Kjerrström  
Peab Sverige AB  
Box 808  
169 28 Solna



**MOTPART**  
Sollentuna Energi AB, 556091-5166  
Box 972  
191 29 Sollentuna

**SAKEN**  
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

---

### DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen Sollentuna Energi AB:s upphandling avseende beläggningsarbeten samt smärre gatu- och VA-arbeten inom Sollentuna kommun ska göras om.

Dok.Id 446654

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

## BAKGRUND

Sollentuna Energi AB (SEAB) genomförde en upphandling avseende beläggingsarbeten samt smärre gatu- och VA-arbeten inom Sollentuna kommun för tiden 2009-05-01 – 2012-04-30 (dnr 2009/1).

Länsrätten beslutade den 25 juni 2009 (mål nr 8377-09) att ovanstående upphandling skulle rättas på så sätt att Turebergs Åkeri AB:s anbud (det vinnande anbudet, *länsrättens anmärkning*) skulle förkastas. SEAB har i nytt tilldelningsbeslut den 9 juli 2009, med anledning av länsrättens dom, meddelat att bolaget har för avsikt att ingå avtal med NCC Roads AB.

## YRKANDEN M.M.

**Peab Asfalt AB (Peab)** ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. De utvärderingskriterier som anges i förfrågningsunderlaget är så otydligt formulerade att anbudsgivarna inte kunnat bilda sig en uppfattning om vad SEAB kommer att premiera vid anbudsutvärderingen. Därmed har anbudsgivarna inte kunnat förutse hur ett konkurrenskraftigt anbud ska utformas. Inte heller har anbudsgivarna kunnat förutse hur de olika anbuden skulle komma att jämföras mot varandra. Genom den oklara utformningen av utvärderingskriterierna har SEAB i praktiken skapat sig ett närmast obegränsat utrymme för skönsmässiga bedömningar (dvs. en s.k. fri prövningsrätt).

### Förfrågningsunderlaget

I det förfrågningsunderlag, vilket SEAB tillhandahöll de presumtiva anbudsgivarna, ingår s.k. administrativa föreskrifter ("AF"). I dessa anges att upphandlingen ska ske enligt regler i LOU. Vidare framgår följande:

I punkt AFB. 52 anges att utvärderingskriterierna kommer vara efter följande prioriteringsordning:

- Anbudspris	60 %
- Referenser och tidigare erfarenheter	20 %
- Yrkeskompetens inom verksamhetsområdena	10 %
- Program av egenkontroll, kvalitet och miljö	5 %
- Företagets årsredovisning och omsättning för år 2007 vad gäller denna typ av uppdrag	5 %

Vidare anges att kommunens egen bedömning av de till anbudens bifogade uppgifterna enligt ovan kommer att utgöra grunden för poängsättning som blir ett resultat av anbudsprövningen. I övrigt saknar förfrågningsunderlaget uppgifter om hur anbudsutvärderingen ska gå till.

Av punkt AFC. 1 framgår att entreprenaden omfattar totalt cirka 50 000 kvadratmeter underhållsbeläggningar per år samt att underhåll- och nyläggning av trafiklinjemarkeringar kommer att uppgå till cirka 500 000 kr per år. Vidare anges att arbetets omfattning i dess helhet framgår av handlingarna förtecknade under AFB.22. Hänvisningen till förteckningen i AFB.22 torde avse den inte prissatta mängdförteckningen, handling 10 till förfrågningsunderlaget. I den inte prissatta mängdförteckningen efterfrågas à-priser avseende ett stort antal positioner. Dock har dessa positioner inte åsatts några mängder i förfrågningsunderlaget.

#### Viktning av underkriterier i efterhand

Utvärderingen av utvärderingskriteriet "Anbudspris" ska baseras på offerrade à-priser i mängdförteckningen. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid inte vilka mängder som ska utvärderas avseende respektive position i mängdförteckningen. Med ledning av utvärderingsprotokollet till tilldelningsbeslutet kan konstateras att SEAB åsatt de olika posterna mycket varierande mängder. 205 av de totalt 457 positionerna har av oklar an-

ledning inte åsatts några mängder alls och priset avseende dessa poster har således inte ingått i utvärderingen, trots att även dessa priser efterfrågats. Av förfrågningsunderlaget kan inte utläsas vilka positioner som ska utvärderas eller vilka mängder som anbudsutvärderingen ska baseras på. SEAB har således i efterhand viktat de olika underkriterierna (positionerna i mängdförteckningen) till utvärderingskriteriet "Anbudspris" på ett sätt som inte är förutsebart för anbudsgivarna. Det finns ett antal avgöranden från EG-domstolen som fastställer kravet på att i förväg offentliggöra samtliga tilldelningskriterier och deras inbördes vikt, bland annat mål C-31/87, C-87/94, C-470/99, C-331/04 och C-532/06. I detta sammanhang kan även konstateras att inga positioner avseende underhåll- och nyläggning av trafiklinjemarkeringar åsatts några mängder vid anbudsutvärderingen (se positionerna under DEE.1 och DEE.9 i utvärderingsprotokollet), trots att det i förfrågningsunderlaget anges att underhåll- och nybeläggning av trafiklinjemarkeringar kommer att uppgå till cirka 500 000 kronor per år. Dessa priser har således överhuvudtaget inte beaktats vid utvärderingen, trots att det står klart att SEAB kommer att köpa sådana arbeten för cirka 500 000 kronor per år. Däremot har SEAB åsatt positionerna under DCD.2 och DCD.9 mängder vid utvärderingen. Dessa positioner avser s.k. försegling, främst slamförsegling, en typ av arbeten som, vad Peab känner till, utförts endast i mycket begränsad omfattning i Sverige under de senaste åren. I Sollentuna kommun har sådana arbeten utförts i ytterst begränsad mängd de senaste åren. Peab känner till detta, eftersom man tidigare hade aktuell entreprenad. Denna typ av arbeten kommer i mycket liten omfattning, om ens någon, att aktualiseras för SEAB. SEAB:s val av vilka positioner som åsatts mängder och beaktats vid anbudsutvärderingen har således skett i strid med principen om transparens. Vidare har valet skett på ett skönsmässigt sätt skett till nackdel för Peab beträffande en mängd positioner, vilket innebär att utvärderingen även står i strid med principen om likabehandling.

#### Otillåtna utvärderingskriterier

Flertalet av de utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget är vidare huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet. Sådan hänsyn får inte tas i utvärderingsfasen utan endast i kvalificeringsfasen. SEAB har således på ett otillåtet sätt blandat ihop utvärderingsfasen med kvalificeringsfasen. Bolaget åberopar härvid EG-domstolens avgöranden C-31/87, C-513/99 och C-532/06 samt Kammarrätten i Stockholms dom den 19 december 2008 (mål 5512-08) och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 13 februari 2009 (mål 3474-08).

#### Frånvaron av utvärdering/felaktig utvärdering

De utvärderingskriterier som tillämpats i upphandlingen är otillåtna, dels eftersom de avser omständigheter som inte får beaktas inom utvärderingsfasen utan endast i kvalificeringsfasen, dels då de är utformade på ett alltför otydligt sätt. Om länsrätten skulle finna att utvärderingskriterierna, trots vad Peab har anfört, är tillåtna menar Peab att de tillämpats på ett felaktigt sätt. Som framgått av ovan ska fem utvärderingskriterier tillämpas i upphandlingen. Av tilldelningsbeslutet kan konstateras att samtliga anbudsgivare erhållit exakt samma poäng avseende fyra av de fem utvärderingskriterierna; "Referenser och tidigare erfarenheter", "Yrkeskompetens inom verksamhetsområdena", "Program för egen kontroll, kvalitet och miljö" samt "Företagets årsredovisning och omsättning för år 2007 vad gäller denna typ av uppdrag". Någon utvärdering enligt LOU kan omöjligen ha skett av dessa kriterier.

SEAB:s förfarande står i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens, och därmed även med 1 kap 9 § LOU. Till följd av de ovan beskrivna allvarliga bristerna i upphandlingen har Peab lidit eller riskerar att lida skada. Bristerna i upphandlingen är många och av allvarlig art. Det är omöjligt att säga vem som

skulle ha vunnit upphandlingen om SEAB agerat i enlighet med LOU men klart är att Peab haft goda möjligheter till framgång.

**SEAB** bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. SEAB har i länsrättens mål nr 8377-09 förklarat sin inställning till hur utvärderingen av anbuderna har utförts samt att den modell av upphandling som har gjorts är ett bra sätt att få den för Sollentuna kommun lägsta kostnaden för beläggningsunderhållet. Peab har haft denna entreprenad under de senaste fem åren och hade inga åsikter vid den upphandling som gjordes år 2003. Denna upphandling var av samma modell som den nu aktuella och Peab har bara att gå tillbaka till tilldelningsbeslutet år 2003 för att se den mall, vilken SEAB arbetade efter och har genom denna kunskap haft möjligheter att jämföra på ett sätt som många andra inte kunnat. Peab har inte angett några skäl till att NCC inte ska få entreprenaden. SEAB har följt länsrättens dom den 25 juni 2009 att i första hand förkasta Turebergs Åkeri AB:s anbud samt tilldela den som är nummer två, vilket är NCC Roads AB. Skäl att göra en ny upphandling föreligger därmed inte.

**Peab** anför bland annat följande. SEAB anför att Peab har haft fördel genom att Peab haft aktuell entreprenad under de senaste fem åren och haft möjlighet att använda den mall, vilken SEAB arbetade efter år 2003, och därigenom fått kunskap och möjligheter att jämföra på ett sätt som många andra inte kunnat. Att samtliga anbudsgivare inte ges samma möjligheter strider mot likabehandlingsprincipen. Enbart denna medgivna brist utgör således skäl till att upphandlingen måste göras om.

**SEAB** anför bland annat följande. SEAB vidhåller att den modell för upphandling som tillämpas är den för Sollentuna kommuns bästa samt att entreprenören lämnar en produkt som är väl utformad för kommunens ändamål. Mängder finns angivna i förfrågningsunderlaget för de delposter, vilka avser större beläggningsarbeten eller liknande. När det gäller möjlighe-

ten att använda sig av mallen för upphandlingen år 2003 har även de övriga anbudsgivarna från år 2003 haft denna möjlighet (Skanska, Peab, NCC, m.fl.). Vissa poster är ändrade och mallen finns hos SEAB:s kommunjurist. SEAB har i den aktuella upphandlingen inte funnit att något av de inlämnade anbuden hade några felaktigheter, vilket skulle rendera avdrag i poängbedömningssystemet. Priset blev avgörande.

SEAB har i länsrättens mål nr 8377-09 anfört bland annat följande. SEAB anser att alla inlämnade anbud på detaljerna 2-5 uppfyller de kriterier, vilka SEAB ställer på en framtida entreprenör. Utvärdering har skett gentemot i förväg upprättad mängdbeskrivning, vilken har deponerats hos kommunjuristen. Modellen som använts är Sollentuna kommuns modell för upphandling av den här typen av entreprenader, vilken sedan länge är beprövad. SEAB har angett de utvärderingskriterier, vilka varit möjliga att avge. Vad som skulle komma att premieras framgick med all tydlighet i förfrågningsunderlaget. Samtliga anbudsgivare har haft samma förutsättningar. SEAB har utvärderat anbudspris, kvalifikationer, referenser och tidigare erfarenheter, yrkeskompetens inom verksamhetsområdena, program för egenkontroll, kvalitet och miljö, och företagets omsättning för 2007. Utvärderingen har inte varit skönsmässig eller felaktig. Utvärderingskriterierna är noga genomtänkta och upphandlingen är genomförd enligt den modell man valt att genomföra upphandlingar på. När det gäller viktning av underkriterier i efterhand har SEAB i de fall mängder har gått att förutse angett dessa i förfrågningsunderlaget. Det är uppenbarligen 205 av de totalt 457 positionerna. Med kravet på tydlighet avseende tilldelningskriterier menar EG-domstolen inte att 457 positioner ska vara enskilda tilldelningskriterier, utan den sammantagna prissättningen. I mål 256-06 (Länsrätten i Örebro län) hade inga uppskattade mängder angetts. I den nu aktuella upphandlingen har SEAB angett de mängder, vilka varit möjliga att uppskatta. Förutsättningarna har dessutom varit desamma för samtliga anbudsgivare.

Länsrätten har den 15 juli 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas till dess rätten beslutar annat i målet.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### *Länsrättens bedömning*

I förfrågningsunderlaget anges att utvärderingskriterierna kommer att vara anbudspris, referenser och tidigare erfarenhet, yrkeskompetens inom verksamhetsområdena, program för egenkontroll, kvalitet och miljö samt företagets årsredovisning och omsättning för år 2007 vad gäller denna typ av uppdrag. Vidare anges att kommunens egen bedömning av de till anbudet bifogade uppgifterna kommer att utgöra grunden för den poängsättning som blir resultat av anbudsprövningen. De fyra sistnämnda kriterierna utgör kriterier som även kan hänföras till leverantörskvalificeringen. Det finns inget hinder mot att använda sådana kriterier i utvärderingsfasen så länge syftet är att dessa ska identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av förfrågningsunderlaget framgår dock inte vilka uppgifter som kommer att bedömas eller hur kommunen avser bedöma de lämnade uppgifterna.



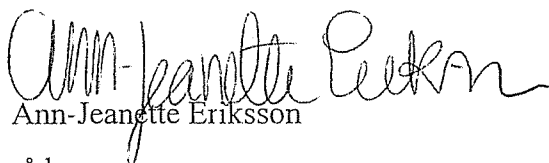
Det är således oklart om utvärderingen av dessa kriterier hänför sig till anbudsgivarens kvalifikationer eller föremålet för kontraktet.

Vad gäller kriteriet anbudspris har inte några mängder av de arbeten, vilka ingår i entreprenaden, angetts i det aktuella förfrågningsunderlaget. Av en s.k. mängdbeskrivning, vilken SEAB använt vid utvärderingen av anbudspriserna, framgår emellertid att SEAB vid utvärderingen åsatt å-priserna olika mängd. Dessutom har endast 253, av totalt 457 å-priser, åsatts någon mängd, vilket även innebär att det skett ett urval av vilka arbeten som tillmäts betydelse. Att ett sådant urval skulle ske framgår inte av förfrågningsunderlaget.

Med hänsyn till ovanstående finner länsrätten att SEAB genom sitt förfarande har åsidosatt kraven på både likabehandling och transparens. Upphandlingen har således skett i strid med LOU.

SEAB:s agerande har i varje fall medfört att Peab riskerat att lida skada. Det finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen enligt 16 kap. 2 § LOU. Eftersom bristerna avser förfrågningsunderlagets utformning är omständigheterna sådana att rättelse inte kan ske. Upphandlingen måste därför göras om.

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

  
Ann-Jeanette Eriksson  
rådman

Föredragande har varit Lena Dahlberg.





## 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 var till 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.

