



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I LINKÖPING**  
Enhet 2

**DOM**  
2013-06-04  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
852-13

1

**SÖKANDE**

Sydtotal i Malmö AB, 556578-1217  
Stenyxegatan 25 A  
213 76 Malmö

Ombud: Advokat Anders Boquist  
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB  
Box 226  
201 22 Malmö

**MOTPART**

Landstinget i Östergötland  
581 91 Linköping

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

---

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013 -06- 0 4	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

Dok.Id 120843

**Postadress**  
Box 406  
581 04 Linköping

**Besöksadress**  
Brigadgatan 3

**Telefon**  
013-25 11 00

**E-post:**  
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

**Telefax**  
013-25 11 40

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget i Östergötland (landstinget) genomför upphandling som avser genomförandeentreprenad för anpassning av delar av akutmottagning, förlösningssavdelning och neonatalavdelning på universitetssjukhuset i Linköping samt option på genomförandeentreprenad för ytterligare projekt inom samma sjukhus benämnd "Genomförandeentreprenad FUS Delprojekt 2A och 2B - Luftentreprenad dnr UC-2012-224:3". Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande och leverantör med det ekonomiskt mest fördelaktiga avtalet kommer att tilldelas kontrakt.

Sydtotal i Malmö AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

### VAD PARTERNA ANFÖRT

#### *Bolaget*

Landstinget har genom sina åtgärder i upphandlingen samt i utformandet av förfrågningsunderlaget brutit mot LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna. Det framgår av förfrågningsunderlaget punkt 2.8.2 att sista anbudsdag är den 20 november 2012. Av landstingets upphandlingsprotokoll uppger landstinget att man genomfört en upphandling med tillämpning av förenklat förfarande med sista anbudsdag den 30 november 2012. Sedan anbudstiden löpt ut upprättade landstinget en handling benämnd "Förtydligande avseende utvärdering av genomförandeplan". Handlingen som är daterad till den 14 december 2012 skickades ut till de fyra anbudsgivare som lämnat anbud. I handlingen förändrar landstinget förutsättningarna för hur utvärderingen av genomförandeplanen ska ske.

Förändringarna består bl.a. av förändrad poängsättning, en annan totalpoäng än den som framgår av förfrågningsunderlaget samt en förändrad inbördes viktning mellan angivna underkriterier. Det presenteras även en modell för hur utvärderingen ska genomföras i vilken icke tidigare kända faktorer framgår. Landstinget har, sedan anbudstiden löpt ut, i efterhand förändrat förutsättningarna för utvärderingen av anbudena. Utvärderingen av anbudena har justerats och förfarandet har skett i strid med transparensprincipen då det varit omöjligt för anbudsgivarna och potentiella anbudsgivare att förutse hur utvärdering av anbudena skulle komma att ske. Landstinget har genom sitt handlande givit sig själv möjlighet att, sedan anbud redan inkommit i upphandlingen, justera förutsättningarna på ett sätt som innebär att man fått fri prövningsrätt. Detta har medfört att bolaget inte kunnat lämna ett optimalt anbud, vilket inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Förfrågningsunderlaget bygger på förutsättningen att anbudsgivarna ska presentera hur det efterfrågade uppdraget är tänkt att utföras och att landstinget i efter hand ska avgöra vem som lyckats bäst i sin beskrivning. Beskrivningen ska göras helt utan ledning i fråga om vilka faktorer som kommer att tillmätas betydelse i den kommande utvärderingen. Det framgår inte vad anbudsgivarna har att uppfylla för att erhålla viss poäng. Angiven utvärderingsmodell ger obegränsat utrymme för godtyckliga bedömningar och ger inte på förhand någon ledning beträffande hur kriterierna kommer att bedömas. Förfrågningsunderlaget ger därmed inte någon ledning för leverantörerna såvitt avser möjligheterna att lämna konkurrenskraftiga anbud.

Vid årsskiftet genomförde landstinget en upphandling avseende "Installationsentreprenad Luftbehandling". Det kontraktet tilldelas bolaget. Utvärderingen skedde på motsvarande sätt som i nu aktuell upphandling. I likhet med aktuell upphandling genomfördes utvärderingen av anbudsgivarnas

genomförandeplan av en referensgrupp bestående av tre personer. Av dessa tre är två personer återkommande i nu aktuell upphandling. Den genomförandeplan som bolaget gav in i aktuell upphandling är i allt väsentligt samma som den som gavs in i den tidigare upphandlingen bortsett från några smärre justeringar. Vid en granskning av de protokoll som förts vid utvärdering i respektive upphandling framgår tydligt vilket utrymme för godtycke den av landstinget tillämpade utvärderingsmodellen medför. Förfrågningsunderlaget uppfyller inte kraven på transparens vilket medför en i princip fri prövningsrätt för landstinget.

Landstinget har även sammanblandat krav på teknisk kapacitet och utvärderingskriterier. Det framgår att landstinget avser att utvärdera angiven platschef/projektledares CV. I detta avseende kan konstateras att efterfrågade uppgifter endast kan syfta till att konstatera att angiven person uppfyller ställda krav eller inte. Det är inte möjligt att, i kvalitetshänseende, utvärdera t.ex. angiven persons utbildning. Landstinget har redan vid kvalificeringsfasen ställt krav på att angiven platschef/projektledare ska ha dokumenterad erfarenhet från projekt av liknande storlek och komplexitet. Mot den bakgrunden kan inte utvärdering ske av ett redan uppfyllt krav på viss teknisk kapacitet.

#### *Landstinget*

På grund av felskrivning anges det i förfrågningsunderlaget att upphandlingen genomförs som förenklat förfarande och öppet förfarande. Upphandlingen har genomförts med ett förenklat förfarande.

När landstinget genomförde utvärderingen upptäcktes en felskrivning i förfrågningsunderlaget. Landstinget hade angivit att total maximal poängsumma för utvärderingskriterierna var 50 men vid omräkning framkom att det istället var 47 poäng som kan delas ut. Av denna anledning tillställdes

anbudsgivarna den 14 december 2012 ett förtydligande avseende utvärdering av genomförandeplan. Landstinget bestrider att detta förtydligande på något sätt ändrar förutsättningarna, såsom de angetts i förfrågningsunderlaget, för hur anbudsutvärderingen skulle gå till. Den enda ändringen utgörs av upplysningen om att den i förfrågningsunderlaget angivna maximala poängsumman är felaktig. Någon förändring av angiven poängsättning anges inte i förtydligandet. Kriteriernas inbördes viktning har inte heller ändrats. Landstinget bestrider att förtydligandet anger en annan modell för hur anbudsutvärderingen ska genomföras än vad som angetts i förfrågningsunderlaget. I förtydligandet jämfört med förfrågningsunderlaget så återges att samma parametrar kommer att utvärderas samt på vilket sätt dessa kommer att utvärderas.

Utvärderingskriterierna avser s.k. mjuka utvärderingsparametrar som knappast lämpar sig, att i förväg, fastställa i exakta betygsteg eller vilket exakt anbuds innehåll som genererar en viss poäng. Utvärderingen av denna typ av kriterier blir med nödvändighet subjektiv, vilket i sig inte innebär att utvärderingsmodellen inte är tillräckligt transparent eller inte medger en likabehandlande tillämpning. Avgörande blir att anbudsgivare genom förfrågningsunderlaget kan utläsa vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen samt vid utvärderingen av anbudet. I aktuell upphandling framgår det med all tydlighet vad som efterfrågas och särskilt vad anbudsgivarna förväntas behandla i anbudet avseende respektive utvärderingskriterium. Landstinget har, i syfte att uppnå så objektiv poängsättning som möjligt och i enlighet med förfrågningsunderlaget, tillämpat ett förfarande där tre personer poängsatt anbudet individuellt, varefter genomsnittlig tilldelad poäng utgjort slutlig anbudsutvärdering för aktuella utvärderingskriterier.

Den skillnad i poäng som bolaget erhållit i de olika upphandlingarna beror på smärre skillnader i förfrågningsunderlaget för de olika upphandlingarna

samt det faktum att bolagets genomförandeplan var bättre anpassad till förutsättningarna för den första, mer komplicerade entreprenaden.

Det vitsordas att det uppställts kvalificerade krav på platschef/projektledare att ha erfarenhet av liknande projekt av liknande storlek och komplexitet. Att den av andusgivarna erbjudna platschef/projektledaren bör ha så mycket av efterfrågad erfarenhet som möjligt, för att erhålla högre poäng, kan knappast anses vara otydligt för anbudsgivarna.

### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt 15 kap. 3 § LOU. Även om upphandlingar enligt 15 kap. LOU ligger utanför det direktivstyrda området ska unionsrätten inklusive EU-domstolens domar ändå beaktas.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det framgår vidare att principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iaktas vid upphandlingar.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är

begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har inledningsvis gjort gällande att landstinget, sedan anbudstiden löpt ut, i efterhand ändrat förutsättningarna för utvärderingen av anbudet.

Av handlingarna i målet framgår att landstinget upplyst samtliga anbudsgivare om att det skett en felskrivning i förfrågningsunderlaget p.g.a. att den maximala poängsumman visat sig felaktig. Landstinget har inte gjort någon förändring vad avser angiven poängsättning eller kriteriernas inbördes viktning. Dessa två parametrar fortsätter att ha samma innebörd som innan förtydligandet gick ut till anbudsgivarana. Förvaltningsrätten finner därmed att förtydligandet som landstinget skickat ut inte ger upphov till sådana ändringar som kan anses påverka upphandlingen eller i efterhand ändrat förutsättningarna för hur utvärderingen skulle komma att utföras. Bolaget har således inte förmått visa att förtydligandet skulle ha skett i strid med LOU.

Bolaget har därefter gjort gällande att angiven utvärderingsmodell i förfrågningsunderlaget står i strid med principen om transparens och likabehandling. Utvärderingsmodellen ger enligt bolaget ett obegränsat utrymme för godtyckliga bedömningar och kan inte på förhand ge någon ledning till hur kriterierna kommer att bedömas.

Landstinget anför att för att kunna uppnå syftet med att få en så objektiv poängsättning som möjligt, i enlighet med förfrågningsunderlaget, har landstinget tillämpat ett förfarande där tre personer poängsatt anbudet individuellt, varefter genomsnittligt tilldelad poäng utgjort slutlig anbudsutvärdering.

Högsta förvaltningsdomstolen har 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Det gäller dock att den upphandlande myndighetens krav angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. I utvärderingsfasen av en offentlig upphandling förekommer alltid ett visst mått av bedömningar och värderingar. Krav som ska ställas är att utvärderingen håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget och utvärderingskriterierna samt att den i övrigt inte strider mot principerna avseende likabehandling, förutsägbarhet och transparens. Därav följer att en leverantör redan vid utformningen av anbudet ska kunna förutse vad den upphandlande myndigheten begär, mot vilka kriterier anbudet kommer att utvärderas och vilken vikt kriterierna tillmäts och hur bedömningen av dessa kriterier kommer att ske. Förvaltningsrätten anser att den angivna utvärderingsmodellen som återfinns i förfrågningsunderlaget ger anbudsgivarna samt även potentiella anbudsgivare en tillräcklig ledning till vad som efterfrågas och utvärderas.

Bolaget har slutligen gjort gällande att landstinget sammanblandat krav på teknisk kapacitet med utvärderingskriterier då det framgår i förfrågningsunderlaget att landstinget avser att utvärdera angiven platschefs/projektledares CV.

Landstinget bestrider att utvärderingen av kompetens hos platschef/projektledare skulle utgöra en parameter som inte kan ingå i anbudsvärderingen. I förfrågningsunderlaget punkt 2.10.2.2.6 framgår att anbudsgivare ska bifoga CV för ansvarig platschef/projektledare i vilken det klart framgår att personen innehar erfarenhet från liknande projekt som



upphandlingen avser. Vidare framgår det i punkt 2.10.3 att en bedömning kommer att göras av dels hur väl den föreslagna organisationen bedöms klara att genomföra uppdraget, dels platschefs/projektledares CV.

Förvaltningsrätten delar bedömningen att det inte är tillåtet att sammanblanda kriterierna vid kvalificerings- respektive utvärderingsfasen. Det gäller oberoende av vilket upphandlingsförfarande som den upphandlande myndigheten har valt att använda. I EU-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06 (den s.k. Lianakis- domen) konstaterade domstolen att de kriterier, som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan anses utgöra ”kriterier för tilldelning”. Domstolen anförde vidare att artiklarna 23.1, 32 och 36.1 i direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (motsvarande bestämmelser återfinns i princip i artiklarna 44, 48 och 53 i direktiv 2004/18/EG) utgör hinder för att den upphandlande myndigheten under ett anbuds-förfarande beaktar anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen, inte med hänvisning till att dessa faktorer utgör ”kriterier för kvalitativt urval”, utan i stället med hänvisning till att de utgör ”kriterier för tilldelning”. EU-domstolen har i dom den 12 november 2009 i mål C-199/07 bekräftat sitt synsätt i Lianakis-domen.

Enligt förvaltningsrättens mening innebär ovan nämnda domar inte något absolut hinder mot att poängsätta personalens erfarenhet och kompetens inom ramen för tilldelningsfasen om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas och så länge detta är ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6441-08).

I förevarande fall finns, enligt förvaltningsrättens mening, en direkt koppling mellan platschefs/projektledares erfarenhet och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas. Således syftar utvärderingen av platschefs/projektledares CV till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, varför landstinget inte varit förhindrat att poängsätta platschefs/projektledares erfarenhet inom ramen för tilldelningsfasen. Landstinget har således inte heller i detta avseende handlat i strid med LOU.

Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning att upphandlingen inte kan anses ha skett i strid med de krav som uppställs i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att grund för att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU inte föreligger. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Marion Kronberg.



# 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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU