



**KLAGANDE**

Precio Fishbone AB, 556347-2926

Ombud: Advokat [REDACTED] och biträdande jurist

[REDACTED]  
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB

**MOTPART**

Statens Energimyndighet, 202100-5000

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 23 januari 2023  
i mål nr 5328-22, se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning av upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

---

### YRKANDEN M.M.

Precio Fishbone AB (Precio) yrkar att kammarrätten förordnar att upphandlingen ska rättas alternativt göras om.

Statens Energimyndighet (Energimyndigheten) motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

### VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR

*Precio*

#### Otillåtna utvärderingskriterier och skada

Förvaltningsrätten har dömt korrekt i frågan om att sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier har skett.

Påtalandeskyldigheten enligt rättsfallet HFD 2022 ref. 4 innebär inte att den som påtalar ofullständigheten eller otydligheten ska göra en rättslig kvalificering av bristen. Precio har därför inte haft en skyldighet att både rättsligt kvalificera bristen som en sammanblandning och förklara att en sammanblandning innebär att upphandlingen ska göras om. Precio har ställt frågor och varit aktiv genom att anmärka mot de utvärderingskrav som i praktiken utgjort kvalificeringskrav och som därmed varit otillåtna. Frågorna har rört avsaknaden av krav på den personal som ska utföra det aktuella uppdraget samt bristen på mervärde i utvärderingsmodellen. Det kan inte krävas att en anbudsgivare ska anlita juridiskt stöd för att granska varje förfrågningsunderlag som bolaget avser att offerera på.

När det närmare gäller den egna skadan kan det sägas att beviskravet för skador vid brister i det konkurrensuppsökande skedet är relativt lågt. Det

kan inte krävas av Precio att utifrån en hypotetisk korrekt använd utvärderingsmodell beskriva hur ett anbud skulle ha utformats.

Energimyndighetens påstående om hur Precio ska precisera sin skada får till följd att en leverantör sällan eller aldrig kan anses lida skada av en brist som är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet.

Användningen av otillåtna kriterier medför per definition att det tas ovidkommande hänsyn vid utvärderingen. Vid en sådan sammanblandning som har skett bör det närmast gälla en presumtion för skada. En anbudsgivare kan nämligen dra fördelar av att bli utvärderad i förhållande till resurser som inte kommer att användas i uppdraget. En sådan anbudsgivare skulle kunna välja att referera till seniora medarbetare men låta juniora medarbetare utföra uppdraget. Det skulle ge en kostnadsfördel. I ett sådant exempel skulle kvaliteten bli sämre och uppdraget sannolikt ta längre tid. Den som får betala är Energimyndigheten.

Om utvärderingskriterierna hade tagit sikte på att utvärdera den personal som skulle utföra uppdraget i stället för att utvärdera leverantörens allmänna förmåga, hade detta givetvis haft påverkan på anbudspriset. Likaså kan det inte uteslutas att den nu tilldelade leverantören inte skulle ha kvalificerat sig om utvärderingskraven i stället utgjort kvalificeringskrav.

Att Precio har tilldelats höga poäng vid utvärderingen har i sammanhanget ingen betydelse. Såväl Precios utvärderingspoäng som pris hade kunnat se annorlunda ut om utvärderingen hade genomförts med andra utvärderingskriterier.

#### Beskrivning av informationssäkerhetsarbete

Avsnitt 4.12 i upphandlingsdokumentet innebär att det är verifieringen av kravet om systematiskt informationssäkerhetsarbete som inte får överstiga tio A4-sidor. Allt material som bifogas måste därmed omfattas av denna

sidbegränsning. Ett annat synsätt skulle innebära att man ändrar innebörden av kravet i efterhand, vilket inte är tillåtet enligt transparens- och likabehandlingsprincipen.

### *Energimyndigheten*

#### Otillåtna utvärderingskriterier och skada

Förvaltningsrätten har missbedömt att vissa utvärderingskrav skulle vara kopplade till anbudsgivarens allmänna förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. Utvärderingskriterierna värderar och poängsätter inte leverantörens allmänna förmåga utan de metoder och arbetssätt som en leverantör tagit fram och som ger ett mervärde för den upphandlade tjänsten. Det har ingenting med leverantörens erfarenhet i sig att göra utan vilken påverkan erfarenheten har på den kommande leveransen. Sådana utvärderingskriterier är tillåtna om de är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket varit syftet med kriterierna (se EU-domstolens dom i mål C-601/13 [EU:C:2015:204] punkt 30).

Precios agerande, genom att inte ställa någon fråga eller komma med någon invändning under anbudstiden gällande den påstådda sammanblandningen, är ett tydligt exempel på att bolaget har brustit i den påtalandeskyldighet som har fastställts av Högsta förvaltningsdomstolen. De frågor Precio ställde saknar helt koppling till de påstådda bristerna och det har inte funnits något giltigt skäl för att inte ställa en fråga om sammanblandning.

Precio har vidare fått maximala poäng för de utvärderingskriterier som bolaget menar utgör en sammanblandning. Det är därför svårt att förstå hur Precio menar sig lida skada. Utvärderingskriterierna har inte påverkat anbudsgivarnas lämnade priser och Precio har inte konkretiserat hur en alternativ utvärderingsmodell skulle ha påverkat bolagets anbudslämnande. Det måste finnas en tydlig kausalitet mellan den påstådda skadan och den påtalade bristen (se rättsfallet HFD 2022 ref. 30).

### Beskrivning av informationssäkerhetsarbete

Precio tolkar kravet i avsnitt 4.12 i upphandlingsdokumentet utöver sin ordalydelse. I enlighet med kravets ordalydelse är det själva beskrivningen som ska bedömas. Vad Precio anger är felaktigt och utgör en tolkning som helt och hållet saknar stöd i upphandlingsdokumentet.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det har skett en otillåten sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier. Frågan för kammarrätten att ta ställning till är om Precio ska anses ha lidit, eller riskerat att lida, skada till följd av sammanblandningen i den mening som avses i 20 kap. 6 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Precio menar att den så kallade påtalandeskyldigheten inte gäller för sådana brister som inte kan åtgärdas genom kompletteringar och förtydliganden. Precio framför även att det ställdes frågor om avsaknaden av krav på den personal som skulle vara med i det konkreta uppdraget samt modellens brist på mervärdesskapande faktorer i dessa delar.

I rättsfallet HFD 2022 ref. 4 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att det åligger en leverantör att göra det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. Häri ligger ett krav på att vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden under hand. Enligt kammarrättens mening bör räckvidden av Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden inte begränsas på det sätt Precio gör gällande. Kammarrätten anser tvärtom att principen om skademinimering får anses gälla generellt där det finns faktiska möjligheter att undanröja otydlighet i underlaget. Det innebär i sin tur inte att det kan krävas av en leverantör att kvalificera alla uppkommande frågor rättsligt. Påtalandeskyldigheten får anses omfatta faktiska omständigheter.

Mot angiven bakgrund gör kammarrätten följande bedömning. Det har ålegat Precio att påtala de faktiska bristerna för att bolaget ska kunna anses ha lidit, eller riskera att lida, skada. Genom att uppmärksamma och ställa frågor om de oklarheter som har varit kopplade till kraven på den personal som faktiskt skulle komma att utföra arbetet vid en anbudsinst och utvärderingsmodellens mervärde får Precio anses ha gjort vad som krävs för att undvika att skada uppkommer.

När det gäller den närmare skadebedömningen har Precio fått maximala poäng i utvärderingen på de områden där sammanblandningen har skett och har därutöver beskrivit risken för skada endast i allmänna ordalag (jfr rättsfallen HFD 2013 ref. 53 och HFD 2022 ref. 30). Det har inte framkommit att Precios möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud har påverkats negativt av den aktuella bristen på ett sådant sätt att kravet på skada är uppfyllt i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU. Mot denna bakgrund och med hänsyn till att kammarrätten inte heller har funnit skäl till ingripande med anledning av vad Precio anfört i övrigt, ska överklagandet avslås.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Roger Gavelin  
tf. kammarrättslagman  
ordförande

Linda Svärd  
kammarrättsråd

Tova Wetterö  
tf. kammarrättsassessor  
referent

Mikaela Andersson  
föredragande jurist



## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter:

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.