



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

DOM

2019-11-06

Meddelad i Stockholm

Mål nr

19629-19

KONKURRENSVERKET	
2019-11-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Sirona AB, 556804-5487

Ombud: Advokat Malin Albert och jur. kand. Sofi Ottosson
Advokatfirman Hammarskiöld & Co AB
Box 2278
103 17 Stockholm

MOTPART

Region Stockholm, 232100-0016

Ombud: Advokat Johan Stern och juristen Victor Pålsson Lundell
Ramberg Advokater KB
Box 3137
103 62 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1156377

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd20.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

BAKGRUND

Region Stockholm (regionen) genomför en upphandling av konsulttjänster inom strategi och management samt ekonomiska och finansiella tjänster (dnr RS 2019-0508). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen är indelad i sex delområden (A-F). Regionen avser att tilldela ramavtal till fem anbudsgivare per delområde utifrån de mest fördelaktiga anbuden med hänsyn tagen till pris och kvalitet. Om en anbudsgivare blivit tilldelad ramavtal för delområde F kan anbudsgivaren inte bli tilldelad något annat delområde. Delområde F har tilldelats, avtalsspärren har löpt ut och ramavtal har ingåtts med antagna leverantörer. Sirona AB (bolaget) lämnade anbud på delområdena A, B och C. Tilldelningsbeslut med innebörden att andra anbudsgivare än bolaget tilldelades ramavtal för delområde A-E meddelades den 13 augusti 2019. Bolaget har, såsom talan slutligen bestämts, begränsat sin ansökan om överprövning till delområde B. På detta område placerade sig bolaget som nummer 8 i anbudsutvärderingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att delområde B i upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras vid vilken bolaget ska tilldelas fyra poäng avseende tilldelningskriterium 1. I andra hand yrkas att delområde B i upphandlingen ska göras om.

Regionen motsätter sig bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 4 kap. 1 § 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.

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som bolaget har anfört. Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande ha utformats. En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Utvärderingsmodellen

Bolaget gör gällande att den utvärderingsmodell som använts i upphandlingen strider mot principerna om transparens och likabehandling. Bolaget anför bl.a. följande i denna del. Utvärderingsmodellen innehåller inte någon tydlig och klar målbild för anbudsgivaren, dvs. anbudsgivaren vet inte vad regionen vill att anbudsgivaren ska uppnå med sina svar till respektive utvärderingskriterium. Utvärderingsmodellen uppmanar i

praktiken anbudsgivarna att fritt beskriva teorier, metoder och verktyg, varefter regionen därefter helt fritt kan bedöma vilka av dessa beskrivningar som håller ”godkänd”, ”väl godkänd”, ”mycket väl godkänd” respektive ”utmärkt nivå”. Anbudsgivarna får ingen vägledning om vilka teorier, metoder och verktyg som regionen värdesätter för att erhålla maximal poäng. Regionen utvecklar inte hur helhetsbedömningen av beskrivningarna kommer att ske och det går inte heller av poängskalan (0-4) att utläsa vilka konkreta faktorer som tillmäts betydelse inom respektive tilldelningskriterium. För att erhålla 4 poäng anges att ”anbudsgivarens beskrivningar bedöms hålla en utmärkt nivå och ge utmärkta förutsättningar för att genomföra uppdrag inom delområdet”. För att erhålla 3 poäng anges att ”anbudsgivarens beskrivningar bedöms hålla en mycket väl godkänd nivå och ge mycket goda förutsättningar för att genomföra uppdrag inom delområdet”. Utvärderingsmodellen ger utrymme för ett allt för stort mått av godtycke vilket strider mot de grundläggande principerna. Detta har medfört att bolaget inte har kunnat förklara sin egen verksamhet på ett konkurrens-
mässigt sätt.

Regionen anför i denna del bl.a. följande. Det framgår klart och tydligt av upphandlingsdokumentet vad regionen skulle komma att bedöma, hur bedömningarna skulle komma att göras samt på vilket sätt bedömningarna skulle komma att motiveras. När det gäller tilldelningskriterium 1 har det ett klart samband med kontraktsföremålet eftersom det handlar om konsulternas teorier, metoder och verktyg för genomförande av uppdrag. Angiven motivering och poängskala visar klart och tydligt hur dessa teorier, metoder och verktyg kommer att bedömas. Det åligger sedan regionen att bedöma hur de av anbudsgivarna angivna teorierna, metoderna och verktygen utgör ett mervärde för respektive delområde utifrån dess olika karaktärer. Ett tilldelningskriterium måste inte vara enkelt. Managementkonsulttjänster är ett komplext område som kräver komplexa tjänster. Regionen anser därför att det är lämpligt att utvärdera på exempelvis teorier,

metoder och verktyg. Det samlade upphandlingsunderlaget är tillräckligt tydligt genom att efterfråga vad som kommer att utvärderas och ange på vilken poängskala med vidhängande motivering som anbudsgivarnas svar kommer att utvärderas.

Enligt 16 kap. 2 första stycket LOU ska en upphandlande myndighet, när den utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet, bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas. I tredje stycket i samma bestämmelse anges vidare bl.a. följande. Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att ett upphandlingsdokument ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör emellertid att även upphandlingsdokument 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. Den omständigheten att anbudsgivare genom att endast ta del av upphandlingsdokumentet inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen av sitt anbud medför inte att utvärderingsmodellen brister i transparens.

EU-domstolen har i avgörande den 14 juli 2016 i mål C-6/15 TNS Dimarso slagit fast att en upphandlande myndighet inte är skyldig att i upphandlingsdokumentet upplysa potentiella anbudsgivare om den bedömningsmetod

som den tillämpar för att konkret värdera och klassificera anbuden till omständigheterna i det enskilda fallet. Den upphandlande myndigheten får använda sig av en skala vid bedömningen av utvärderingskriterierna utan att denna skala offentliggjorts i förfrågningsunderlaget, förutsatt att skalan inte leder till att den relativa viktningen av tilldelningskriterierna ändras. I målet vid den nationella domstolen hade den upphandlande myndigheten utvärderat hur väl kvalitetskriteriet uppfylldes genom att använda betygen mycket bra, tillfredsställande och svag. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att användandet av en sådan skala, som är mycket lik den som finns i regionens upphandlingsdokument, inte i sig kan medföra att ett upphandlingsdokument strider mot transparensprincipen. Frågan blir därför om regionens upphandlingsdokument i övrigt är så utformat att det för anbudsgivarna går att förstå vad regionen kommer att lägga vikt vid.

Regionen har under rubriken ”Upphandlingsföremål och upphandlingens omfattning” beskrivit vad det är som upphandlas för respektive område. Delområde B avser processutveckling och effektivisering. Regionen har beskrivit vad som avses med området och också gett exempel på uppdrag inom området. Regionen har valt tre underkriterier för att utvärdera kvalitet; 1.) teorier, metoder och verktyg, 2.) strukturkapital och 3.) referensuppdrag. Kriterierna ska utvärderas genom en helhetsbedömning av de beskrivningar som anbudsgivarna ska lämna avseende respektive kriterium. Poäng ges för varje kriterium i en skala från 0-4 och kopplas till ett prispåslag. För tilldelningskriterium 1 anges att anbudsgivarna ska redogöra för vilka teorier, metoder och verktyg som de offererade konsulterna kommer att använda sig av vid utförandet av uppdrag inom delområdet. Avseende tilldelningskriterium 2 ska anbudsgivarna redogöra för hur offererade konsulter kommer att kunna använda sig av leverantörens samlade kunskaper och erfarenheter i de fall där det krävs för att leverera uppdrag inom delområdet. När det gäller tilldelningskriterium 3 ska anbudsgivarna redogöra för hur offererade konsulter i andra uppdrag inom delområdet

använt sig av teorier, metoder, verktyg och strukturkapital samt redogöra för resultatet av uppdraget och hur kunskapsöverföring till uppdragsgivare skett.

Med hänsyn till att upphandlingsföremålet är konsulttjänster inom strategi och management – processutveckling och effektivisering - anser förvaltningsrätten att regionen har haft rätt att använda en mer beskrivande utvärderingsmodell. Vidare har regionen angett vad anbudsgivarna ska beskriva med avseende på respektive tilldelningskriterium. Dessa uppgifter borde vara tillräckliga för att anbudsgivarna ska kunna bilda sig en uppfattning som vad regionen fäster vikt vid och vad som bör framgå av beskrivningarna för att få ett högt betyg inom respektive kvalitetskriterium. Förvaltningsrätten bedömer således att det av utvärderingsmodellen går att utläsa hur utvärderingen och betygssättningen ska gå till, även om bedömningen blir förenad med ett visst mått av subjektivitet.

Bolaget har även gjort gällande att det är en brist att utvärderingen endast sker på uppgifter som kommer från anbudsgivarna själva, särskilt när det gäller referensuppdrag. Förvaltningsrätten kan konstatera att det inte finns något krav på referensupptagning från tidigare uppdragsgivare vid en utvärdering och att det inte framgår annat än att samtliga kriterier syftar till att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förvaltningsrätten anser inte att kriterierna ger regionen en obegränsad valfrihet.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen inte strider mot LOU eller de grundläggande principerna. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund.

Utvärderingen av bolagets anbud

Bolaget gör gällande att regionen har utvärderat bolagets anbud felaktigt och därigenom brutit mot likabehandlingsprincipen. Bolaget menar att dess anbud skulle ha tilldelats 4 poäng istället för 3 poäng avseende tilldelningskriterium 1. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för detta. Regionen har som skäl för poängsättningen angett att ett högre betyg hade krävt mer information om processer och mindre ovidkommande information. Bolagets beskrivning innehåller dock en utmärkt nivå gällande processer och innehåller inte någon ovidkommande information. Även om det skulle ha förekommit ovidkommande information kan inte det utgöra skäl för poängsättning. Regionen har muntligt till bolaget kommunicerat att den andra anledningen till att bolaget inte tilldelats 4 poäng var att ett begrepp använts utan att förklaras. Samtliga begrepp som bolaget använt i anbudssvaret måste betraktas som högst vedertagna begrepp i allmänhet, och i allra högsta grad i konsultbranschen och verksamheter som på något sätt haft med konsulter att göra. Om bolaget skulle ha tilldelats fyra poäng hade något prispåslag inte blivit aktuellt och det jämförelsepris bolaget därmed skulle fått hade inneburit att bolagets anbud rangordnats som det femte bästa anbudet inom delområde B.

Regionen anför bl.a. följande. Regionen har i sin utvärdering behandlat anbudsgivarna lika utifrån de tilldelningskriterier som uppställts. Bolagets anbud har därmed utvärderats utifrån samma förutsättningar och på samma sätt som övriga anbudsgivare. Det förhållande att bolaget i sitt anbud har lämnat en stor mängd information som inte går att hänföra till delområde B visar enligt regionen delvis på bristande förståelse för upphandlingsobjektet, med processer och metoder som inte skulle bidra till de mål som regionen har satt upp för upphandlingen, men också att den angivna metoden inte är anpassad för delområdet i fråga. Bolagets anbud uppfyller inte den nivå som krävs för att erhålla fyra poäng.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte ankommer på domstolen att vid överprövning av offentliga upphandlingar göra en egen utvärdering i upphandlingen. Domstolens prövning inskränker sig till frågan om principerna i 4 kap. 1 § LOU och övriga bestämmelser i LOU har överträtts. Först när det klart kan konstateras att den upphandlande myndighetens bedömning har gjorts i strid med upphandlingsdokumenten eller i strid med de principer som styr LOU finns det skäl för ingripande.

Förvaltningsrätten har tagit del av bolagets beskrivning av delområde B, regionens motivering till poängen och bolagets motiveringar till varför en högre poäng borde ha tilldelats bolaget. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit att regionen varit osaklig, tagit ovidkommande hänsyn eller avvikit från vad som angetts i upphandlingsdokumentet. Så som förvaltningsrätten funnit medför utvärderingsmodellens utformning att regionen ges ett visst bedömningsutrymme vid utvärderingen. Den bedömning som regionen gjort kan inte anses uppenbart felaktig. Det har inte framkommit skäl att ifrågasätta regionens bedömning att ytterligare information om processer och mindre ovidkommande information hade krävts för ett högre betyg. Bolaget har uppgett att regionen muntligen även motiverat betyget med att bolaget använt begrepp som inte förklarats. Detta är dock inget som regionen bekräftat, varför förvaltningsrätten har att utgå från att betyget motiverats av de skäl som angetts skriftligen.

Bolaget har vidare gjort gällande att bolaget förstått att samtliga personer som utvärderat anbuderna inte har erfarenhet och kunskap inom managementkonsultområdet och att någon korrekt utvärdering av anbuderna av den anledningen inte har kunnat göras. Bolaget menar att utvärderingen av den anledningen inte kunnat ske på ett lika sätt för alla anbudsgivare. Regionen har anfört att påståendet om att personerna som utvärderat anbuderna inte har erfarenhet och kunskap inom managementkonsultområdet är felaktigt.

Förvaltningsrätten anser att det är upp till den upphandlande myndigheten att välja vilka personer som ska utvärdera anbuden så länge syftet är att anta det mest fördelaktiga anbudet. Bolaget har inte heller lagt fram några omständigheter som gör att det finns anledning att ifrågasätta att de personer som utvärderat anbuden haft kompetensen att klara av det.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av det anförda att det inte är visat att regionen brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon av de andra grundläggande principerna och bestämmelserna i LOU vid sin utvärdering. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Uppdelningen av upphandlingen

Bolaget gör gällande att upphandlingens utformning, med sex olika delområden där delområde F tilldelas vid en tidpunkt och delområde A-E vid en senare tidpunkt strider mot bestämmelserna i LOU. Bolaget uppger i denna del bl.a. följande. Bolaget var, i egenskap av underleverantör till annan anbudsgivare, med i utvärderingen av område F. Bolaget har genom att regionen meddelat tilldelningsbesluten vid olika tillfällen berövats möjligheten att på ett ändamålsenligt sätt överväga ställningstaganden och allokera resurser för att på så sätt uppnå den för bolaget mest fördelaktiga möjliga tilldelningen i upphandlingen samt frångått möjligheten att angripa upphandlingens samtliga delar i ett sammanhang. Utgångspunkten måste vara att tilldelningsbesluten vid uppdelningen av ett kontrakt meddelas vid samma tidpunkt.

Regionen anför bl.a. följande. Syftet med upplägget med delområden, där det största och mest komplexa delområdet (F) spänner över fyra av fem (A-D) av de övriga delområdena är att gynna mindre leverantörer som inte har kapacitet att lämna anbud på delområde F. Utan denna begränsningsregel hade upphandlingen med stor sannolikhet resulterat i kontrakt med i

huvudsak stora leverantörer. Bolaget har medgett att det inte hade kunnat lämna ett eget anbud på delområde F, vilket innebär att bolaget aldrig riskerat eller lidit någon skada till följd av regionens begränsningsregel.

Förvaltningsrätten anser att regionen har delat upp upphandlingen i områden och begränsat möjligheten att erhålla kontrakt i enlighet med vad som är möjligt enligt bestämmelserna i 4 kap. 13-17 §§ i LOU om tilldelning av kontrakt i separata delar i. Det följer inte av någon bestämmelse i LOU att tilldelningsbesluten för de olika delarna inte kan meddelas vid olika tillfällen. Av vad bolaget uppgett framkommer inte heller hur bolaget skulle kunna lida skada av att kontrakt för område F tilldelas innan område B. Det kan konstateras att bolaget i egenskap av underleverantör inte kan lida skada i den mening som avses i LOU. Det saknas skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som bolaget åberopat inte visat att det finns grund för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Anna Önell
Chefsrådman

Anna-Karin Saxvold har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

