



SÖKANDE

Advokatfirman Gärde & Partners AB, 556675-6127

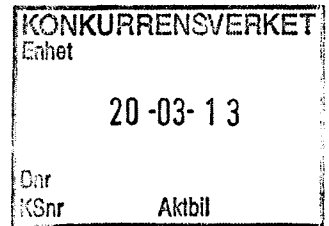
Ombud: Advokat David Hertzman

MOTPART

Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut, 202100-0696

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI) genomför upphandlingen *Juridiska tjänster* (dnr 2019/2115/2.3). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande med tilldelning till den leverantör som uppfyller samtliga obligatoriska krav och har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med utvärderingsgrunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Efter beslut om tilldelning tilldelades en annan leverantör än Advokatfirman Gärde & Partners AB (Advokatfirman) kontraktet.

Advokatfirman yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras varvid Advokatfirmans anbud ska anses vara kvalificerat på så sätt att erbjudna konsulter uppfyller samtliga obligatoriska krav enligt upphandlingsdokumentet. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

SMHI motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Advokatfirman

Av upphandlingsdokumentet framgår att SMHI ska tilldela kontrakt till den leverantör som erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet baserat på bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Som motivering till att Advokatfirmans anbud har utslutits har angetts att de inte uppfyllt alla obligatoriska krav. Kvalificeringsfasen har genomförts felaktigt och i strid mot principen om transparens. Advokatfirman har diskvalificerats på grund av att SMHI utläser en annan betydelse av kravet enligt upphandlingsdokumentet punkt 2.2.2. Beträffande kompetensnivåerna Delägare/Senior Counsel och Biträdande jurist (advokat) krävs att erbjuda konsulter har minst tio respektive fyra års erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete inom minst ett av rättsområdena och ska under de senaste åtta respektive två åren ha lagt sammanlagt minst fyrtio procent av sin arbetstid på det rättsområdet. Kravet innebär inte att konsulter inom de nämnda kompetensnivåerna måste ha lagt fyrtio procent av sin arbetstid under de senaste åtta respektive två åren på det eller de rättsområden de erbjuds för. Kravet innebär endast att konsulterna ska ha lagt fyrtio procent av sin arbetstid under de senaste åtta respektive två åren på ett av de rättsområden som upphandlingen gäller. Uteslutandet har därför skett felaktigt eftersom det inte grundas på ett krav i upphandlingsdokumentet.

Det framgår inte heller tillräckligt tydligt i upphandlingsdokumentet att det är ett krav, än mindre ett obligatoriskt krav, att konsulterna ska ha lagt fyrtio procent av sin arbetstid under de senaste åtta respektive två åren på det rättsområde som de erbjuds för. Kravet är inte tydligt eller objektivt utformat eller framstår som adekvat och rimligt i förhållande till föremålet för upphandlingen. Potentiella leverantörer har således inte haft anledning att förutsetta att kravet varit viktigt för myndigheten. Om en sådan bestämmelse

skulle finnas är uteslutandet av Advokatfirmans anbud inte förenligt med principen om transparens.

Erbjudna konsulter inom de nämnda kompetensnivåerna uppfyller kravet och anbudet kan rätteligen inte uteslutas på grund av att konsulternas erfarenhet av samt deras nedlagda arbetstid inte uppfylls inom varje rättsområde de erbjuds inom. SMHI utläser en lydelse av kravet som inte överensstämmer med hur det är formulerat. Stöd för en sådan tolkning kan inte heller utläsas av andra bestämmelser i upphandlingsdokumentet. Det framgår att fyra konsulter erbjuds inom varje kompetensområde och att konsulterna uppfyller kraven som ställs i upphandlingsdokumentet. Den uppfattning som SMHI har om kravets innebörd hade enkelt kunnat uttryckas i kravtexten utan att det ska behöva tolkas utifrån SMHI:s övergripande syften och ändamål med upphandlingen. Uteslutande av Advokatfirmans anbud har skett utan erforderligt stöd och innebär en brist i förfarandet. Anbudet har diskvalificerats på felaktiga grunder utan beaktande av principerna om transparens samt likabehandling. Det har orsakats av bristfälliga och otydliga anvisningar i upphandlingsdokumentet, vilket inte uppfyller kravet på transparens. I övrigt uppfyller Advokatfirman samtliga krav i upphandlingsdokumentet, och har erbjudit lägst pris. På grund av att den upphandlande myndigheten har brutit i upphandlingsförfarandet får inte Advokatfirman möjlighet att utföra de uppdrag upphandlingen omfattar och har därigenom lidit skada och kan komma att antas lida betydande skada.

SMHI

SMHI har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU. Advokatfirmans anbud uppfyller inte de av SMHI ställda obligatoriska kraven. Advokatfirman har inte och kan inte komma att lida skada då upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Endast de anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav oavsett om kravet avser anbudsgivaren, efterfrågade tjänster eller avtalsvillkoren utvärderas. Advokatfirman

har inte uppfyllt samtliga av de ställda kraven och därför kan inte Advokatfirman bli föremål för utvärdering. I upphandlingsdokumentet under målbeskrivning uppges att på grund av den differentierade verksamheten behöver SMHI stöd inom flera rättsområden. Det anges tydligt att SMHI har en väldigt differentierad verksamhet och avser upphandla juridisk specialistkompetens inom de rättsområden som anges i underlaget. Det kan inte missförstås att kraven på vad som ska anses som juridisk specialistkompetens omfattar samtliga angivna rättsområden. Det är ett obligatoriskt krav som ställts, och det framgår att anbudsgivaren ska ha resurser och förmåga att ge SMHI stöd inom samtliga rättsområden. I kravet framgår vilka sexton rättsområden anbudsgivaren ska ha leveranskapacitet inom. Det framgår att anbudsgivaren ska kunna tillhandahålla minst en person inom vardera av fyra kompetensnivåer inom varje rättsområde. Det har också ställs obligatoriska krav som ska vara uppfyllda för att uppfylla kraven för respektive kompetensnivå. Det framgår att vad gäller Delägare/Senior Council ska konsulten ha minst tio års erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete inom minst ett av rättsområdena och ska under de senaste åtta åren ha lagt sammantaget minst fyrtio procent av sin arbetstid på det rättsområdet. Vad avser Biträdande jurist (advokat) ska konsulten ha minst fyra års erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete inom minst ett av rättsområdena och ska under de senaste två åren ha lagt sammantaget minst fyrtio procent av sin arbetstid på det rättsområdet.

Anledningen till formuleringen är att det är av mycket stor vikt för SMHI att konsulten arbetar aktivt inom rättsområdet och har en djup kompetens. För att styrka att kravet är uppfyllt ska en beskrivning av organisationen bifogas av vilken det ska framgå att anbudsgivaren har kompetens i samtliga angivna rättsområden. Det framgår i upphandlingsdokumentet att samtliga obligatoriska krav ska vara uppfyllda, vilket gör att det inte föreligger någon brist avseende kriteriet på transparens. Advokatfirman har bifogat en leveransplan med namngivna personer för att visa att kravet är uppfyllt. För kompe-

tensnivån Delägare/Senior Council har totalt fyra personer offererats för samtliga av de sexton angivna rättsområdena. Att de sammantaget skulle haft minst fyrtio procent av sin arbetstid inom respektive rättsområde som personen är offererad på kan inte stämma då de i sådana fall skulle jobbat mer än hundra procent. För kompetensnivån Biträdande jurist (advokat) har offererats totalt två personer för samtliga av de sexton angivna rättsområdena, att dessa angivna personer skulle sammantaget haft minst fyrtio procent av sin arbetstid inom respektive rättsområde, som personen är offererad på kan inte stämma då personerna skulle ha jobbat mer än hundra procent i sådana fall. Anbudsgivaren har därmed inte visat att kravet gällande kapaciteten att tillhandahålla minst en person inom vardera av fyra kompetensnivåer inom varje rättsområde är uppfyllt.

Den leveransplan som Advokatfirman skickade in uppfyller inte de obligatoriska kraven och därför ombads Advokatfirman att förtydliga sitt anbud. De ombads även att förtydliga hur efterfrågad leveranskapacitet uppfylls. Advokatfirman har inte visat att den har den kapacitet som SMHI har efterfrågat och därför har anbudet förkastats. SMHI skulle bortse från likabehandlingsprincipen om Advokatfirman tilläts delta i utvärderingen då anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. SMHI har därmed inte brutit mot vare sig principerna om likabehandling eller transparens, någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse på så sätt att Advokatfirman lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Upphandlande myndighet får enligt 14 kap. 1 § LOU ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får bl.a. avse teknisk och yrkesmässig kapacitet förutsatt bl.a. att de har anknytning till det som ska anskaffas och står i proportion till detta. Sådant krav får enligt 14 kap. 5 § LOU innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt SMHIs upphandlingsrapport *Individuell rapport* daterad den 19 december 2019 har Advokatfirmans anbud inte bedömts uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet. Advokatfirman anges ha brutit i uppfyllande av krav på offererade konsulter erfarenhet i form av sammantagen nedlagd arbetstid om fyrtio procent på det angivna rättsområdet under de senaste åtta respektive två åren beroende på kompetensnivå.

Advokatfirman har i första hand anfört att Advokatfirmans anbud uppfyller de aktuella kraven så som det formulerats i upphandlingsdokumentet. I andra hand anför Advokatfirman att kravets utformning och tillämpning i vart fall står i strid med principerna om transparens och likabehandling samt att kravet inte är adekvat för upphandlingens föremål.

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Advokatfirman har anfört är visat att SMHI brutit mot någon bestämmelse i LOU när Advokatfirmas anbud förkastats och om detta har medfört att Advokatfirman lidit eller kan komma att lida skada (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i upphandlingsdokumentet. En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna i 4 kap. 1 § LOU. Upphandlingsdokument ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00 SIAC Construction). Det väsentliga är att upphandlingsdokumentet är så klart och tydligt utformade att en leverantör kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Av upphandlingsdokumentet, punkt 1.1.3 *Bakgrund och mål med upphandlingen* framgår att ändamålet med upphandlingen av juridiska tjänster har varit att SMHI i sin differentierade verksamhet ska kunna erhålla stöd inom flera rättsområden. Av upphandlingsdokumentets punkt 2.2.1 *Rättsområden* framgår att anbudsgivaren ska ha resurser och förmåga att ge SMHI stöd i samtliga rättsområden som anges under punkten.

I upphandlingsdokumentets punkt 2.2.2 *Kompetensnivåer för konsulter*, anges att anbudsgivaren till anbudet ska bifoga en beskrivning av sin organisation i vilken det ska framgå att anbudsgivaren har kompetens i samtliga angivna rättsområden. Vidare anges, såvitt här är relevant, följande.

Anbudsgivaren ska kunna tillhandahålla minst en person inom vardera av fyra kompetensnivåer inom varje rättsområde. För samtliga kompetensnivåer är det ett krav att konsulten aktivt följer och kontinuerligt vidareutbildar sig, samt genomför uppdrag inom det aktuella rättsområdet.

För kompetensnivån *Delägare/Senior Council* ska bl.a. följande krav vara uppfyllda. *Konsulten ska ha minst tio års erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete inom minst ett av rättsområdena och ska under de senaste åtta åren ha lagt sammantaget minst fyrtio procent av sin arbetstid på det rättsområdet.*

För kompetensnivån *Biträdande jurist (advokat)* ska bl.a. följande krav vara uppfyllda. *Konsulten ska ha minst fyra års erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete inom minst ett av rättsområdena och ska under de senaste två åren ha lagt sammantaget minst fyrtio procent av sin arbetstid på det rättsområdet.*

Vad som anges om att anbudsgivaren ska kunna tillhandahålla minst en person inom vardera fyra kompetensnivåer, och däri angivna kompetens- och erfarenhetskrav, inom varje rättsområde, utgör, enligt förvaltningsrättens mening, ett obligatoriskt krav avseende yrkesmässig kapacitet för upphandlingen. Syftet med kraven får, och som också framgår av underlaget i övrigt, anses vara att säkerställa att offererade konsulter har en viss grad av specialisering inom ett eller flera av de i upphandlingsdokumentet angivna rättsområdena. Det framgår vidare av upphandlingsdokumentet att SMHI har egna jurister, som besitter generalistkompetens och att tjänsterna som efterfrågas i upphandlingen avser specialistkompetens inom de angivna rättsområdena samt att anbudsgivaren ska ha resurser och förmåga att ge SMHI stöd i samtliga angivna rättsområden. De specificerade kraven på offererad konsults kompetens och erfarenhet får anses ha ett naturligt samband med SMHIs syfte med upphandlingen, dvs. att erhålla juridiskt stöd inom flera, i upphandlingen angivna, rättsområden. Det får därmed anses vara ett för upphandlingen adekvat och proportionerligt krav ägnad att tillgodose avsedda ändamål.

För att ett anbud ska kvalificeras ska det uppfylla samtliga obligatoriska krav varmed SMHI har angett att *Delägare/Senior Council* liksom *Biträdande jurist (advokat)* ska ha arbetat minst fyrtio procent av sin arbets-

tid med det efterfrågade rättsområdena som personen är offererad för under de senaste åtta respektive två åren.

Anbud kan inte förkastas med anledning av att anbudsgivaren har underlåtit att uppfylla obligatoriskt krav som inte uttryckligen följer av upphandlingsdokumenten, och istället endast följer av en tolkning eller utfyllnad av detta (jfr. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15 Pizzo, punkt 36 och 51). Förvaltningsrätten konstaterar dock att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade i princip ska kunna godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Vid en tolkning av upphandlingsdokument har den upphandlande myndigheten givits ett visst tolkningsföreträde i praxis. Ett sådant tolkningsföreträde måste då tillämpas inom ramen för LOUs principer, främst transparensprincipen. (Jfr. bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom den 6 oktober 2016 i mål nr 2225-16.)

För att ett anbud ska kunna förkastas på grund av att ett obligatoriskt krav inte uppfylls måste alltså kravet, liksom hur det ska uppfyllas, framgå tydligt av upphandlingsdokumenten. En objektiv tolkning utifrån kravets ordalydelse mot bakgrund av den kontext det aktuella kravet återfinns i, och hur upphandlingsdokumentet har utformats, måste enligt förvaltningsrättens uppfattning kunna accepteras förutsatt att det sker inom ramen för bestämmelserna och principer för LOU.

Med hänsyn till det aktuella kravets ordalydelse och hur upphandlingsdokumentet är utformat anser förvaltningsrätten att kravet om att anbudsgivaren ska kunna tillhandahålla minst en person från vardera fyra kompetensnivåer inom varje rättsområde, talar för innebörden att det för varje rättsområde ska offereras en konsult med respektive kompetensnivå

för just det rättsområdet som konsulten anges för. En sådan tolkning överensstämmer också med upphandlingens angivna syfte, den kontext som kravet anges i och vad som framgår av upphandlingsdokumentet i övrigt. Det får därmed anses vara en rimlig och för upphandlingen relevant tolkning av kravet att offererad Delägare/Senior Council respektive Biträdande jurist (advokat) ska ha lagt fyrtio procent av sin arbetstid under de senaste åtta respektive två åren på det rättsområde som konsulten offereras för. Förvaltningsrätten anser inte att tillräckliga skäl har presenterats för att kravet ska anses ha en annan innebörd eller annars vara behäftat med en sådan oklarhet att principen om transparens har trätts förnär. Upphandlingsdokumentet bedöms inte heller inneha sådana brister och oklarheter att det skulle vara otydligt hur bedömningen av det obligatoriska kravet i fråga ska göras på ett sätt som, till följd av kravets utformning, givit utrymme för en olikbehandling mellan anbudsgivarna. Förvaltningsrätten noterar härvidlag att Advokatfirman har getts möjlighet att förtydliga sitt anbud i fråga om nu aktuella krav.

Upphandlingsdokumentet får alltså enligt förvaltningsrättens bedömning anses vara tillräckligt tydligt för att normalt omsorgsfulla och informerade anbudsgivare ska kunna förutse vad som tillmäts betydelse vid värderingen av anbud. SMHIs tolkning av kraven är, enligt förvaltningsrättens uppfattning, inte heller oförenligt med principen om transparens eller likabehandling. Varken det aktuella kravet eller tolkningen och tillämpningen av kravet kan därmed anses strida mot upphandlingsdokumentet eller någon av principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Mot bakgrund av vad som framgår av Advokatfirmans anbud och därtill bifogad beskrivning av organisation med leveransplan kan anbudet inte anses ha visats uppfylla det i upphandlingsdokumentet angivna obligatoriska kravet i fråga. SHMI har därmed inte heller handlat i strid med likabehandlingsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU när

Advokatfirmans anbud har förkastats. Skäl att ingripa mot upphandlingen föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05).

Angelica Hage
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Hedvig Danielsson.



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 rättstillämpningen.
- 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.

