



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2016-04-19

Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3208-16



SÖKANDE

European Minds Sweden AB, 556778-4359

Ombud: Advokat Anders Lindström och jur.kand. Daniel Sjöholm
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPART

Svenska ESF-rådet
Böx 47141
100 74 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår European Minds Sweden AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 708034

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

BAKGRUND

Svenska ESF-rådet (ESF-rådet) genomför en ramavtalsupphandling av projektutvärdering/klusterutvärdering, dnr 2015/00059, genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen är indelad i område 1: Projektutvärdering och område 2: Klusterutvärdering och båda områdena omfattar nio regioner. När det gäller projektutvärdering ska minst tio leverantörer antas och motsvarande siffra för klusterutvärdering är fyra. Varje anbudsområde utvärderas separat. Utvärderingsgrund är ekonomiskt mest fördelaktiga och utvärderingskriterier är anbudssumma och case. Förnyad konkurrensutsättning ska tillämpas vid avrop.

I tilldelningsbeslut den 24 juni 2015 avseende klusterutvärdering och i rättat tilldelningsbeslut den 26 juni 2015 gällande projektutvärdering har ESF-rådet beslutat tilldela ramavtal till fem respektive femton anbudsgivare. European Minds Sweden AB (EMS) har inte tilldelats ramavtal.

EMS ansökte om överprövning och förvaltningsrätten beslutade den 15 oktober 2015 att upphandlingen skulle göras om på den grunden att utvärderingsmodellen brast i transparens och likabehandling. ESF-rådet överklagade domen till Kammarrätten i Stockholm som den 16 februari 2016 fann att utvärderingsmodellen var tillräckligt tydlig i LOU:s mening och inte stred mot kraven på transparens och likabehandling. Kammarrätten upphävde därmed förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för prövning av övriga anförda grunder. Förvaltningsrätten har därför i målet att pröva om det finns skäl för att med stöd av LOU ingripa mot upphandlingen på någon annan av de grunder som EMS anför.

YRKANDEN

Vad EMS anför

Utöver de grunder som redan har prövats anför EMS bl.a. följande. Avrop från ramavtalet kommer att ske genom förnyad konkurrensutsättning. Av punkten 1.4 *Avropsrutiner* i förfrågningsunderlaget framgår att tilldelningskriterier vid avrop ska vara pris och kvalitet. Det framgår emellertid inte vad som avses med kriteriet kvalitet vilket är alltför otydligt och står i strid med transparensprincipen. Genom detta otydliga tilldelningskriterium har ESF-rådet byggt in en fri prövningsrätt vid framtida avrop. Vidare har ESF-rådet angett att myndigheten kan komma att ställa kvalificeringskrav såsom kompetens och erfarenhet vid framtida avrop. Ett sådant agerande står i strid med LOU. I ett avrop genom förnyad konkurrensutsättning får anbudena endast prövas mot de i ramavtalet angivna tilldelningskriterierna. Genom att öppna en möjlighet att utesluta ramavtalsleverantörer från avrop genom ytterligare kvalitetskrav från ett ramavtal där leverantören redan har kvalificerat sig kan ESF-rådet på ett godtyckligt sätt tilldela avrop. Otydligheten i förfrågningsunderlaget avseende framtida avrop innebär att EMS inte har kunnat lämna sitt bästa anbud.

Vidare finns det brister avseende tidsfristen för att lämna anbud. Huvudregeln är att tidsfristen att lämna anbud ska vara 52 dagar. Det finns möjlighet att förkorta den tidsfristen med sju dagar (ner till 45 dagar) om annonsen har utarbetats och skickats elektroniskt. Om den upphandlande myndigheten, med elektroniska medel, ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget finns det möjlighet att förkorta tidsfristen med ytterligare 5 dagar, dvs. ner till 40 dagar. I den aktuella upphandlingen har ESF-rådet gett anbudsgivarna en tidsfrist om 42 dagar. EMS anser att ESF-rådet inte har haft möjlighet att förkorta tidsfristen mer än till 45 dagar. Upphandlingen är uppdelad i nio regioner. För att erhålla information om dessa regioner hänvisas till en internetadress. Informationen går inte att erhålla på nå-

got annat sätt i förfrågningsunderlaget varför en hänvisning innebär att förfrågningsunderlaget inte varit komplett. Mot den bakgrunden har ESF-rådet, i strid med LOU, föreskrivit en alltför kort tidsfrist att inkomma med anbud.

Vad ESF-rådet anfört

Det ligger i ramavtalens natur att samtliga förutsättningar inte kan fastställas eller vara kända redan under ramavtalsupphandlingen. De utvärderingsuppdrag som kommer att avropas är av skiftande karaktär, såväl till innehåll som till omfattning, och för att myndighetens behov ska tillgodoses vid de enskilda uppdragen kan efterfrågad kompetens eller erfarenhet behöva preciseras. När det blir aktuellt med avrop genom förnyad konkurrensutsättning behöver ESF-rådet precisera vilken utvärderingskompetens som är aktuell för det enskilda uppdraget för att myndighetens behov ska bli tillgodosett. Detta kan komma att ske genom att krav på kompetens och/eller erfarenhet ställs på de individer som offereras för uppdraget inom ramen för vad som angavs i förfrågningsunderlaget. ESF-rådets avsikt har aldrig varit att införa nya kvalificeringskrav. När det gäller invändningarna mot beskrivningen av de tilldelningskriterier som kommer att användas vid respektive avrop anser ESF att tilldelningskriterierna är beskrivna i förfrågningsunderlaget och att det tydligt framgår att information om kriterierna kommer att preciseras vid avrop. Andra kriterier än pris och kvalitet kan enligt förfrågningsunderlaget inte ligga till grund för tilldelning av upphandlingskontrakt.

Tidsfristen att komma in med anbud strider inte mot bestämmelserna i 8 kap. LOU. Hela förfrågningsunderlaget har varit tillgängligt vid annonseringen på www.tendsign.se och ESF:s hemsida. Det framgick även tydligt att nödvändig information om de olika områdena fanns publicerad på ESF:s hemsida. Förfrågningsunderlaget innehöll en hyperlänk där mer information om de olika områdena fanns och det har inte framkommit att denna hyperlänk inte har fungerat. Det finns inte några krav från lagstiftarens sida att förfrågningsunderlaget ska kunna laddas ner från en enda domänadress.

ESF-rådet har därmed gett anbudsgivarna fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Avrop

Av 5 kap. LOU framgår att det i Sverige finns tre typer av ramavtal. En av typerna är sådant ramavtal som ingås med flera leverantörer och som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt. Fullständigt och ömsesidigt förpliktande kontrakt uppkommer senare genom avrop. Sådana avrop från ramavtalet sker genom förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § LOU med därpå följande tilldelningsbeslut. Av nämnda paragraf framgår bl.a. att vid förnyad konkurrensutsättning ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

I förfrågningsunderlagets punkt 1.4 *Avropsrutiner* anges följande.

För detta avtal tillämpas en förnyad konkurrensutsättning vid avrop. ESF-rådet genomför avrop genom att ställa en förfrågan till samtliga leverantörer i aktuell region.

Möjliga kriterier för det slutliga valet av leverantör, vid respektive avrop är:

- Pris
- Kvalitet

Avropets omfattning, val av utvärderingskriterier samt viktningen mellan ovanstående kriterier, aktuell utvärderingsmodell, definieras i samband med avropsförfrågan. ESF-rådet äger rätt att ställa specifika krav på konsulternas kompetens och erfarenhet i avropen.

ESF-rådet kommer att ta fram mallar/blanketter som ska användas vid avropen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget således tydligt framgår att avrop kommer att ske med förnyad konkurrensutsättning, vilka kriterier som är möjliga vid avrop samt att utvärderingskriterier och metod senare kommer att preciseras. Förvaltningsrätten anser därmed att förfrågningsunderlaget får anses vara tillräckligt tydligt för att anbudsgivaren ska veta hur ett kommande avrop kommer att ske. Förfrågningsunderlaget kan därmed inte anses strida mot principen om transparens beträffande punkten *1.4 Avropsrutiner*. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen på denna av EMS åberopade grund.

Anbudstiden

I 8 kap. 2 § LOU anges att vid ett öppet förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, om inte något annat följer av 8 kap. 4–8 §§ LOU.

Av 8 kap. 5 § LOU framgår att tidsfristen enligt 8 kap. 2 § LOU får förkortas med sju dagar om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel. Utöver detta får tidsfristen enligt 8 kap. 6 § LOU förkortas med ytterligare fem dagar om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget från den dag då annonsen om upphandlingen skickades till Europeiska kommis-

sionen för publicering. Den Internetadress där förfrågningsunderlaget finns tillgängligt ska anges i annonsen.

EMS menar att hela förfrågningsunderlaget inte varit komplett och därmed inte fullständigt vid annonseringen och att ESF-rådet därmed inte har haft rätt att sätta ner tidsfristen till 42 dagar. Förvaltningsrätten anser dock att det inte framkommit annat än att hela förfrågningsunderlaget har funnits tillgängligt vid tidpunkten för annonseringen och att ESF-rådet rätteligen har angett en Internetadress där all information har gått att hämta. Det har inte heller framkommit att den hyperlänk som funnits i förfrågningsunderlaget inte har fungerat. Det får därmed anses att kriterierna för att få förkorta anbuds tiden med stöd av ovan angivna bestämmelser har varit uppfyllda. Det finns därmed inte heller skäl att ingripa mot upphandlingen på denna av EMS anförda grund.

Sammantaget finner förvaltningsrätten således att EMS ansökan om överprövning ska avslås.

Förvaltningsrätten har genom beslut den 23 februari 2016 i detta mål interimistiskt förordnat att ESF-rådet inte får ingå avtal i den aktuella upphandlingen innan något annat har bestämts. Förvaltningsrätten har genom domar denna dag avslagit ansökningarna om överprövning i mål nr 3212-16, 3218-16 och detta mål samt i mål nr 3216-16 beslutat att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts. Förvaltningsrättens interimistiska förordnande i detta mål har därmed upphört att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).



Daniel Wanhatalo

Rådman

Helena Boson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.