



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 33

DOM
2019-12-20
Meddelad i Stockholm

Mål nr
3606-19

SÖKANDE

Naturprodukter & utbildning i Sollentuna kommanditbolag, 969705-7801
Lundströms Väg 18
192 77 Sollentuna

MOTPART

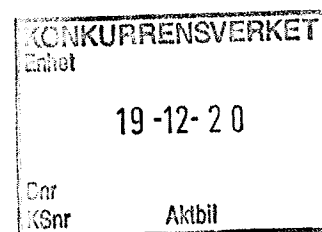
Karolinska Institutet
171 77 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 1143459

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00
E-post: avd33.fst@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Karolinska Institutet ("KI") genomför en upphandling av ramavtal avseende upphandlingskonsulter, dnr 2-5754/2018 ("upphandlingen"). Upphandlingen är uppdelad i fyra delområden: forskningsutrustning och laboratoriematerial (delområde 1), IT (delområde 2), fastighetsnära varor och tjänster samt entreprenad (delområde 3) och övriga varor och tjänster (delområde 4).

Av upphandlingsdokumentet framgår bl.a. att olika kravspecifikationer gäller för de olika delområdena och att anbudsgivarna ska kunna tillhandahålla kompetens med relevant inriktning för det aktuella området. I anbudsinvitan angavs även att KI:s avsikt är att teckna avtal med de tre anbudsgivare per delområde som har lägst pris, under förutsättning att tillräckligt antal anbud kan antas.

Den 8 februari 2019 meddelade KI ett tilldelningsbeslut med en avtalsspärr t.o.m. den 18 februari 2019 ("det första tilldelningsbeslutet"). Efter att underrättelse om tilldelningsbeslutet hade skickats ut mottog KI uppgifter om att det skulle ha förekommit kartellbildning och oegentligheter i samband med anbudsgivningen, varvid KI inledde en utredning. Den 13 februari 2019 beslutade KI, med hänvisning till oförutsedda omständigheter, att förlänga avtalsspärren t.o.m. den 25 februari 2019. Samma dag beslutade KI även att rätta det första tilldelningsbeslutet avseende skrivfel i numreringen i hänvisningarna till upphandlingsdokumentet ("rättelsen").

Den 27 februari 2019 beslutade KI att påståendena om kartellbildning och oegentligheter saknade grund. I beslutet meddelade KI att det första tilldelningsbeslutet och rättelsen stod fast, samt att avtalsspärren förlängdes t.o.m. den 11 mars 2019.

Den 28 februari 2019 meddelade KI ett nytt tilldelningsbeslut ("det nya tilldelningsbeslutet") i vilket vinnande anbud i upphandlingen tillkännagavs. Dessa vinnande anbud var desamma som i det första tilldelningsbeslutet. Genom det nya tilldelningsbeslutet återkallades samtliga tidigare beslut och meddelanden. Samtidigt förlängdes avtalsspärren t.o.m. den 12 mars 2019.

Naturprodukter & utbildning i Sollentuna kommanditbolags ("N & U") lämnade anbud för delområde 1 och delområde 4. För delområde 1 antogs Sidecore AB:s ("Sidecore") och Ecenea Region Stockholms AB:s ("Ecenea") anbud. För delområde 2 antogs Sidecores, Eceneas och ett ytterligare bolags anbud. För delområde 3 antogs Sidecores och två ytterligare bolags anbud. För delområde 4 antogs N & U:s och två ytterligare bolags anbud.

YRKANDEN M.M.

N & U:s yrkanden

N & U ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, såsom talan slutligen framställts, följande.

Yrkande 1: N & U yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att N & U:s anbud för delområde 1 inte förkastas utan godkänns och utvärderas.

Yrkande 2: N & U yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att Sidecore och Ecenea utesluts från upphandlingen med hänvisning till 4 kap. 8 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU").

Yrkande 3: N & U yrkar att förvaltningsrätten beslutar att den aktuella upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att anbudet

från Sidecore förkastas för samtliga delområden eftersom Sidecore inte uppfyller de administrativa och obligatoriska kraven.

Yrkande 4: N & U yrkar att förvaltningsrätten beslutar att den aktuella upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att anbudet från Ecenea förkastas för delområde 1 dels eftersom inlämnade bevis inte uppfyller ställda krav, dels eftersom den angivna konsulten är anställd på KI.

N & U har tilldelats kontrakt för delområde 4 men bolagets anbud för delområde 1 har dock förkastats i strid med LOU. Om anbudet inte hade förkastats skulle N & U rätteligen ha kunnat antas som leverantör även för delområde 1. En leverantör som har uteslutits från utvärderingen i en upphandling riskerar att lida skada enligt 20 kap. 6 § första stycket LOU om även de övriga leverantörerna i upphandlingen rätteligen skulle ha uteslutits (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 13 oktober 2015 i mål nr 6420-15). Det är tillräckligt att förvaltningsrätten antingen finner att N & U:s anbud felaktigt förkastats, eller att Sidecores och Eceneas anbud rätteligen borde ha förkastats, för att skaderekvisitet ska vara uppfyllt.

KI:s inställning

KI bestrider N & U:s yrkanden och yrkar att ansökan om överprövning ska avslås. KI har genomfört upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LOU. KI har varit transparent och har inte diskriminerat någon.

Utvärderingen har genomförts korrekt och på rätta grunder. N & U kan inte anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada.

Med anledning av att N & U har justerat sin talan under målets handläggning, och därvid frånfallit vissa ursprungliga yrkanden, har KI:s yrkande om att talan ska avvisas förfallit.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

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.

Enligt 4 kap. 2 § LOU får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Huvudprincipen i mål om överprövning enligt LOU är att parterna själva bär ansvaret för utredningen och domstolens prövning är begränsad till vad parterna har fört fram. Den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska på ett klart sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (RÅ 2009 ref. 69). Av detta följer att domstolens utredningsskyldighet är begränsad. Utgångspunkten är att den som påstår något även har bevisbördan för påståendet. I vissa fall kan dock bevisbördan gå över på motparten om den part som påstår något har uppfyllt sin bevisbörda (Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 289).

Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om den upphandlande enheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Endast om den upphandlande myndigheten tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angetts i upphandlingsdokumenten kan det bli aktuellt att ingripa mot en upphandling på denna grund (HFD 2013 ref. 5). Vidare ska sökanden visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats för att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga (HFD 2013 ref. 53).

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som N & U har fört fram.

Ska N & U:s anbud för delområde 1 godkännas och utvärderas?

Det N & U fört fram

N & U:s anbud för delområde 1 ska inte förkastas eftersom inlämnad information och bevis uppfyller de uppställda kraven på kompetens och erfarenhet i punkt 5.2.2 i förfrågningsunderlaget. Om ett anbud förkastas pga. omständigheter som inte framgår av underlaget i upphandlingen står detta i uppenbar strid med principerna om likabehandling, transparens och icke-diskriminering i 4 kap. 1 § LOU. Av såväl EU-domstolens som kammarrätternas rättspraxis följer att en aktör inte får uteslutas till följd av att denna har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumentet.

N & U:s konsult har varit anställd på KI under mer än åtta års tid och har under de senaste fem åren varit ansvarig upphandlare för ett område som motsvarar delområde 1. I enlighet med kraven i punkt 5.2.2 har N & U skickat in bevis i form av 14 stycken relevanta upphandlingar som konsulten utfört. Minst tio av dessa uppfyllde kraven. KI krävde dock ytterligare

information om ”ansvarig upphandlare” och N & U:s bevis underkändes med hänvisning till att det inte var samma ansvariga upphandlare för de angivna upphandlingarna. Av underlaget framgår dock inte att ansvarig upphandlare är ett obligatoriskt krav. KI har därmed – efter sista anbudsdag – tillfört ett nytt, okänt obligatoriskt krav i utvärderingen som inte uttryckligen framgår av upphandlingsdokumentet. Kravet består i att konsulten ska ha varit ”ansvarig upphandlare” men KI definierar inte vad detta innebär.

N & U:s konsult har deltagit och varit ansvarig för upphandlingarna tillsammans med ytterligare en eller flera personer, men endast en person kan stå som ansvarig upphandlare i upphandlingsplattformen TendSign. N & U har upplyst KI både muntligen och skriftligen om att de upphandlingar som inte godkändes utgjorde ett samarbete varigenom upphandlare från flera olika universitet tillsammans ansvarade för den gemensamma upphandlingsprocessen (”SUSU-samarbetet”). Till stöd för detta åberopar N & U ett dokument med samverkansrutin för de samordnade upphandlingarna. KI har dock bortsett från detta förtydligande och istället felaktigt förkastat N & U:s anbud baserat på det nya obligatoriska kravet. KI uppger att de varit i kontakt med Kungliga Tekniska Högskolans (KTH) nuvarande upphandlingschef men denna person arbetade inte där under de aktuella upphandlingarna och saknar därför kännedom om de faktiska omständigheterna när N & U:s konsult deltog.

Vid en korrekt bedömning av inlämnade bevis skulle N & U ha antagits som en av tre leverantörer. N & U lider därmed skada.

Det KI fört fram

N & U lämnade anbud för delområde 1 och delområde 4. Bolaget bedömdes uppfylla kraven för delområde 4 och antogs därför som vinnande anbud. Däremot uppfyllde N & U inte kraven för delområde 1, varför detta anbud

förkastades. Under upphandlingsförfarandet hade KI möjlighet att begära in bevis eller kontrollera anbudsgivares uppgifter. Detta framgår av förfrågningsunderlaget och var därmed känt för samtliga anbudsgivare under upphandlingen. Enligt kravspecifikationen i punkt 5.2.2 ska konsulten bl.a. under de senaste fem (5) åren ha slutfört minst tio (10) upphandlingar varav minst tre (3) upphandlingar är över tröskelvärdet inom Forskningsutrustning och laboratoriematerial (instrument, produkter, tjänster m.m.). Enligt kraven i punkt 5.2.2 är det endast den ansvariga upphandlaren som kan slutföra en upphandling. N & U presenterade inte samma ansvariga upphandlare för de angivna upphandlingarna för delområde 1. KI har efter kontakt med N & U:s konsult [REDACTED] kontrollerat vissa uppgifter med KI:s registratur och upphandlingschefen på KTH. Vid kontroll av upphandlingarna framgick att det inte var en och samma ansvariga upphandlare för de lämnade upphandlingar. KI saknar anledning att misstro KTH:s svar. Dessa uppgifter har legat till grund för utvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

N & U har inte gjort gällande att själva upphandlingsdokumentet som sådant är bristfälligt. Istället har bolaget invänt mot hur KI tillämpat kravet i punkt 5.2.2 i kravspecifikationen på kompetens och erfarenhet i praktiken. Följaktligen är det fråga om hur kravet ska tolkas och tillämpas samt om de upphandlingsuppdrag som N & U lämnat in visar att det uppfyller kravet.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50). Ett visst utrymme för bedömning måste alltså godtas. Ett förfrågningsunderlag ska dock vara så klart och tydligt utformat att en anbudsgivare på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en

utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. En upphandlande myndighet har dock stor frihet att utforma utvärderingsmodeller och att utvärdera anbuderna (se RÅ 2010 ref. 78). Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (se HFD 2012 ref. 48 I-II). Först när det klart kan konstateras att den upphandlande myndighetens bedömningar gjorts i strid med upphandlingsdokumenten eller i strid med principerna i 4 kap. 1 § LOU finns skäl att ingripa.

Om upphandlande myndighet ska kunna utesluta en anbudsgivare från att delta i utvärderingen ska det klart framgå av upphandlingsdokumenten vad som krävs för att anbudsgivaren ska uppfylla ett obligatoriskt krav (se Kammarrätten i Göteborgs dom 2016-07-12 i mål 7229-15).

EU-domstolen har uttalat att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt. Vid bedömningen av om anbudsgivaren faktiskt inte kunde förstå tilldelningskriterierna, eller om denne borde ha förstått dem, ska det beaktas att den aktuella anbudsgivaren kunde lämna anbud och att denne inte begärt några förtydliganden från den upphandlande myndigheten innan anbudet lämnades (jfr bl.a. EU-domstolens dom i mål C-538/13 eViglio).

Enligt punkt 5.2.2 i kravspecifikationen ska konsulten bl.a. under de senaste fem (5) åren ha slutfört minst tio (10) upphandlingar varav minst tre (3) upphandlingar är över tröskelvärdet inom Forskningsutrustning och laboriematerial. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framgår direkt av ordalydelsen i det obligatoriska kravet att det endast är upphandlingar där konsulten varit ansvarig upphandlare som avses. Det KI fört fram om att

endast den ansvariga upphandlaren kan slutföra en upphandling får även stöd av de av N & U åberopade samverkansrutinerna inom SUSU-gruppen. Av dessa framgår bl.a. följande. Ansvarigt lärosäte för respektive upphandling utses och det ska tydligt framgå vem som är ansvarig upphandlare för respektive upphandling. Ansvarig upphandlare gör allt från att annonsera upphandlingen till att meddela tilldelning och upprättar avtal. Med hänsyn till upphandlingsföremålet, vad som i övrigt framgår av upphandlingsdokumentet samt den kunskap som en leverantör av upphandlingskonsulttjänster rimligen har, framstår det som en rimlig och relevant tolkning av kravet att konsulten ska ha varit ansvarig upphandlare för de upphandlingar som avses. N & U har inte heller begärt något förtydligande från KI avseende det aktuella kravet. Det får därmed anses ha varit tillräckligt tydligt vad kravet innebar för att anbudsgivarna skulle kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. Förvaltningsrätten anser vidare att N & U inte har visat att det inte fått möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud eller att det inte haft samma förutsättningar som andra anbudsgivare och att det därmed har lidit skada eller riskerat att lida skada.

Av utvärderingen framgår att N & U:s konsult [REDACTED] angetts som ansvarig upphandlare för elva av de fjorton upphandlingar som N & U åberopat som bevis för att kravet är uppfyllt. En av dessa avser avtalsförlängning och har bedömts som icke relevant och en annan uppfyller inte kravet på att ha genomförts under de senaste fem åren. För två av de övriga upphandlingarna har andra personer angetts som ansvariga upphandlare och för en av upphandlingarna saknas denna information. Sammantaget förefaller alltså nio av de fjorton upphandlingarna initialt uppfylla kraven i punkt 5.2.2. Av utredningen i målet framgår inte vilka upphandlingar som KI sedan har kontrollerat och fått in kompletterande uppgifter om. Förvaltningsrätten anser inte att det är visat att N & U:s konsult varit ansvarig upphandlare även för de tre upphandlingar där angiven ansvarig upphandlare tillhör ett annat universitet och som genomförts inom

ramen för SUSU-samarbetet. I de åberopade samverkansrutinerna anges i detta avseende endast att vid mer omfattande upphandlingar som berör flera verksamheter kan varje lärosäte utse en samordningsansvarig upphandlare för att underlätta samordningen. Det framgår dock inte att varje verksamhet haft en egen ansvarig upphandlare eller att de själva kunnat slutföra upphandlingarna. N & U har inte heller på annat sätt visat att konsulten slutfört minst tio upphandlingar enligt kravet i punkt 5.2.2. Eftersom N & U:s anbud för delområde 1 inte uppfyllde det obligatoriska kravet på kompetens och erfarenhet fanns det skäl att förkasta det. Förvaltningsrätten bedömer därmed att KIs tolkning och tillämpning av kravet inte kan anses strida mot upphandlingsdokumentet eller mot några av principerna i 4 kap 1 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås i denna del.

Ska Sidecore och Ecenea uteslutas med hänvisning till 4 kap. 8 § LOU?

Det N & U fört fram

Sidecore och Ecenea ska uteslutas från upphandlingen med hänvisning till 4 kap. 8 § LOU. KI har i anbudsförfarandet och utvärderingen särbehandlat dessa företag och dess konsulter genom att likabehandlingsprincipen inte har beaktats. Sidecore och Ecenea har haft tillgång till otillbörlig information under upphandlingen. Övriga anbudsgivare har diskriminerats och lider skada i form av utebliven tilldelning. KI hade tidigare ett ramavtal avseende konsulttjänster för upphandling i vilket Sidecore och Ecenea antogs. Efter att avtalet löpte ut har KI fortsatt att nyttja tjänster av bolagen. Sidecore har huvudsakligen utfört tjänsterna med konsulten [REDACTED] och Ecenea med konsulten [REDACTED]. Båda dessa personer är anknutna till KI med eget e-postkonto, eget passerkort, personlig inloggning samt tillgång till KI:s administrativa system och lokaler.

Båda konsulterna har såväl före som efter annonseringsdatumet arbetat med uppdrag inom upphandlingens olika delområden. Fram t.o.m. den 28 december 2018, dvs. en dag efter sista anbudsdag, har konsulterna haft full tillgång till KI:s administrativa system och har på så sätt kunnat tillgodogöra sig information samt påverka utformningen av förfrågningsunderlaget vilket andra anbudsgivare inte kunnat. KI har medgett att konsulterna haft insyn i upphandlingen fram t.o.m. detta datum. Den 28 december 2018 meddelade KI de två konsulterna per e-post att sekretess råder och att KI begränsat konsulternas tillgång till insyn i upphandlingen. Konsulterna uppmanades även att om de på något annat sätt skulle ha möjlighet att få insyn i utvärderingsfasen så måste de avstå från detta.

KI:s upphandlare har instruerat anbudsgivare att efter sista anbudsdag kommunicera via upphandlingsenhetens allmänna e-postadress. Denna e-postadress har alla KI:s upphandlare och anknutna konsulter haft tillgång till. Även efter sista anbudsdag har alltså Sidecores och Eceneas konsulter enkelt kunnat ta del av sekretessbelagd information under utvärderingsfasen.

N & U har begärt att få ta del av e-postkorrespondens som ägt rum efter sista anbudsdag mellan [REDACTED] och andra anställda på KI. KI avslog begäran med hänvisning till att handlingarna utgjorde interna e-postmeddelanden. KI har därmed medgivit att [REDACTED] arbetar vid KI och att han även efter sista anbudsdag varit knuten till KI genom att han jämställs med anställd personal. Han har därmed kunnat ta del av intern kommunikation på KI:s upphandlingsenhet i strid med 4 kap. 8 § LOU. Vidare har Eceneas konsult [REDACTED] tagit fram en rapport i KI:s upphandlingsplattform TendSign över upphandlingar som han genomfört. Denna tillgång till information, som andra anbudsgivare saknat, innebär en särbehandling som strider mot 4 kap. 8 § LOU.

Övriga anbudsgivare kan lida skada om kraven i upphandlingen har varit kända eller anpassade för Sidecore och Ecenea innan annonseringen. Därtill har dessa företag, till följd av bruten sekretess, haft möjlighet att ta del av t.ex. bevis som KI har begärt. De ska därför uteslutas från upphandlingen med stöd av 4 kap. 8 § LOU vilket är det enda sättet att retroaktivt upprätthålla likabehandlingsprincipen.

Det KI fört fram

Fram t.o.m. den 30 juni 2018 hade KI ramavtal med Ecenea och Sidecore. Under ramavtalstiden beställde KI uppdrag som för närvarande utförs och faktureras av företagen. Konsulterna [REDACTED] från Sidecore och [REDACTED] från Ecenea har inte deltagit i förberedelserna av upphandlingen eller på annat sätt haft insyn i upphandlingen. Detta framgår av KI:s e-postmeddelande som skickades den 28 december 2018 samt mottagna bekräftelser den 28 respektive den 30 december 2018.

KI har inte instruerat anbudsgivare att kommunicera via upphandlingsenhetens gemensamma e-postadress. Det e-postmeddelande som N & U hänvisat till är ett autosvar som sändes ut från den dåvarande ansvariga upphandlarens e-postadress. I autosvaret finns ingen uppmaning till mottagaren att ställa frågor om upphandlingen till upphandlingsenhetens gemensamma e-postadress. KI har därmed inte handlat i strid med likabehandlingsprincipen eller bestämmelserna i 4 kap. 8 § LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Av 4 kap. 8 § LOU framgår att om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget. En sådan

anbudssökande eller anbudsgivare får uteslutas från förfarandet endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs (se även 13 kap. 3 § punkt 7 LOU).

Av EU-domstolens praxis framgår att ett företag inte kan förbjudas att delta i upphandlingen även om företaget utfört visst förberedande arbete). I stället kan andra leverantörer föra en process där det kan prövas om det förberedande arbetet har medfört konkurrensfördelar i förhållande till andra anbudsgivare. Ett konsultbolag som deltagit i upphandlingen måste enligt EU-domstolen ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att deltagandet i förberedelsen inte leder till en snedvridning av konkurrensen (se EU-domstolens dom den 3 mars 2005 i målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, punkt 33-36). Om den anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet lägger fram objektiva omständigheter som medför att opartiskheten hos en av den upphandlande myndighetens experter kan ifrågasättas, ankommer det på den upphandlande myndigheten att undersöka samtliga relevanta omständigheter som legat till grund för kontraktstilldelningsbeslutet för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa (se EU-domstolens dom den 12 mars 2015 i mål C-538/13, *eVigilo*, punkt 44).

I en situation där en person har haft dubbla funktioner, exempelvis genom att ha medverkat vid utformningen av en upphandling och därefter företrätt ett bolag som har lämnat anbud i upphandlingen, finns en stark presumtion för att de dubbla funktionerna har medfört en snedvridning av konkurrensen (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms avgörande den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09).

Det är ostridigt mellan parterna att de aktuella konsulterna har arbetet för KI och därmed har haft en koppling till KI. Däremot har det inte framkommit någon utredning eller några omständigheter som visar att konsulterna på

något sätt har deltagit, medverkat vid upprättandet av upphandlingsdokumenten eller tagit del av information om de andra anbudsgivarna i den aktuella upphandlingen. Det finns därmed inte anledning att tro att Sidecore och Ecenea genom sina konsulter haft sådana dubbla funktioner att de haft möjlighet att styra eller påverka framtagandet av upphandlingsdokumenten i en för dem fördelaktig riktning. Någon presumtion för att de fått en konkurrensfördel kan inte anses föreligga.

Det N & U har fört fram utgör heller inte objektiva omständigheter som medför att opartiskheten i KI:s hantering av upphandlingen kan ifrågasättas.

Även om tidigare erfarenhet av att arbeta hos upphandlande organisation med upphandlingsföremålet kan medföra vissa generella fördelar för en anbudsgivare framgår inte att Sidecore och Ecenea har gynnats på ett otillbörligt sätt på grund av detta. Det N & U har fört fram visar inte heller att konsulternas koppling till KI medfört att Sidecore och Ecenea fått en konkurrensfördel. Vidare framstår upphandlingsdokumentet som utformat på ett neutralt och icke-diskriminerande sätt. Såvitt framgår av handlingarna i målet har N & U liksom övriga anbudsgivare även haft samma förutsättningar att utforma sina anbud och ta del av information som Sidecore och Ecenea. Vidare bedömer förvaltningsrätten att den omständigheten att konsulterna skriftligen bekräftat att de förbinder sig att avstå från eventuella möjligheter till att få insyn i upphandlingen under utvärderingsfasen inte innebär att de faktiskt haft insyn eller haft tillgång till sekretessbelagd information under utvärderingsfasen. Tvärtom tyder KI:s e-postmeddelande den 28 december 2018 till konsulterna på att organisationen vidtagit försiktighetsåtgärder i detta avseende. N & U:s invändning om att Sidecore och Ecenea haft otillbörlig insyn i upphandlingen understöds inte av utredningen i målet och tillbakavisas av KI. Invändningen framstår enligt förvaltningsrätten som ogrundad.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande med stöd av 4 kap. 8 § LOU samt att varken principen om likabehandling eller någon annan bestämmelse i LOU har åsidosatts. Ansökan om överprövning ska därför avslås i denna del.

Ska Sidecore och dess anbud förkastas?

Det N & U fört fram

Sidecores anbud ska diskvalificeras och inte utvärderas för något av de fyra delområdena eftersom anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. I punkt 2.4.3 "Anbudets innehåll" i upphandlingsdokumentet anges att hänvisningar till webbsidor inte godtas som svar. KI:s påstående att detta endast avser administrativa föreskrifter är felaktigt. I sitt enda bevis har Sidecore hänvisat till en länk avseende ett antal punkter. Denna hänvisning ska varken godtas eller beaktas av KI. Av länken framgår att Sidecore har justerat sina bevis den 14 januari 2019, dvs. fem dagar efter sista dag för inlämnande av bevis. KI har genom sitt svar medgett att KI uppmanat Sidecore att justera innehållet på webbsidan, vilket uttryckligen strider mot KI:s egna obligatoriska krav. Att länkar kan justeras är skälet till varför de inte kan accepteras. Eftersom Sidecores anbud inte uppfyller kravet i punkt 2.4.3 ska det diskvalificeras.

I punkt 4.1.2 anges att anbudsgivare som åberopar externa aktörers kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven ska lämna separata försäkringar, s.k. *European Single Procurement Document* ("ESPD") för alla åberopade aktörer. Sidecore har inte uppfyllt detta obligatoriska krav och anbudet ska därför förkastas. Sidecore har inte redovisat att bolaget avser att hyra in extern kapacitet för att genomföra en del av avtalet. I sina senaste årsredovisningar har Sidecore uppgett att bolaget inte har några anställda. Bolagets affärsmodell är att hyra in externa konsulter för uppdrag som

bolaget åtar sig. Trots detta har Sidecore felaktigt angett att man inte planerar att anlita kapacitet hos tredje part. Sammanfattningsvis har Sidecore särbehandlats och övriga anbudsgivare har diskriminerats.

Det KI fört fram

Av punkt 2.4.3 i förfrågningsunderlaget framgår att hänvisningar till webbsidor inte godtas som svar om inget annat särskilt anges i upphandlingsdokumentet. Kravet avser administrativa föreskrifter för anbudslämning. I Sidecores fall rör det sig dock om ett förtydligande från bolagets sida och länken skickades in via e-post den 30 december 2018. Worddokumentet är skapat av ansvarig upphandlare på KI för att kunna skicka ut länken som en handling. KI begärde ytterligare bevis gällande delområde 4 den 10 januari 2019. Dokumentet har därför justerats den 14 januari 2019 med ytterligare bevis i form av upphandlingar. [REDACTED] ingår i Sidecores styrelse och därmed också i bolaget. Han behöver inte vara anställd av Sidecore för att utföra arbete åt bolaget.

Förvaltningsrättens bedömning

I punkt 2.4.3 i upphandlingsdokumentet anges att endast skriftliga uppgifter lämnade i anbudet kommer att beaktas och att hänvisningar till webbsidor inte godtas som svar om inget annat särskilt anges i upphandlingsdokumentet. Punkten 2.4.3 "Anbudets innehåll" ingår i avsnittet "Administrativa föreskrifter". Det aktuella kravet inte är obligatoriskt, vilket bl.a. framgår av att punkt 2.4.3 inte är markerad med symbolen för krav som måste uppfyllas (kvadrat med rött utropstecken). I målet är vidare ostridigt att länken inte fanns med i Sidecores anbud utan att den gavs in som en komplettering efter sista anbudsdag i samband med att KI begärde att få bevis på att kravet i punkt 5.2.2 var uppfyllt från anbudsgivarna. Det är inte heller visat att Sidecore behandlats mer fördelaktigt än någon annan anbudsgivare i samma

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

DOM

situation. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten inte att det finns skäl att förkasta Sidecores anbud på grund av vad N & U fört fram i denna del.

Vidare anges i punkt 4.1.2 i upphandlingsdokumentet bl.a. att anbudsgivare kan åberopa externa aktörers kapacitet, t.ex. underleverantörer eller koncernbolag, för att uppfylla kvalificeringskraven i upphandlingen. Anbudsgivare som åberopar extern kapacitet ska lämna separata ESPD för samtliga externa aktörer vars kapacitet åberopas. Detta gäller alla aktörer utanför anbudsgivarens fysiska eller juridiska person. Separata ESPD behöver inte lämnas för andra underleverantörer vars kapacitet inte åberopas. Sådana underleverantörer kan dock anges under del II punkt D.

Förvaltningsrätten konstaterar att kvalificeringskravet i punkt 4.3.5 i upphandlingsdokumentet avser anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet och att de specifika kraven, t.ex. att anbudsgivaren ska ha minst två års erfarenhet av upphandlingskonsultverksamhet, alltså riktar sig till bolaget Sidecore AB som leverantör av konsulttjänster och avser dess kompetens och erfarenhet. Det är inte visat att Sidecore saknar sådan erfarenhet som anges i punkt 4.3.5. av att leverera konsulttjänster, oavsett om det skett med hjälp av anställda eller styrelsemedlemmar. Det finns inte heller i övrigt stöd för att Sidecore behövt åberopa annans kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven. Något obligatoriskt krav på att ange underleverantörer vars kapacitet inte åberopas för att uppfylla kvalificeringskraven finns inte heller i upphandlingsdokumentet.

Förvaltningsrätten bedömer därför att KI haft rätt att kvalificera Sidecore utifrån de uppgifter som lämnats och att KI handlat i enlighet med likabehandlingsprincipen. Eftersom det saknas skäl till ingripande på de av N & U åberopade grunderna ska ansökan om överprövning avslås i denna del.

Ska Eceneas anbud förkastas?

Det N & U fört fram

Eceneas anbud ska förkastas för delområde 1 dels eftersom de inlämnade bevisen inte uppfyller kraven, dels eftersom den angivna konsulten är anställd på KI. Ecenea har angett [REDACTED] som en av huvudkonsulterna och lämnat in bevis på kompetens för delområde 1 (forskning och laboratoriematerial). [REDACTED] har huvudsakligen arbetat med fastigheter och har därför inte genomfört de upphandlingar som krävs för att uppfylla kraven i punkt 5.2.2 punkt 2. Fyra av de tio upphandlingar som Ecenea åberopar som bevis på konsultens kompetens tillhör inte delområde 1 utan delområde 3 (fastighetsnära varor och tjänster samt entreprenad), nämligen "Autoklaver och diskdesinfektorer", "Labinredning", "Tryckluftsdriven vakuumsug/pump" och "Tvättutrustning". Uppdragsgivare för dessa upphandlingar är fastighetsavdelningen på KI. Eftersom anbudet inte uppfyller kravet är det inte kvalificerat för utvärdering och ska därför förkastas.

I KI:s utvärdering redovisas en lista på tio upphandlingar som utförts av [REDACTED]. Listan överensstämmer dock inte med den lista Ecenea skickade in när bevis på kompetens efterfrågades. Därmed har KI antingen kompletterat Eceneas lista i efterhand eller hjälpt Ecenea att välja ut tio lämpliga upphandlingar och kompletterat bevisen från KI:s egna register. Detta är diskriminerande och strider mot likabehandlingsprincipen. Vidare har [REDACTED] tagit fram listan över upphandlingar som han genomfört i KI:s upphandlingsplattform TendSign. Hans tillgång till information innebär att Ecenea har särbehandlats i förhållande till andra anbudsgivare som inte haft möjlighet att skriva ut motsvarande lista. Antalet felaktiga bevis är så stort att det är uppenbart att KI inte utvärderat Eceneas bevis på samma sätt som för andra anbudsgivare.

Vidare har [REDACTED] tidigare varit anställd som upphandlare på KI och därefter arbetat som konsult för Ecenea under cirka två år. Under upphandlingens utvärderingsperiod har han dock återgått som anställd upphandlare på KI. Eftersom det vid det nya tilldelningsbeslutet var känt att han slutat på Ecenea och istället var anställd på KI får Ecenea inte åberopa hans kompetens för delområde 1. KI:s påstående att [REDACTED] anställdes den 18 februari 2019 är felaktigt. Enligt e-postkommunikation mellan [REDACTED] och KI:s upphandlingschef diskuterades anställningen före den 5 februari 2019. Anställningen offentliggjordes den 8 februari 2019 och då hade parterna träffat ett muntligt avtal om att han skulle få tjänsten som upphandlare med första arbetsdag den 18 februari 2019. [REDACTED] bör alltså ha sagt upp sig redan den 18 januari 2019. Följaktligen har KI känt till detta såväl under utvärderingsperioden som innan de båda tilldelningsbesluten. Sammanfattningsvis har Ecenea särbehandlats i detta avseende på ett sätt som är diskriminerande och bryter mot likabehandlingsprincipen.

Det KI fört fram

Ecenea uppfyller kraven för delområde 1. Ecenea skickade in två olika sammanställningar av upphandlingar varav tio upphandlingar godkändes. De godkända upphandlingarna framgår av bilagan "Sammanställning av prövning och utvärdering" till det andra tilldelningsbeslutet. [REDACTED] anställdes av KI i beslut den 18 februari 2019, dvs. efter utvärderingsperioden och det första tilldelningsbeslutet. Ecenea får därmed byta till annan kvalificerad konsult vid avtalsskrivandet.

Förvaltningsrättens bedömning

Av upphandlingsdokumentet framgår att delområde 1 avser forskningsutrustning och laboratoriematerial (instrument, produkter, tjänster

m.m.). Någon närmare definition av delområdet och vilka upphandlingar kan anses ha slutförts inom detta, finns inte i kravet på kompetens och erfarenhet i punkt 5.2.2. Enligt N & U tillhör fyra av tio upphandlingar som Ecenea har åberopat som bevis på konsultens kompetens enligt kravet delområde 3 istället för delområde 1. Förutom de uppgifter som N & U har fört fram om de aktuella upphandlingarnas rubriker och ansvarig avdelning, finns ingen närmare information om vad respektive upphandling har omfattat. I brist på sådan information och med hänsyn till hur upphandlingsdokumentet är utformat, finns inte skäl att ifrågasätta den bedömning som gjorts av KI, som i egenskap av upphandlande organisation även är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade bevis utifrån de krav som har ställts i upphandlingsdokumentet.

Enligt förvaltningsrättens bedömning ger underlaget i målet inte stöd för att KI har hjälpt Ecenea att komplettera eller modifierat bolagets lista på bevis på det sätt som N & U påstått. Det finns inte heller stöd för att den aktuella konsulten skulle ha använt KI:s upphandlingsverktyg på ett sätt som medför en fördel för Ecenea i strid med likabehandlingsprincipen. Såvitt framgår av handlingarna i målet har N & U och övriga anbudsgivare inte på något sätt varit förhindrade att få samma information, sammanställa sina upphandlingsuppdrag eller skicka in en mer omfattande lista över uppdrag.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det är ostridigt att Eceneas konsult, vars kompetens Ecenea åberopat till stöd för att kravet i punkt 5.2.2 är uppfyllt, anställdes av KI någon gång under februari 2019 men att det inte är visat i målet exakt när anställningsavtal ingicks eller när konsulten avslutade sin anställning hos Ecenea. Det har dock inte kommit fram annat än att konsulten fortfarande var anställd hos Ecenea vid tidpunkten för såväl anbudets inlämnande som för anbudsprövningen. Vidare utgör kraven i kravspecifikationen under punkt 5 på att anbudsgivaren ska kunna tillhandahålla kompetens med relevant inriktning för det aktuella området en

kravprofil, och avser krav på kompetens och erfarenhet hos offererad konsult inte hos en viss namngiven person. N & U har även uppgett att den aktuella konsulten som Ecenea offererat var en av fyra huvudkonsulter hos bolaget. Ecenea har även i anbudet, som gäller i sex månader efter anbudstidens utgång, intygat att offererad konsult uppfyller kraven. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att KI har saknat möjlighet att bortse från Eceneas anbud vid anbudsutvärderingen. Vidare framgår av punkt 6.23 i upphandlingsdokumentet att leverantörerna under avtalstiden har möjlighet att ersätta personal med annan person med likvärdig kompetens och erfarenhet efter godkännande av KI:s inköp- och upphandlingsenhet. N & U inte har visat att Ecenea inte uppfyllde kravet på kompetens och erfarenhet även efter att den aktuella konsulten avslutade sin anställning hos Ecenea. KI har följaktligen agerat korrekt genom att inte förkasta Eceneas anbud av de skäl som N & U gör gällande.

Eftersom N & U inte visat att det finns skäl för ingripande i upphandlingen på någon av de nu anförda grunderna ska ansökan om överprövning avslås även i denna del.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att de omständigheter som N & U åberopat inte visat att KI:s upphandling strider mot några bestämmelser i LOU eller grundläggande principer för offentlig upphandling. Ansökan om överprövning ska därför avslås i dess helhet.

Övrig upplysning

Förvaltningsrätten har denna dag även avgjort målen 5514-19 och 5654-19 gällande samma upphandling (dnr 2-5754/2018).

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Amanda Andersson
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande jurist Kajsa Sjerén 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 nyårs-afton, 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.

