



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2018-01-08

Meddelad i Stockholm

Mål nr

26083-17

SÖKANDE

Adecco Sweden AB, 556447-2677

Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
20180403	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Adecco Sweden AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 915918

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

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting, genom Karolinska Universitetssjukhuset, har genomfört en upphandling avseende upphandling av bemanningsstöd för ekonomiavdelningen, dnr K2017-1108. Upphandlingen genomfördes som en selektiv upphandling med påskyndat förfarande. Stockholms läns landsting valde att teckna avtal med tre leverantörer.

Adecco Sweden AB yrkar att förvaltningsrätten ska förklara att avtalen är ogiltiga. Som skäl anføres bl.a. följande. Karolinska har ingått avtalen utan att meddela ett tilldelningsbeslut. Adecco fick inte del av tilldelningsbeslutet i samband med att detta meddelades. Karolinska har alltså inte skickat någon underrättelse till Adecco, trots att Adecco är anbudssökande. Det var först genom att Adecco av eget initiativ tog kontakt med Karolinska som Adecco fick information om att avtalen ingåtts och tilldelningsbeslutet fattats. Adecco fick del av tilldelningsbeslutet den 20 juni 2017, långt efter avtalsspärrens utgång. Upphandlingen strider mot principen om transparens eftersom det inte har varit möjligt att förutse hur urvalet av inbjudna anbudsgivare ska gå till vilket i praktiken har inneburit en otillåten fri prövningsrätt för Karolinska. Av ansökningsföreskrifterna kan utläsas att de fem anbudssökande ”som lämnat bäst redogörelse” kommer att få lämna anbud. Hur en anbudssökande ska gå tillväga för att lämna ”bäst redogörelse” är rätt och slätt obegripligt. Det är därför inte möjligt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare som Adecco att avgöra hur ett konkurrenskraftigt anbud ska upprättas. Punkterna som beskriver ”Urval av anbudssökande” innehåller generiska och intetsägande begrepp som inte ger någon närmare vägledning eller förklarar vad som faktiskt efterfrågas. Kriterierna innebär i huvudsak att den anbudssökande kommer att bjudas in till anbudsgivning utefter hur de redovisar sin grundläggande syn på sin konsultgärning samt utifrån sin bemanning. Det framgår inte av urvalskriterierna eller av ansökningsföreskrifterna i övrigt,

på vilken grunder den ena redogörelsen kommer att bedömas som bättre än den andra. Det saknas vägledning avseende vad Karolinska tillmäter betydelse i sin bedömning. Modellen för utvärderingen av urvalskriterierna lämnar således ett stort utrymme för godtycke och uppfyller inte kravet på att utvärderingen ska ske på objektiva grunder. Att så varit fallet visas även av att det inte finns något protokoll som anger varför vissa anbudsgivare valts ut framför andra. Karolinska påstår att Adecco inte uppfyllt kravet på att redovisa minst 20 CV på tillgängliga konsulter. Adecco har inte ens fått möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Det är därför överhuvudtaget inte möjligt att dra någon slutsats om de uppfyllt kravet. Till detta kommer att det inte finns något obligatoriskt krav med en innebörd som Karolinska påstår i upphandlingen. Tvärtom är det enda som nämns om CV i punkten 3.6 att redovisningen bör vara en sida CV, vilket tydligt signalerar kravets icke-obligatoriska karaktär i förhållande till de andra obligatoriska kraven i punkten som uttryckts med skull. Inte heller svaret på fråga nr 9 uttrycker ett obligatoriskt krav att redovisa minst 20 CV på tillgängliga konsulter.

Stockholms läns landsting, genom Karolinska Universitetssjukhuset, yrkar att förvaltningsrätten lämnar Adeccos ansökan om överprövning utan bifall och anför bl.a. följande. Karolinska vitsordar att de i målet aktuella avtalen slutits utan föregående underrättelse till Adecco om att de inte valts ut att få lämna anbud. Adecco uppfyllde inte kravet på att redovisa minst 20 CV på tillgängliga konsulter i enlighet med kravet i ansökningsföreskrifterna samt förtydligande i Frågor och svar. Adecco hade med andra ord aldrig varit aktuella för att bjudas in för att lämna anbud och kan därför inte ha lidit någon skada. Som kriterier för urval av anbudssökanden som bjuds in att lämna anbud är kriterierna både tydliga och relevanta i förhållande till den tjänst som upphandlats och den leverantörsmarknad som upphandlingen vände sig till. Karolinska vill poängtera att Adecco under ansökningstiden inte känt sig föranledda att begära förtydligande gällande kriteriernas tolkning eller, för den delen, något annat kring ansöknings-

föreskrifterna. En annan anbudssökande har begärt förtydligande avseende hur ansökningarna kommer att utvärderas och erhållit ett svar vilket de uppenbarligen bedömt som tillfyllest. Frågan och svaret har gjorts tillgängliga för alla intressenter, inklusive Adecco, via Karolinskas upphandlingsverktyg, och har inte genererat några uppföljande frågor från Adecco eller annan anbudssökande. För Karolinska framstår det som uppenbart att Adecco inte har uppfyllt sin skyldighet att dels begära förtydligande och kompletteringar om så skulle bedömas nödvändigt enligt ansökningsföreskrifterna, dels inte satt sig in i den information som givits genom publicering av Frågor och svar som skickats till dem.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lag

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) i kraft. Av övergångsbestämmelserna till LOU framgår att Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÅLOU) gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Av handlingarna i målet framgår det att Karolinska publicerade ansökningsföreskrifterna avseende upphandlingen den 15 mars 2017. I ansökningsföreskriften och i avtalen hänvisar Karolinska till ÅLOU.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att den tidpunkt när en upphandling har påbörjats bör sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser (HFD 2013 ref 31).

En ansökan om överprövning kan inte riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på offentlig upphandling (se EU-domstolens dom i mål C-26/03, Stadt Halle).

Förvaltningsrätten bedömer att upphandlingen ska anses ha påbörjats den 15 mars 2017. Det är därmed LOU som är tillämplig lag vid genomförandet av aktuell upphandling. Det har dock inte framkommit några omständigheter som visar att det faktum att Karolinska hänvisat till fel lag har påverkat utgången i upphandlingen eller annars anbudsgivarnas möjligheter.

Förvaltningsrättens prövning

Avtalen slöts utan föregående underrättelse

Adecco anför att Karolinska har slutit avtalen utan en föregående underrättelse som uppfyller kraven i 9 kap. 9 § första stycket ÄLOU, vilket motsvaras av 12 kap. 12 § LOU. Karolinska vitsordar att avtalen har slutits utan föregående underrättelse till Adecco om att de inte valts ut att få lämna anbud.

Adecco anför att avtalen därför ska ogiltigförklaras enligt 16 kap. 13 § andra stycket ÄLOU, vilket motsvaras av 20 kap. 13 § andra stycket LOU. Enligt bestämmelsen ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket LOU. Av bestämmelsen framgår att anbudsökandena snarast möjligt ska underrättas om att en upphandlande myndighet beslutat att tilldela ett kontrakt. Adecco fick del av tilldelningsbeslutet den 20 juni 2017. Avtalen slöts den mellan den 10 maj och 9 juni 2017. Avtalen har således slutits före det att Adecco underrättats om tilldelningsbeslutet. För att förvaltningsrätten

ska besluta att avtalen är ogiltiga enligt 20 kap. 13 § andra stycket LOU krävs dock även att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att Adecco har lidit eller kan komma att lida skada.

Har det skett någon överträdelse av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU?

Av 4 kap. 6 § andra stycket 1 LOU framgår att den upphandlande enheten ska ange de kriterier och regler som enheten kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud. Förutom den allmänna bestämmelsen i 4 kap. 1 § LOU saknas det bestämmelser i LOU som närmare reglerar hur urvalet ska göras när flera anbudssökande än det antal som ska inbjudas uppfyller uppställda urvalskrav.

Principerna om likabehandling och transparens ska iakttas i ett upphandlingsförfarandes alla stadier, bl.a. då anbudssökande väljs ut i en selektiv upphandling. Skälet till detta är att säkerställa att samtliga potentiella anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar. Om den upphandlande myndigheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt reglerna för den inbördes betydelsen av kriterierna för att välja ut de anbudssökande som ska bjudas in att avge anbud ska myndigheten ange detta.

Av flera rättsfall från olika kammarrätter framgår att det av ett förfrågningsunderlag tydligt måste framgå vad som kommer tillmätas betydelse vid utvärderingen. Utvärderingskriterier som öppnar för en godtycklig bedömning som inte kan förutses av presumtiva leverantörer underkänns ofta (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 26 oktober 2015 i mål nr 5098-15, Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 april 2016 i

mål nr 6125-15 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 7 oktober 2016 i mål nr 751-16).

Det finns dock även kammarrättsdomar som talar i motsatt riktning (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 16 februari 2016 i mål nr 8289-15).

Av EU-domstolens dom den 14 juli 2016, C-6/15 TNS Dimarso,¹ som gällde upphandling av tjänstekontrakt, punkterna 23–29 framgår bl.a. följande.

Domstolen har fastställt att såväl föremålet för offentliga upphandlingar som tilldelningskriterierna klart ska definieras redan från början av upphandlingsförfarandet (dom av den 10 maj 2012 kommissionen/Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 56) och att en upphandlande myndighet inte som tilldelningskriterier får använda underkriterier som myndigheten inte har upplyst anbudsgivarna om (dom av den 21 juli 2011, Evropaiki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, ej publicerad, EU:C:2011:512, punkt 31). Den upphandlande myndigheten ska dessutom tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet (dom av den 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

Dessa krav ska i princip tillämpas på motsvarande sätt i fråga om den upphandlande myndighetens skyldighet att i meddelandet om offentlig upphandling eller i förfrågningsunderlaget upplysa om den "relativa vikt" som tillmäts vart och ett av tilldelningskriterierna. Domstolen har även fastställt att en upphandlande myndighet i princip således inte har rätt att tillämpa bestämmelser om viktning utan att i förväg upplysa anbudsgivarna om dessa (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 januari 2008, Lianakis m.fl., C-532/06, EU:C:2008:40, punkterna 38 och 42).

¹ Målet rör upphandling av tjänstekontrakt. Enligt förfrågningsunderlaget skulle tilldelningskriterierna pris och kvalitet skulle viktas lika. Vad gällde kvaliteten skulle utformning, organisation och genomförande bedömas. Anbudsgivarna uppmanades att i anbuderna beskriva de föreslagna tjänsterna så väl som möjligt. Förfrågningsunderlaget saknade uppgift om hur de tre kvalitetskriterierna skulle bedömas och betyg sättas. Först av utvärderingsrapporten framgick att den upphandlande myndigheten hade bedömt anbuderna enligt skalan mycket bra, tillfredsställande och svag.

Bland annat ska den relativa vikt som tillmäts vart och ett av tilldelningskriterierna, med reservation för bestämmelserna i artikel 53.2 tredje stycket i direktiv 2004/18, vara klart och tydligt fastställda redan vid upphandlingsförfarandets början, vilket möjliggör för anbudsgivarna att objektivt avgöra vilken betydelse den upphandlande myndigheten faktiskt kommer att tillmäta ett tilldelningskriterium i förhållande till ett annat vid den efterföljande bedömningen av anbudet. Varje tilldelningskriteriums relativa vikt kan inte heller ändras under förfarandet.

Domstolen har emellertid godtagit att det är möjligt för en upphandlande myndighet, förutsatt att tre villkor är uppfyllda, att fastställa viktningskoefficienterna för underkriterier som i sak motsvarar kriterier som anbudsgivarna tidigare har underrättats om, efter det att fristen för att lämna anbud har löpt ut. Dessa villkor är för det första att fastställandet i efterhand inte ändrar kriterierna för tilldelning av kontraktet såsom dessa har angetts i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling, för det andra att det inte innehåller några faktorer som, om de hade varit kända när anbudet förbereddes hade kunnat påverka denna förberedelse och, för det tredje, att det inte har gjorts med beaktande av faktorer som kan vara diskriminerande mot någon av anbudsgivarna (se dom av den 21 juli 2011, *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, C-252/10 P, ej publicerad, EU:C:2011:512, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

Varken artikel 53.2 i direktiv 2004/18 eller någon annan bestämmelse i direktivet ålägger emellertid den upphandlande myndigheten en skyldighet att i meddelandet om offentlig upphandling eller i förfrågningsunderlaget upplysa eventuella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den upphandlande myndigheten har tillämpat när den värderade och konkret klassificerade anbudet enligt de tilldelningskriterier och den relativa viktning av dessa kriterier som tidigare fastställts i berörda upphandlingshandlingar.

En sådan allmän skyldighet framgår inte heller av domstolens praxis.

Domstolen har således fastställt att en utvärderingskommitté ska ha en viss frihet vid fullgörandet av sin uppgift och således, utan att därmed ändra de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling, själv ska kunna strukturera sitt arbete att bedöma och analysera inkomna anbud (se dom av den 21 juli 2011, *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, C-252/10 P, ej publicerad, EU:C:2011:512, punkt 35).

Den aktuella upphandlingen avser bemanningstjänst av controller, redovisningsekonomer, ekonomiassistenter och chefer inom ekonomi.

Under punkten 3.6 i ansökningsföreskrifterna framgår att anbudssökande i sin ansökan ska redovisa sin kapacitet att bemanna med controller, redovisningsekonomer, ekonomiassistenter och chefer inom ekonomi till ekonomiavdelning. Redovisningen ska visa vilka medelstora och stora företag man bemannat de senaste två åren och innefatta en kort beskrivning av arbetet kring en tillsättning med en ungefärlig tidsram från inkommen beställning till att konsulten är på plats. Anbudssökande ska vidare beskriva sin bemanning och redovisning av tillgängliga konsulter och deras erfarenhet av att arbeta inom ekonomiavdelning. Redovisningen bör innehålla exempel på genomförda uppdrag, beskrivning av vad konsulten utfört som gjort störst skillnad, är mest stolt över i sin konsultgärning samt vad konsulten får för personlig feedback av sina kunder. Av de anbudssökande som lämnat bäst redogörelse kommer fem anbudssökande att gå vidare till att få lämna anbud.

Det ges inte i ansökningsföreskrifterna närmare ledning för vad som krävs för att lämna bäst redogörelse. Detta öppnar upp för ett viss subjektivitet vid bedömning av de anbudssökande. Mot bakgrund av EU-domstolens mål C 6/15, måste detta enligt förvaltningsrättens mening godtas i en upphandling av förevarande slag.

När det gäller en upphandling av förevarande slag anser förvaltningsrätten också att det åligger en anbudsgivare att utforma sitt anbud så detaljerat och preciserat som möjligt, vilket framstår som särskilt viktigt om det finns otydligheter i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten noterar också att Adecco inte har begärt något förtydligande från Karolinska trots att

anbudssökande i ansökningsföreskrifterna uppmanats till det. Adeccos passivitet i detta avseende ska beaktas vid bedömningen av huruvida Adecco faktiskt inte har kunnat förstå tilldelningskriterierna (EU-domstolens dom i mål C-538/13 eViglio, punkterna 55-56).

Förvaltningsrätten finner sammantaget att ansökningsföreskriften är tillräckligt klart och tydligt utformat för att varje anbudsgivare, med utgångspunkt i underlaget, bör kunna skapa sig en god bild av vad som kan utgöra ett konkurrenskraftigt anbud och att ansökningsföreskriften därmed är tillräckligt tydlig för att inte strida mot kraven på transparens och likabehandling.

Det har således inte framkommit att Karolinska har brutit mot LOU i något avseende. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Eva Blom
Rådman

Tobias Fredriksson har handlagt målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.