



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Avdelning 31

DOM
2015-06-01
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5132-15

KONKURRENSVERKET	
2015-06-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Verkstill AB, 556931-2522
c/o Tuikkanen
Tre Kronors väg 23
131 31 Nacka

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016
Ombud: Landstingsjuristen Roya Baniardalan
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 597176

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (landstinget) genomför en upphandling av konst-konsulter till landstingets kulturförvaltning (dnr: LS 1408-0950) som ett för-enklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

I upphandlingsrapport den 4 mars 2015 meddelade landstinget bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts på fast pris. Vid anbudstidens utgång hade anbud inkommit från 110 anbudsgivare. Utvärderingen har skett utifrån för-frågningsunderlaget med följande viktning av tilldelningskriterier: leda, pro-ducera och koordinera projekt med konstnärlig gestaltning i offent-liga/publika rum (Leda offentliga rum) 4, egen konstnärlig verksamhet (Egen) 3, konstkuratorisk verksamhet (Konstkuratoriskt) 3, pedagogiskt arbete inom konstområdet (Pedagogiskt) 2 samt producerat konstvetenskapliga tex-ter/konstkritik eller andra texter inom konstområdet (Texter) 2. De 10 anbud som har högst viktad totalpoäng har klarat kvalificeringskraven och antas. Inför varje nytt uppdrag kommer en förnyad konkurrensutsättning att göras så att den av de 10 antagna konstkonsulterna antas som bäst uppfyller ställda krav för det aktuella uppdraget.

I tilldelningsbeslut samma dag, med avtalsspärr t.o.m. den 16 mars 2015, meddelades vilka tio konstkonsulter som antagits. Verkstall AB (Verkstall), som lämnat anbud, var inte bland dessa tio.

I utvärderingsrapporten framgår att Verkstall uppfyllt alla de obligatoriska kraven samt fått följande utvärdringspoäng: Leda offentliga rum 2 poäng, Egen 3 poäng, Konstkuratoriskt 2 poäng, Pedagogiskt 2 poäng, Texter 3 poäng. Detta gav en totalpoäng på 33. De tio anbudsgivare som antogs hade mellan 36 och 40 totalpoäng.

Verkstall yrkar att upphandlingen ska rättas, i första hand genom att deras anbud får 3 poäng vardera på tilldelningskriterierna Leda offentliga rum, Konstkuratoriskt och Pedagogiskt, i andra hand genom att de får tre poäng på Leda offentliga rum, i tredje hand genom att de får 3 poäng vardera på Konstkuratoriskt och Pedagogiskt. Till stöd för sin talan anför de bland annat följande.

Verkstall har lämnat ett anbud som avsett ett sammansatt team av två erfarna konstnärer samt en mycket meriterad filosof/curator/konstkritiker. Deras anbud har blivit underbedömt i relation till konkurrerande anbud på tre olika punkter, vilket direkt bekräftades i telefonsamtal den 10 mars 2015 med landstingets konstenhet. Landstinget har stridit mot god upphandlingssed genom att spekulera i anbudet snarare än att följa sin egen utvärderingsmodell, och har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen. I sitt yttrande har landstinget beskrivit hur bedömningen av Verkstalls anbud gått till, men beskrivningen är lösryckt ur sitt sammanhang av konkurrerande anbud, vilket gör den irrelevant för frågan om likabehandlingsprincipen. Landstinget har inte lyckats belägga sina påståenden att en rättvis bedömning gjorts av Verkstall på kriteriet Leda offentliga rum eller att erfarenheter och arbeten utanför konstinstitutionella sammanhang och mot större offentlighet har fått en högre poängsättning. Landstinget har överlag inte lyckats belägga riktigheten i sin poängsättning, eller att man följt 1 kap. 9 § LOU och god upphandlingssed. Om förvaltningsrätten inte har möjlighet att ifrågasätta landstingets poängsättning får det allvarliga konsekvenser för rättssäkerheten.

Verkstall fick 33 poäng och kom på tolfte plats. Vid en rättvis bedömning utifrån förfrågningsunderlaget skulle de ha fått 42 totalpoäng och kommit bland de högst rankade. De har lidit skada av att inte antas genom att de drabbas av ekonomiskt bortfall, hindras i sin verksamhetsutövning samt behöver göra denna ansökan om överprövning.

Att Verkstall inte fått högsta poäng på kriteriet Leda offentliga rum berodde enligt ett e-postmeddelande från landstinget på att det i anbudet står att en av personerna i teamet är samordnare samt att det bifogats tre individuella CV:n, men att det inte finns några uppgifter om hur arbetsuppgifterna fördelas inom teamet eller indikation om och hur samarbetet mellan dem skulle ge utmärkt resultat. Emellertid finns, också i de högst rankade anbudena, endast CV:n med bilagor. Det finns inga uppgifter om dessa konkurrenters interna arbetsprocesser, och inga sådana uppgifter har heller efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Hur Verkstall som anbudsgivare fördelar och sköter sitt interna arbete är deras angelägenhet, på vilken landstinget inte ska ha synpunkter.

Av anbudena nr 5, 10 och 61, som de har jämfört sig med, framgår tydligt att dessa anbudsgivare varken har mer kompetens eller större meriter än de i Verkstalls anbud; ändå har dessa fått högre poäng. Det har också varit så att anbud 5 har fått poäng för samma erfarenhet flera gånger.

Personerna i landstingets bedömningsgrupp är i landstingets yttrande inte namngivna. Verkstall har begärt att få ta del av namnen men inte fått svar. Namnen är viktiga för att avgöra huruvida en jävssituation föreligger. Avseende nr 61:s anbud kan man misstänka en jävssituation eftersom anbudsgivaren nämner att hon blivit kontaktad av en viss person, som arbetar på landstinget, för att söka. Det kan misstänkas att anbudsgivare nr 61 har favoriserats. Dessutom har anbudsgivare 61 bifogat en bilaga till sitt anbud istället för att på avsedd plats i anbudsformuläret svara hur hon anser sig uppfylla tilldelningskriterierna.

Landstinget bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande. En upphandlande myndighet har enligt kammarrättspraxis stor frihet i val av tilldelningskriterier och utformningen av dessa. Endast vid uppenbara fel bör domstol ingripa mot bedömningar i utvärderingen. Det finns även praxis från

förvaltningsrätten som tyder på att förvaltningsrätten inte ska göra någon bedömning alls av hur en upphandlande myndighets poängsättning har gått till. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50 får även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller, som inte är optimala, godtas så länge det inte strider mot LOU eller EU-rätten.

Tilldelningskriterierna i denna upphandling har angetts på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget varför bedömningsgrunderna måste anses ha varit tillräckligt förutsägbara. Utvärderingen har inte varit felaktig. Landstinget har på intet sätt brutit mot LOU. Verkstalls anbud har utvärderats i enlighet med förfrågningsunderlaget och erhållit den poäng som det bedöms uppnå. Det har poängsatts utifrån en helhetsbedömning av de namngivna personernas meriter och erfarenheter i enlighet med förfrågningsunderlaget. För det fall Verkstalls namngivna personer hade offererat separat hade de ändå inte fått högre poäng än vad de nu fick som grupp.

En viktig utgångspunkt i bedömningen av anbudet i denna upphandling är att arbetet med konsten sker i vårdmiljö. Det kräver nära samarbete och dialog med vårdpersonal och andra aktörer som kan sakna förkunskaper om samtidskonst. Konstkonsulten ska också ha ett nära samarbete med andra anlitade konstnärer. Därav följer kriterierna Leda offentliga rum, Konstkuratoriskt och Pedagogiskt och därför har erfarenheter även utanför konstinstitutionella sammanhang, mot en större offentlighet, premierats.

Utvärderingen gjordes av en bedömningsgrupp av tre personer från konstenheten. De har alla relevant utbildning och relevanta erfarenheter för denna utvärdering. Landstinget har vidtagit alla möjliga åtgärder för att säkerställa att utvärderingen blivit kompetent och kunnig samt skett i enlighet med förfrågningsunderlaget och med likabehandlingsprincipen och andra principer i 1 kap. 9 § LOU. I utvärderingsfasen har poängskalan på varje kriterium varit

0 – 3, där 2 står för bra nivå och 3 för mycket bra nivå. Verkstall fick 3 poäng på kriterierna Egen och Texter samt 2 poäng på övriga.

Den information som Verkstalls konkurrent erhöll avsåg endast en ren upplysning som Verkstall och andra intresserade aktörer kunde söka sig till. Den anbudsgivaren fick inte mer information än det som framgick av annonsen. Det föreligger därför ingen jävssituation. Annonseringen skedde brett, bl.a. på Facebook, Konstnärsbasen och Arbetsförmedlingen kultur, för att landstinget skulle få många anbud och kunna upprätthålla och öka konkurrensen. Detta resulterade i en ökning av antalet inkomna anbud med 200 procent jämfört med tidigare upphandling av konstkonsulter. För förvaltningsrättens prövning är det tilldelningsbeslut och dess bilagor som ska beaktas, och inte vad som sagts eller skrivits efter att tilldelningsbeslutet meddelas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Av 16 kap. 6 § framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om ifall den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag. Av 15 kap. 2 och 3 §§ LOU följer att bl.a. första och sextonde kapitlen LOU ska tillämpas även på förenklade förfaranden.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU, se Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48. Förvaltningsrättens överprövning tar inte sikte på upp-

handlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU, se HFD 2013 ref. 5.

Vid överprövning av offentlig upphandling gäller som huvudprincip att det bör krävas att den part, som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart sätt anger vilka omständigheter den grundar sin talan på, se RÅ 2009 ref. 69.

Anbudsutvärderingen

Verkstill har till stöd för sin talan framförallt anfört och argumenterat kring att de borde ha tilldelats en högre poäng vid utvärderingen än den poäng som de tilldelades. Verkstill menar att deras meriter i jämförelse med de andra anbudsgivarnas borde ha gett dem en högre poäng och att den omständigheten att de inte fått den högre poängen innebär att utvärderingen har skett i strid med likabehandlingsprincipen.

Vad gäller frågan om landstingets utvärdering av anbuderna har skett i strid med LOU konstaterar förvaltningsrätten att det enligt rättspraxis framgår att en upphandlande myndighet allmänt sett måste ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera ett anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. Det uttalas bland annat att den upphandlande myndighetens värdering får godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning (se Kammarrätten i Stockholm i dom den 5 september 2012, mål nr 2304-12 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2009, mål nr 5-09). Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra någon egen utvärdering av anbuderna.

Förvaltningsrätten bedömer att det inte har framkommit att utvärderingen av de olika anbuderna har gjorts i strid med förfrågningsunderlaget eller de

principer som styr LOU. Det Verkstall har anfört angående den information som bolaget har fått vid telefonsamtal och via e-post i kontakt med den upphandlande myndigheten efter det att tilldelningsbeslut fattats ändrar inte denna bedömning. Verkstall har även tagit upp att samma erfarenhet kunnat generera poäng flera gånger. Förvaltningsrätten anser inte att det framkommer av Verkstalls ansökan om överprövning på vilket sätt likabehandlingsprincipen träds förnär till följd av denna omständighet.

Att anbudsgivare 61 gett sina svar på hur hon anser sig uppfylla tilldelningskriterierna i annan form än genom själva anbudsformuläret saknar härvid betydelse.

Förvaltningsrätten anser således inte att det framkommit att principerna i 1 kap. 9 § LOU har trätts förnär vid anbudsutvärderingen.

Jävsinvändningen

LOU innehåller inte några bestämmelser om jäv. En fråga om jäv hos tjänstemän på den upphandlande myndigheten har ingen självständig betydelse för frågan om överprövning av upphandlingen, utan är underordnad frågan om likabehandlingsprincipen har överträtts (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 31 oktober 2013, mål nr 3484-12).

Den upphandlande myndigheten har framfört att konstkonsulten med anbuds nr 61 har blivit kontaktad av en anställd på landstinget och då fått upplysning om att en upphandling skulle göras av konstkonsulter för landstinget. Även om det skulle vara så att denne anställde på landstinget ingick i den grupp som senare genomförde utvärderingen av anbuderna, anser förvaltningsrätten att det i målet inte är visat att det härigenom föreligger en jävssituation och att likabehandlingsprincipen därmed skulle ha överträtts i detta avseende.

Slutsats

Som tidigare nämnts får även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller, som inte är optimalt utformade, godkännas så länge inga principer i LOU eller relevant EU-rätt träds förnär. Förvaltningsrätten har funnit att upphandlingen inte har skett i strid med LOU och det saknas därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Verkstalls ansökan härom ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Eva Farley
Förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

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 nå 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.