



**SÖKANDE**

Ecenea Region Stockholm AB, 559125-0997  
Sävenäsgatan 9  
122 42 Enskede

**MOTPART**

E-Hälsomyndigheten

Ombud: Advokat Göran Andersson och jur.kand. Ponthus Andersson  
Hellström Advokatbyrå KB  
Box 7305  
103 90 Stockholm

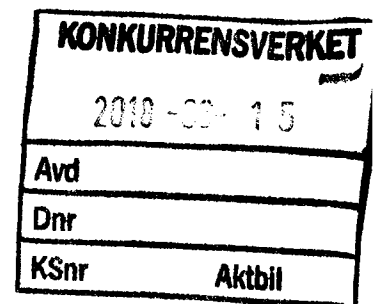
**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



**YRKANDEN M.M.**

**E-hälsomyndigheten** genomför en upphandling av ramavtal för upphandlingskonsulter (dnr 2017/05005) genom öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut framgår att kontraktet har tilldelats annan anbudsgivare än Ecenea Region Stockholm AB.

**Ecenea Region Stockholm AB** (bolaget) yrkar att rättelse ska ske på så sätt att E-hälsomyndigheten i utvärderingen tar hänsyn till bolagets referenser. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om med hänsyn till att utvärderingen inte varit tillräckligt transparent. Bolaget anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget (punkten 2.4) framgår att referenserna ska vara tillgängliga. Det är inte specificerat hur referensernas svar på frågorna ska inlämnas eller hur referenserna kommer att kontaktas. Bolagets referenser var tillgängliga. E-hälsomyndigheten adderade under utvärderingen ett krav som inte fanns med i förfrågningsunderlaget, nämligen att referenserna skulle svara skriftligt via e-post. Det angavs inte att svar via e-post krävdes och bolaget angav därför en referens som var anträffbar via telefon. Bolaget hade kontrollerat att referensen var tillgänglig, vilket också bekräftas av E-hälsomyndigheten, eftersom de hade pratat med denna. Det går inte heller att av upphandlingsdokumenten utläsa att i fall svar via e-post inte erhålls från referens inom viss angiven tid, kommer den referensens poäng att gå förlorade för anbudsgivaren. Förfrågningsunderlaget ger vid handen att kontakt via telefon bör vara tillräckligt. Bolaget fick muntligen ett riktigt bra omdöme av referens nummer två, vilket skulle ha resulterat i att bolaget fick plats nummer två i rangordningen. Att ställa krav i utvärderingen som inte framgår av förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens, varför E-hälsomyndigheten genom sitt agerande har brutit mot LOU. Det följer av praxis att det klart och tydligt bör beskrivas i upphandlingsdokumenten *hur* kraven ska uppfyllas. Hade det framkommit av

förfrågningsunderlaget att referensernas svar skulle inkomma skriftligt hade bolaget haft möjlighet att välja andra referenser. Hade bolaget vetat detta hade de även själva kunnat vara i kontakt med referensen för att försäkra sig om att svar inkom i tid, och på så sätt inte riskera att få noll poäng i utvärderingen. Att påstå att det skett på bolagets risk när svar från referens inte inkommit är inte korrekt, eftersom bolaget inte haft information om hur utvärderingen eller referenstagningen ska ske. Det finns en skyldighet för myndigheten att vara så klar och tydlig i sina upphandlingsdokument att bolaget därav kan dra slutsatser om hur utvärderingen av anbuden i upphandlingen kommer att ske. Bolaget har lidit skada av E-hälsomyndighetens agerande.

**E-hälsomyndigheten** bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget (punkten 7.5) framgår att referenstagningen med referenspersonerna sker via telefon eller e-post. Någon skyldighet att inhämta omdömena per telefon kan varken utläsas från formuleringen i sig eller tillsammans med övrig information av hur referenstagningen går till. Istället framhålls det tydligt att det är anbudsgivaren som ansvarar för att referenspersonen är anträffbar under ca fyra veckor efter sista anbudsdag. Både referenspersonens telefonnummer och e-postadress ska anges och det anges uttryckligen att referenser kommer att kontaktas direkt efter anbudsöppningen (punkten 2.4). Det är således tydligt att referenspersonen måste vara anträffbar både per e-post och per telefon och inte på något sätt kan kräva att få besvara frågorna på det ena eller andra sättet. För att på bästa sätt dokumentera omdömena från referenspersonerna valde E-hälsomyndigheten att e-posta ett formulär till de e-postadresser som anbudsgivarna hade uppgett för respektive referensperson. Förfarandet är helt i enlighet med ordalydelsen i punkten 7.5 i förfrågningsunderlaget. Ingen annan av anbudsgivarna tycks ha missuppfattat beskrivningen av hur referenstagningen går till. Den enda som dröjde med besvarandet av frågorna var bolagets referensperson. Med

anledning av detta ringde E-hälsomyndigheten upp referenspersonen i fråga för att säkerställa att formuläret hade mottagits. Personen bekräftade att formuläret mottagits och lovade att snarast skicka in detsamma. När de fyra veckorna närmade sig sitt slut påminde E-hälsomyndigheten referenspersonen, både skriftligen och muntligen, att skicka in formuläret. Detta skedde aldrig, trots att E-hälsomyndigheten alltså vidtog fler åtgärder för att infordra svaren än vad man varit skyldig att göra. Att referenspersonen valde att inte svara har varit på bolagets ansvar och risk. Under telefonsamtalet med den aktuella referenspersonen var det aldrig fråga om att lämna några muntliga omdömen. Det bolaget anför om att referenspersonen muntligen hade gett höga betyg, är inget annat än bolagets egen uppfattning om vilka omdömen som referenspersonen skulle ha lämnat. E-hälsomyndigheten har varken brustit i utformningen av förfrågningsunderlaget eller i referenstagningen.

### SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

#### **Tillämpliga bestämmelser m.m.**

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

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 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (RÅ 2009 ref. 69).

För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i ett upphandlingsförfarande. Kraven ska dock vara förenliga med de grundläggande principerna (RÅ 2010 ref. 78).

En av huvudprinciperna i LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste därmed vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet (jfr HFD 2016 ref. 37).

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmåter betydelse vid upphandlingen. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

### Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande under punkten 2.4.

(...) Det är viktigt att anbudsgivaren lämnar referenser som finns tillgängliga eftersom det är anbudsgivaren som ansvarar för att referenserna ska kunna nås. Referenser kommer att kontaktas direkt efter anbudsöppningen, som sker dagen efter sista anbudsdag. Referenserna ska vara anträffbara under ca fyra veckor efter sista anbudsdag (...).

Av punkten 7.5 framgår vidare bl.a. följande.

(...) Utvärderingen kommer att genomföras enligt följande. Fem frågor kommer att ställas till referenserna. (...) Intervjuer med de två referenser som anbudsgivaren lämnar, sker via telefon eller e-post.

Det är ostridigt i målet att E-hälsomyndigheten har valt att genomföra intervjuerna via e-post med samtliga av anbudsgivarnas referenser. E-hälsomyndigheten uppger att bolagets ena referens inte var tillgänglig per e-post och underlät att skicka in formuläret med intervjufrågorna, trots påminnelser såväl skriftligen som muntligen under den aktuella perioden om fyra veckor. Bolaget har inte invänt mot dessa uppgifter. Bolaget tilldelades noll poäng för den aktuella referensen.

Bolaget uppger att E-hälsomyndigheten genom detta förfarande har adderat ett krav i utvärderingen som inte framgår av förfrågningsunderlaget, nämligen att referenserna ska svara skriftligt. Bolaget anför att förfrågningsunderlaget ger för handen att kontakt via telefon bör vara tillräckligt och att myndighetens agerande att utdela noll poäng till bolaget strider mot transparensprincipen. Bolaget har vidare anført att utvärderingen inte har varit tillräckligt transparent, på så sätt att förutsättningarna för referenstagningen inte har framgått av upphandlingsdokumenten. Bolaget anför att E-hälsomyndigheten därmed har agerat i strid med LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget uttryckligen anges att intervjuerna kommer att ske via telefon eller e-post. Förfrågningsunderlaget har därmed utformats på så sätt att E-hälsomyndigheten har haft möjlighet att välja på vilket sätt intervjuerna lämpligen ska genomföras. Eftersom möjligheten att genomföra intervjuer per e-post följer direkt av förfrågningsunderlagets ordalydelse anser förvaltningsrätten att E-hälsomyndigheten därigenom inte kan anses ha adderat några krav vid utvärderingen som inte tidigare har framgått av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser dessutom att anvisningarna om att intervjuer kommer att ske per telefon eller e-post samt att referenserna måste vara tillgängliga och anträffbara framgår på ett klart och tydligt sätt av förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten anser vidare att bolaget inte har visat att förfrågningsunderlaget skulle innebära en möjlighet för anbudsgivarna att själva välja hur svar ska lämnas, och att det därvid skulle vara tillräckligt att endast vara anträffbar per telefon. Det saknas stöd för att tolka kravet på att referenserna ska vara anträffbara och tillgängliga för de aktuella intervjuerna under ca fyra veckor på annat sätt än att referenserna behöver vara tillgängliga såväl muntligen som skriftligen under den aktuella perioden. Bolagets ena referens har inte varit tillgänglig per e-post och skickade aldrig in något svar på frågeformuläret.

E-hälsomyndigheten har uppgett att intervjuerna genomfördes per e-post med samtliga anbudsgivares referenser och att alla, förutom bolagets ena referensperson, besvarade frågorna skriftligen och skickade tillbaka svaren per e-post. Det var därmed endast bolagets referens som inte inkom med det efterfrågade frågeformuläret.

Förvaltningsrätten anser att det som bolaget anför inte ger stöd för att E-hälsomyndigheten, varken genom att genomföra intervjuerna via e-post eller

genom att utdela noll poäng till den aktuella referensen, har agerat i strid med LOU. Förvaltningsrätten anser dessutom att det måste ha varit förutsebart för bolaget utifrån informationen i förfrågningsunderlaget hur referenstagningen skulle kunna genomföras, varför utformningen av de aktuella kraven inte brister i transparens.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att upphandlingen har genomförts i strid med LOU och dess grundläggande principer. Det saknas därmed grund för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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



Sara Uhrbom  
Förvaltningsrättsfiskal

Mimi Söderblom har föredragit 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.