



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2019-09-24

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (11)

Mål nr

11398-19

11431-19

SÖKANDE

Cirkelnio AB, 556918-4483

Ombud: Advokat David Hertzman
c/o Advokatfirman Gärde & Partners
Erik Dahlbergsallén 15
115 20 Stockholm

MOTPART

Sveriges Radio AB, 556419-3232

Ombud: Bolagsjurist Katarina Aurell Tham
Sveriges Radio AB
105 10 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
20190924	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1124774

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd31.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Sveriges Radio AB (Sveriges Radio) genomför två upphandlingar benämnda ”Produktionsbolag – små produktioner”, dnr SR1836 och ”Produktionsbolag – mellanstora och stora produktioner”, dnr SR 1840. Upphandlingarna genomförs med upphandlingsformen öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut som meddelats den 6 maj 2019 framgår att Sveriges Radio har beslutat att tilldela andra anbudsgivare än Cirkelnio AB (härefter benämnt Cirkelnio) kontrakt i upphandlingarna.

Cirkelnio yrkar att upphandlingarna ska göras om och anför bl.a. följande. Utvärderingen i de aktuella upphandlingarna är behäftad med brister i fråga om hur den har dokumenterats och genomförts, vilket är i strid med likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Enligt likabehandlingsprincipen ska anbudsgivarna ha möjlighet till insyn till säkerställande av att de grundläggande principerna efterlevs. Cirkelnio har begärt förtydligande avseende skälen till betygsättningen av anbudet och Sveriges Radio har den 13 maj 2019 lämnat ett svar med i huvudsak följande innehåll.

Eftersom det var en sådan enorm mängd anbud (52 anbud men tre områden och en mängd uppdragsbeskrivningar) att gå igenom så har jag ingen möjlighet att ge en detaljerad betygsättning. Det som gjorts är att de anbud som var bra men inte hade det lilla extra alla fått samma bedömning. Bedömningen BRA kort och gott.

Av utvärderingsrapporterna framgår att endast fyra anbud har erhållit noll poäng i respektive upphandling och tilldelats kontrakt. Beträffande båda upphandlingarna saknas information om vilka anbudsgivare som bjöds in för att presentera sitt anbud. Således går det inte av utvärderingsresultatet att utläsa hur anbudsgivarnas uppdragsbeskrivningar och eventuell presentation

har poängsatts, bortsett från de som har fått 0 poäng. Det framgår inte heller av Sveriges Radios beslut hur anbuden har bedömts enligt utvärderingskriterierna. Utifrån Sveriges Radios förtydligande verkar poängsättningen ha gjorts på ett sätt som inte har redovisats i vare sig tilldelningsbeslut eller i förfrågningsunderlag till följd av ett oväntat stort antal anbud.

Upphandlingsrapporterna anger inte hur anbuden har bedömts för varje tilldelningskriterium för sig. Genom att ingen delredovisning av utvärderingsresultaten visas går det inte att granska utfallet av utvärderingen och de bedömningar av anbuden som Sveriges Radio har gjort. Utan närmare information och motivering av utvärderingsresultatet finns det ingen möjlighet att kontrollera att upphandlingsförfarandena har genomförts korrekt. Det föreligger mot bakgrund härav en risk att utvärderingen har gjorts med andra hänsyn än vad upphandlingsdokumenten stadgar samt att den upphandlande myndigheten i princip har obegränsad frihet att styra vilka anbudsgivare som ska tilldelas kontrakt.

Gällande upphandlingen *Produktionsbolag – små produktioner* har Sveriges Radio vidare angett att man endast har utvärderat de anbud som vid erhållande av maximalt mervärdesavdrag skulle ha en teoretisk möjlighet att erhålla kontraktet. Detta tillvägagångssätt är oförenligt med LOU och förfrågningsunderlaget. Ett kvalificerat anbud som erhåller maximalt mervärdesavdrag borde, per definition, ha en teoretisk möjlighet att erhålla kontraktet. Därutöver verkar poängskalan i denna upphandling inte motsvara maximalt erhållbar poängsumma för uppdragsbeskrivningar. Poängskalan har vidare angetts felaktigt i punkt 5.3 i upphandlingsrapporten avseende *Produktionsbolag – små produktioner*. Det anges däri att varje uppdragsbeskrivning maximalt kan få 60 poäng, men enligt förfrågningsunderlaget kan varje uppdragsbeskrivning få maximalt 90 poäng. Sveriges Radio förefaller i denna upphandling inte ha följt

förfrågningsunderlagets bestämmelser om att uppdragsbeskrivningarna ska poängsättas individuellt inom varje utvärderingskriterium. Det verkar som om utvärderingarna har gjorts utifrån en schablon där subjektivt favoriserade anbud granskas närmare, medan det stora flertalet har åsatts ett förbestämt poängtal utan närmare granskning eller värdering.

Sveriges Radio bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Utvärderingen i upphandlingarna har gjorts utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, varvid utvärdering av kvalitet gjorts till ett på förhand fastställt pris. Utvärderingen har, som framgår av upphandlingsdokumenten, skett genom att anbudsgivarna har fått inge två olika uppdragsbeskrivningar som var och en har betygsatts utifrån i underlaget beskrivna kriterier. Av samma dokument framgår vidare att varje uppdragsbeskrivning kan få ett maximalt påslag med 90 poäng och att total poäng för två uppdragsbeskrivningar således är maximalt 180 poäng. Ju lägre poäng anbudsgivaren erhåller desto bättre kvalitet bedöms uppdragsbeskrivningen ifråga ha. Om anbudsgivaren lämnar in två uppdragsbeskrivningar i flera kategorier kommer dessa att räknas ihop och sedan delas med antalet kategorier för att få ett snitt. De anbudsgivare som sedan poängmässigt har en möjlighet att tilldelas kontrakt i upphandlingen kommer att bjudas in till en muntlig presentation, där ytterligare påslag kan ges (om maximalt 30 poäng) utifrån i upphandlingsdokumenten redogjorda kriterier. De fyra anbudsgivare som får lägst totalpoäng kommer att tilldelas kontrakt i respektive upphandling.

Samtliga anbud har således utvärderats, men endast de som utifrån erhållna poäng i utvärderingen har haft en möjlighet att tilldelas kontrakt har bjudits in till muntlig presentation. Detta för att Sveriges Radio inte önskat slösa med anbudsgivares tid och resurser om det efter gjord utvärdering kan konstateras att denne inte kan komma i fråga för tilldelning av kontrakt. Sveriges Radio beklagar den olyckliga och möjligen missvisande

formuleringen som avgetts i upphandlingsrapporten gällande upphandlingen med dnr SR1836. Utvärdering har gjorts i enlighet med vad som tydligt redogjorts i upphandlingsdokumentationen i de båda upphandlingarna och i enlighet med de grundläggande principerna om förutsägbarhet, transparens och likabehandling.

Efter utvärdering av Cirkelnios anbud i upphandlingen med dnr SR1836 har bolaget, som erhållit sammanlagt 60 poäng, inte bjudits in till muntlig presentation, eftersom bolaget inte har haft en poängmässig möjlighet att tilldelas kontrakt. Detta då Cirkelnio som lägst hade kunnat få initialt erhållna 60 poäng och det fanns åtta anbudsgivare som erhållit 0 – 10 poäng i nämnda utvärdering, den muntliga presentationen maximalt kunde ge 30 poäng i påslag och kontrakt endast tilldelas fyra anbudsgivare. Även i upphandlingen med dnr SR1840 har det efter utvärdering av Cirkelnios anbud konstaterats att bolaget, som erhållit sammanlagt 60 poäng, inte har haft en poängmässig möjlighet att tilldelas kontrakt, varför bolaget inte bjudits in till muntlig presentation.

Det stämmer inte att utvärderingen har begränsats till att omfatta anbud med en teoretisk möjlighet att erhålla kontrakt. Samtliga anbud har utvärderats i enlighet med vad som angetts i upphandlingsdokumentationen. Enligt vad som framgår av upphandlingsrapporten och utvärderingsrapporten erhöll fyra anbud 0 poäng och fyra anbud 10 poäng i upphandlingen med dnr SR1836. Då dessa åtta anbudsgivare hade en poängmässig möjlighet att tilldelas kontrakt inbjöds dessa till muntlig presentation i enlighet med vad som angetts i upphandlingsdokumenten.

Det tillbakavisas att poängskalan i upphandlingen med dnr SR1836 inte motsvarar maximalt erhållbar poängsumma. Som tydligt beskrivits i upphandlingsdokumenten i upphandlingen är sammanlagd maximal poäng för en uppdragsbeskrivning 90 poäng (30 poäng per utvärderingskriterium).

Då två uppdragsbeskrivningar inges är den sammanlagda poängen 90 poäng x 2, dvs. 180 poäng. Eftersom Cirkelnio i angivna upphandling lämnade in uppdragsbeskrivningar i två olika kategorier så räknas poängen ihop och delas för att erhålla ett snitt (dvs. kategori 2 får totalt 60 poäng, kategori 3 får totalt 60 poäng = $120 \text{ poäng} / 2 = 60 \text{ poäng}$). Såsom tydligt beskrivits i upphandlingsdokumenten har Cirkelnio erhållit betyget "Bra" med 10 poäng som resultat avseende samtliga utvärderingskriterier, vilket ger en sammantagen poäng om 60 i respektive upphandling. Detta har också varit Sveriges Radios avsikt att förmedla i det svar som lämnats per e-post till Cirkelnio efter att tilldelningsbeslut meddelats.

Det är korrekt att ett litet skrivfel har infunnit sig i punkt 5.3 i upphandlingsrapporten avseende upphandlingen med dnr SR1836. Som genomgående och tydligt framgår av upphandlingsdokumenten kunde varje uppdragsbeskrivning få ett maximalt påslag om 90 poäng (och inte 60). Det bör vidare noteras att det även framgår av övrig information i upphandlingsrapporten ifråga att det är 90 poäng som avses. Samtliga anbudsgivare har således fått korrekt information om förutsättningarna för upphandlingen, vilka tilldelningskriterier som var tillämpliga och hur utvärdering av anbud skulle komma att ske, innefattande att varje uppdragsbeskrivning kunde få maximalt 90 poäng.

Sveriges Radio har tydligt i upphandlingsdokumenten beskrivit utvärderingskriterierna, dess vikt och vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas. Det har således varit tydligt och förutsebart för en normalt omsorgsfull anbudsgivare vad Sveriges Radio har tillmätt betydelse i upphandlingarna och hur utvärderingen skulle komma att genomföras. Sveriges Radio har inte frångått vad som härvid angetts i upphandlingsdokumenten, utan tilldelat kontrakt i enlighet härmed. Det ska slutligen i samband härmed framhållas att Cirkelnio inte har lidit skada eller kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU. Det kan

konstateras att Cirkelnios anbud efter gjord utvärdering inte var en av de ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till bästa förhållandet mellan pris och kvalitet och skulle således inte tilldelats kontrakt i någon av upphandlingarna. Även på denna grund bör bolagets ansökan avslås.

Sveriges Radio har således inte i något avseende frångått förfrågningsunderlagets bestämmelser eller utvärderat anbuden på annat sätt än vad som anges i förfrågningsunderlaget. Det påstås vidare att Sveriges Radio inte har poängsatt uppdragsbeskrivningarna individuellt inom varje utvärderingskriterium i enlighet med förfrågningsunderlagen. Sveriges Radio ställer sig frågande till angivna påstående då det tydligt framgår av upphandlingsrapport samt utvärderingsrapport att just så gjorts – i enlighet med i upphandlingsdokumenten tydligt redovisad utvärderingsmodell och principerna om förutsebarhet, likabehandling och transparens.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 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 (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Utredningen i målet

Av upphandlingsdokumentet "Utvärderingsmodell" i respektive upphandling framgår att upphandlingarna har ett fast pris och att utvärderingen endast sker på kvalitetskriterier. Vidare framgår att utvärderingen av ett anbuds kvalitet kommer att ske genom att anbudsgivarna ska inge två olika uppdragsbeskrivningar som betygsätts utifrån tre angivna utvärderingskriterier. Det framgår vidare att uppdragsbeskrivningarna kommer att poängsättas enligt en skala där bedömningen "Mycket bra" ger 0 poäng, "Bra" ger 10 poäng, "Något bristfälligt" ger 20 poäng och "Mycket bristfälligt" ger 30 poäng. Vidare framgår att de anbudsgivare som poängmässigt har en möjlighet att tilldelas kontrakt i upphandlingen kommer att bjudas in till en presentation, där ytterligare påslag kan ges (om maximalt 30 poäng) utifrån i upphandlingsdokumenten redogjorda kriterier. Av samma dokument framgår att de fyra anbudsgivare som får lägst totalpoäng är de anbud som det kommer att tecknas kontrakt med.

Av upphandlingsrapporten för små produktioner framgår att 4 anbud erhöll 0 poäng, 4 anbud erhöll 10 poäng och resterande anbud erhöll 60 poäng. Av upphandlingsrapporten för mellanstora produktioner framgår att 4 anbud fick 0 poäng, 6 anbud fick 10 poäng och resterande anbud fick 60 poäng. Av upphandlingsrapporten för stora produktioner framgår att 4 anbud tilldelades 0 poäng, 1 anbud 10 poäng och resterande anbud 60 poäng.

Av utredningen i målet framgår att Cirkelnio har begärt en motivering av betygsättningen av respektive anbud. Vidare framgår att ansvarig upphandlare som svar har angett att det på grund av att det var en sådan enorm mängd anbud att gå igenom inte kan ges någon detaljerad betygsättning och att det som gjorts är att de anbud som var bra men inte hade det lilla extra har fått samma bedömning ("Bra").

Förvaltningsrättens bedömning

Cirkelnio har gjort gällande att utvärderingen i de aktuella upphandlingarna är behäftad med brister i fråga om hur den har dokumenterats och genomförs. Enligt bolaget innebär detta att upphandlingen har genomförts i strid med principerna om likabehandling och transparens. Cirkelnio anser bl.a. att Sveriges Radio vid utvärderingarna inte har iakttagit upphandlingsdokumentens bestämmelser om att uppdragsbeskrivningarna ska poängsättas individuellt inom varje utvärderingskriterium. Bolaget menar vidare att det inte går att utläsa hur anbudsgivarnas uppdragsbeskrivningar och eventuell presentation har poängsatts, bortsett från de som har fått 0 poäng. Cirkelnio har vidare gjort gällande att poängskalan i upphandlingen gällande Produktionsbolag – små produktioner har angetts felaktigt i upphandlingsrapporten.

Av principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sådant sätt att varje leverantör, med utgångspunkt i upphandlingsdokumentet, kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i upphandlingsdokumentets alla delar. EU-domstolen har uttalat att tilldelningskriterierna ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. C-19/00 SIAC Construction). Vidare innebär principen om likabehandling en skyldighet att möjliggöra insyn så att man kan kontrollera att den iakttas. En grundläggande förutsättning för att det ska gå att kontrollera att den upphandlande myndigheten inte har agerat i strid med likabehandlingsprincipen är att myndigheten så långt möjligt dokumenterar utvärderingen och närmare kan beskriva hur utvärderingen har gått till. Brister i detta hänseende kan innebära att upphandlingen strider mot transparensprincipen.

Enligt förvaltningsrättens mening går det inte att, utifrån vad som anges i utvärderingsrapporterna, utläsa hur varje anbud har betygsatts utifrån varje enskilt utvärderingskriterium. Det går därför inte med ledning av utvärderingsrapporterna att utläsa att utvärderingen har skett i enlighet med vad som angetts i upphandlingsdokumenten. Sveriges Radio har emellertid i svar till Cirkelnio förtydligat hur poängsättningen har skett för de anbudsgivare som erhållit 60 poäng. Av förtydligandet framgår att alla anbudsgivare som Sveriges Radio ansåg var bra, men inte hade det lilla extra fick samma poäng. Såvitt framgår har Sveriges Radio således valt ut de anbud som genomsnittligt har bedömts vara bättre än andra anbud. Dessa anbud har gått vidare till en presentation. Annat framgår inte än att de anbud som har gått vidare till presentation har bedömts individuellt utifrån de utvärderingskriterier som angetts i utvärderingsmodellen. De anbud som inte gick vidare till presentationen fick alla samma poäng. Någon individuell bedömning av dessa anbud synes därmed inte ha gjorts. Enligt förvaltningsrättens mening saknar detta emellertid betydelse eftersom dessa anbudsgivare inte hade kunnat komma i fråga för kontrakt. De har således inte lidit skada av att någon individuell utvärdering av deras anbud inte har skett. Förvaltningsrätten anser därmed att utredningen inte ger stöd för att utvärderingen har genomförts i strid med principerna om likabehandling och transparens. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU med anledning av vad bolaget har anfört i denna del.

Förvaltningsrätten anser inte heller att det finns skäl för ingripande med anledning av vad bolaget har anfört om att poängskalan har angetts felaktigt i upphandlingsrapporten som rör Produktionsbolag – små produktioner. Förvaltningsrätten gör denna bedömning mot bakgrund av att det i målet inte framkommit annat än att felet berott på ett skrivfel, vilket inte har påverkat utgången i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser inte heller i

övrigt att det framkommit skäl för ingripande enligt LOU, varför ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Ulrika Melin
Chefsrådman

Carina Westin har varit föredragande.



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 nyårsafton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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.

